

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 253 | Febrero 2022

ISSN: 2697-1631



El voto doble por lealtad en una sociedad cotizada

José Luis Blanco Pérez

La intervención provocada en el proceso civil

César García González

El *compliance* en defensa de la competencia tras la Guía de la CNMC

María Granados Rodríguez

Acción directa contra aseguradora de la Administración

Evaristo González González

MÁSTERES Y CURSOS DEL

Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral
- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal
- Máster en Asesoría Jurídico-Laboral
- Máster en Práctica de la Abogacía
- Curso de Derecho Bancario
- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso *Due Diligence* Legal en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso Intensivo de Preparación del Examen CESCO (Compliance)
- Curso sobre *Compliance*
- Curso sobre Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso Superior de Derecho Administrativo y Administración Local
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Revista CEFLegal

Núm. 253 | Febrero 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 Irazo 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

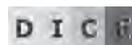
Artes Gráficas Coyve

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

- El voto doble por lealtad para el accionista de una sociedad cotizada 5-42
Double voting share for the loyal shareholder of a listed company
Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021
José Luis Blanco Pérez
- La intervención provocada: propuestas *de lege ferenda* 43-80
The intervention caused: proposals de lege ferenda
César García González
- Temporalidad y modificación posible de la pensión compensatoria (Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2021) 81-86
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC 87-118
The antitrust compliance programmes as moderating elements of administrative liability after CNMC Guidelines
María Granados Rodríguez
- Acción directa contra aseguradora de la Administración 119-146
Direct action against the insurer to public bodies
Evaristo González González

Casos prácticos

Civil

Liticonsorcio pasivo. Desahucio por precario Adelaida Medrano Aranguren	147-153
Derecho al honor e imputación de delito a fallecido Casto Páramo de Santiago	154-161

Administrativo

Administración local y sesiones municipales. Contratación administrativa Julio Galán Cáceres	162-182
---	---------

Normas de publicación	183-184
-----------------------	---------

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>

El voto doble por lealtad para el accionista de una sociedad cotizada

José Luis Blanco Pérez

Abogado

*Colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
(Instituto de España)*

joseluisblanco@icam.es | <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Este trabajo ha obtenido ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

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

Extracto

En abril de 2021, el Boletín Oficial del Estado publicaba la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Esta ley establece medidas para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, y, para la consecución de tal fin, introduce una novedad significativa para las sociedades cotizadas: permite el reconocimiento de votos adicionales por lealtad al accionista a condición de que este las mantenga por un periodo mínimo de tiempo.

En el presente trabajo analizaremos el régimen jurídico de las «acciones de lealtad» contemplado en esta novedosa reforma legislativa, que supone, cuando menos, una medida que ha contribuido a avivar el debate acerca de la vigencia actual del principio de proporcionalidad «una acción, un voto».

Palabras clave: acciones de lealtad; capital social; sociedades anónimas cotizadas; cortoplacismo; gobierno corporativo.

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

Cómo citar: Blanco Pérez, J. L. (2022). El voto doble por lealtad para el accionista de una sociedad cotizada. *Revista CEFLegal*, 253, 5-42.



Double voting share for the loyal shareholder of a listed company

José Luis Blanco Pérez

Abstract

In April 2021, the Official State Gazette published Regulation 5/2021, April 12th, amending the Capital Companies Act and other financial and mercantile regulatory texts. This regulation lays down measures for the encouragement of long-term shareholder engagement in listed companies and, in order to achieve so, this regulation introduces a novelty for listed companies by offering the opportunity to issue «loyalty shares» that reward shareholders with additional voting rights under the condition the shareholder holds shares for a certain period of time.

This paper aims at analyzing the proposed legal framework as regards loyalty shares, introduced as a novelty mechanism in the Spanish corporate law. «Loyalty shares» are a matter of contention in Europe because of it is disrupting the principle of fair and equal treatment of all shareholders «one share, one vote».

Keywords: loyalty shares; share capital; listed companies; corporate short-termism; corporate governance.

Citation: Blanco Pérez, J. L. (2022). El voto doble por lealtad para el accionista de una sociedad cotizada. *Revista CEFLegal*, 253, 5-42.



Sumario

1. Introducción
 2. Acciones, acciones de voto plural y «acciones de lealtad»
 3. Marco normativo
 - 3.1. Principios generales a la luz de la Ley de sociedades de capital
 - 3.2. Directiva Europea 2017/828 para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas
 - 3.3. La plasmación del voto adicional por lealtad en la Ley de sociedades de capital
 4. Breves apuntes de derecho comparado
 - 4.1. Italia
 - 4.2. Francia
 5. Una de cal y otra de arena: ventajas y desventajas
 - 5.1. Ventajas
 - 5.2. Desventajas
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



Some are more equal than others.

George Orwell

1. Introducción

La Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en lo sucesivo, la Ley o la Ley 5/2021), publicada en el Boletín Oficial del Estado de 13 de abril de 2021, tiene por objeto el de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 828/2017 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

El preámbulo de la directiva y de la Ley es testigo de la preocupación del legislador y del interés en desincentivar estrategias de inversión cortoplacistas que contrastan con lo que podríamos considerar objetivo fundamental de un buen gobierno corporativo: maximizar el valor de la empresa en el largo plazo, creando valor de forma sostenible. El objetivo que ambas normas persiguen es la búsqueda de incentivos para lograr un activismo responsable.

La introducción de la figura «acciones de lealtad» no es, empero, consecuencia directa de la transposición de esta directiva de mínimos, sino de una medida introducida *motu proprio* por el Gobierno de la nación, que modifica la Ley de sociedades de capital (en lo sucesivo, LSC) y la normativa de ofertas públicas de adquisición, con la necesidad de competir con jurisdicciones de nuestro entorno, ofrecer una mayor flexibilidad societaria; y el deseo de hacer el mercado de valores más «atractivo».

En este trabajo introduciremos al lector en el concepto básico de acción y, en concreto, de las acciones de voto plural y de las equívocas «acciones de lealtad». Seguidamente, comentaremos el articulado de la reforma introducida a la LSC en materia de acciones de lealtad. Asimismo, analizaremos los ordenamientos jurídicos italiano y francés, donde ya

existía una regulación semejante en materia de acciones de doble voto. Por último, valoraremos si esta reforma es deseable o no desde el punto de vista dogmático y empírico, si encuentra su justificación en otras políticas o estrategias corporativas; y si los esperados beneficios de este mecanismo, flexibilidad y libertad contractual sopesan, suficientemente, los costes y los efectos colaterales que esta reforma traerá consigo.

2. Acciones, acciones de voto plural y «acciones de lealtad»

La acción *per se* constituye una parte alícuota del capital social de una sociedad mercantil; tiene un importe aritmético, submúltiplo de la cifra del capital, y su valor nominal está estatutariamente expresado en euros. La fijación del valor nominal de las acciones es libre. Las acciones pueden representarse tanto por títulos como mediante anotaciones en cuenta, y tienen la consideración de valores negociables.

La acción es la máxima expresión de la condición de socio. En otras palabras, la condición de accionista va unida a la titularidad de la acción. Las acciones son expresión de esa condición jurídica y atribuyen por ello los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos sociales de la compañía. Estos derechos pueden agruparse en dos categorías: los derechos de naturaleza económico-patrimonial y los derechos de carácter esencialmente político y funcional.

Los derechos de control en las sociedades mercantiles se asignan en relación con propiedad y control o riesgo-poder; así, para tener el control de la sociedad el accionista debe acometer una gran inversión en la sociedad. Esta inversión es eficiente en la medida en que la persona que más interés tiene en la sociedad es la que más ha invertido en ella, se juega su propio dinero. «Una acción, un voto» constituye un principio democrático, pero, en su concepción, está más próximo a un modelo plutocrático, en la que el accionista que posee un número mayor de acciones tiene un mayor número de votos.

Es una concepción estricta a la par que utópica, puesto que siempre han existido mecanismos de mejora que disocian inversión y control, que permiten controlar las decisiones empresariales reduciendo la inversión. Las acciones de voto plural son solo un ejemplo. Bajo el derecho español, solo se permite la emisión de participaciones sociales de voto plural en las sociedades de responsabilidad limitada, no así en las sociedades anónimas, donde se sigue la regla de la proporción «una acción, un voto»¹.

¹ Es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (rec. núm. 2664/1994 [NCJ047159]), que admite la validez de una cláusula estatutaria conforme a la cual cada dos acciones darán derecho a un voto, considerando que está amparada por la regla que permite exigir la tenencia de un número mínimo de acciones para asistir a la junta general. La sentencia afirma que: «Ha de hacerse constar, al igual que ya hicimos al desestimar el motivo anterior, que la posibilidad de establecer dicha

Las acciones de lealtad, en cambio, no son una suerte de acciones privilegiadas, sino un instrumento que se enmarca dentro de lo que podríamos denominar políticas de fidelización, que se traducen en la atribución por la sociedad de ciertas ventajas en la posición jurídica del accionista beneficiario (dividendos adicionales, incentivos fiscales o derechos de voto adicionales). Estas ventajas se conceden a modo de recompensa al comportamiento del socio «leal», entendiendo por este al comprometido con la estabilidad y no-enajenación de su cartera accionarial durante un periodo de tiempo mínimo predeterminado, esto es, el denominado periodo mínimo de lealtad.

La lealtad es uno de los elementos que dan sentido al contrato de sociedad y un pilar de conducta exigible al accionista en el ejercicio de sus derechos. En el derecho societario en general se afirma categóricamente que al accionista le es exigible fidelidad o lealtad, que se sustancia en dar prioridad en su actuación a la tutela del interés social. El deber de lealtad se incardina en las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil); de hecho, es una concreción del deber de buena fe en el derecho societario (Olivencia, 1972 y Sáez Lacave, 2016).

La fidelidad en las acciones de lealtad se mide, empero, por el tiempo en que el accionista permanece en el accionariado de la compañía. Las mal llamadas acciones de lealtad (en inglés, *loyalty shares*) son meramente acciones con doble voto, es decir, atribuyen un derecho de voto adicional a los accionistas estables que permanezcan en el accionariado por un periodo mínimo de tiempo. La finalidad de las acciones de lealtad consiste en reforzar el peso de los llamados accionistas estables e incentivar su permanencia en la sociedad, con la idea de que las compañías sean gestionadas con la vista puesta en una gestión y administración a largo plazo y de que mantengan un negocio sostenible en el tiempo.

Las acciones de voto plural y las acciones de lealtad son instrumentos que cumplen funciones distintas (Alborch Bataller, 1977). Con las acciones de voto plural, lo que se pretende es, fundamentalmente, incentivar la «cotización» de las sociedades cerradas, permitiendo al socio o socios fundadores de la sociedad limitada retener el control con una participación minoritaria. Otra de las ventajas que presentan las acciones de voto plural es que, a través de ellas, el socio dominante puede liberar recursos y emplearlos en nuevos proyectos, reduciendo, así, su exposición al riesgo específico de la empresa y aumentando la liquidez de los títulos. Además, la concentración de poder en manos de un único accionista o de un grupo minoritario dota a la estructura accionarial de mayor estabilidad, haciendo que los administradores puedan concentrarse en maximizar el valor de la empresa a largo plazo.

La estabilidad en la gestión y la creación de valor sostenida en el tiempo es lo que también persiguen las acciones de doble voto o «acciones de lealtad». Si bien, con las accio-

exigencia se halla expresamente reconocida en el artículo 105.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto preceptúa que los estatutos podrán exigir con carácter general a todas las acciones un número mínimo de títulos para poder asistir a la Junta general y, por ende, para poder votar en la misma».

nes de lealtad, como mecanismo de fidelización del accionariado, es posible concentrar el poder de decisión en torno a aquellos socios que hayan demostrado un mayor compromiso con el proyecto empresarial, reduciendo el peso de aquellos otros que actúen guiados por intereses meramente especulativos.

La *raison d'être* de la reforma planteada es suplir esa falta de acciones de voto plural para el régimen de las sociedades anónimas, evitando las consecuencias de concentración excesiva de poder en manos de unos accionistas minoritarios y de una eventual esterilización del mercado de control societario. Las acciones de lealtad son un instrumento más «inofensivo» (Mosca, 2019), que incorporan este privilegio de doble voto, pero que desparece con la cesión o transmisión de la acción.

3. Marco normativo

3.1. Principios generales a la luz de la Ley de sociedades de capital

En las sociedades anónimas, el principio general es la proporcionalidad estricta entre la participación en el capital y el derecho de voto. Es un verdadero principio configurador del tipo de la anónima, que se proclama en dos preceptos distintos, que tienen una formulación prácticamente literal. Principio que se ve mermado por la posibilidad de existir acciones sin voto, o limitaciones a un máximo de derechos de voto. Además, el texto refundido de la LSC establece la posibilidad de que sociedades de responsabilidad limitada emitan participaciones de voto plural, pero no así en sociedades anónimas, que establece la prohibición de privilegios en materia de voto de las acciones (art. 96.2 LSC):

2. No podrán emitirse acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de preferencia.

En este mismo sentido, el apartado 2 del artículo 188 de la LSC:

1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.
2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.

Por tanto, el artículo 96.2 y el 188.2 de la LSC efectúan una condena sin paliativos a la posibilidad de emitir acciones de voto plural en las sociedades anónimas (García de Enterría,

2015). Estas acciones no solo son aquellas que, teniendo el mismo valor nominal, están dotadas de un mayor número de votos, sino, aunque sea igual el número de votos conferidos por cada acción, siempre que unas confieran en proporción a su valor nominal un derecho de voto superior al conferido por otras estaremos en presencia de un supuesto indirecto de voto plural (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 14 de octubre de 1999)². Deben reputarse ilícitas, en consecuencia, todas las posibles combinaciones que, rompiendo esa proporción, establezcan directa o indirectamente un voto plural a favor de determinadas acciones (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 1 de julio de 1993, declarando inadmisibles una cláusula estatutaria que preveía la correlación entre el derecho de voto y el capital desembolsado por la rotundidad del principio acogido por el ex artículo 50.2 de la LSA, y de 26 de octubre de 2005, que rechaza una cláusula estatutaria atribuyendo eficacia decisoria en caso de empate en la junta al grupo de votos que reúna una mayoría de socios)³.

Pues bien, en materia de sociedades anónimas, este principio de proporcionalidad tan estricto solo admite dos matizaciones o excepciones. Por un lado, el de las acciones sin voto que, desde un punto de vista económico, son más parecidos a un título de deuda. Los propios economistas tratan a las *non voting shares* como un instrumento de pura deuda, ya que sus tenedores son inversores que solo buscan una rentabilidad económica y no dan ningún tipo de valor a la capacidad de intervención en la gestión de la sociedad.

Al margen de esta, la otra gran excepción al principio de proporcionalidad es la relativa a las limitaciones estatutarias del número máximo de votos que puede emitir un socio. En España esta cuestión ha estado precisamente sometida a un vaivén legislativo en los últimos años.

Esta limitación podría configurarse de muchas formas, especialmente en sociedades cerradas, donde hay maniobra para la ingeniería contractual, en el sentido de limitarlo a un porcentaje absoluto de votos, a un porcentaje de votos en la junta general, de hacer un voto escalonado decreciente, en función del *quorum*, o lo que se quiera. Lo cierto es que en el mundo de las sociedades cotizadas la configuración es generalmente la misma: se establece un límite por referencia a un porcentaje del capital, que en la práctica lo más habitual es que sea de un 10 %, a partir del cual se priva del derecho de voto al accionista. Con lo cual, por debajo de ese límite funciona el principio de proporcionalidad entre capital y voto

² En similares términos, la Resolución de 2 de septiembre de 2016, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos en relación con una escritura de ampliación de capital.

³ La DGSJyFP ha declarado, en aplicación de esta regla propia de las sociedades anónimas, que no pueden configurarse acciones de voto plural, ni atribuir al presidente de la junta general de socios voto dirimente (Resolución de 5 de noviembre de 1990).

–con el 9 % se vota por el 9 %–, pero teniendo un 11 % se vota por el 10 %. Así, se deja de tener voto a partir del 10 % –en argot, voto «capado» al 10 %–.

Estas limitaciones del derecho de voto también se caracterizan por tener un carácter subjetivo. A diferencia de las acciones sin voto, no implican que se esté modificando el régimen ordinario de las acciones afectadas. La limitación del voto se aplica en la medida en que un accionista pasa de ese determinado umbral. Evidentemente, si las acciones que pasan del límite son transmitidas, se aplica el régimen ordinario. Es una limitación que se aplica desde un punto de vista subjetivo al accionista que se sitúa por encima de ese límite, de modo que no se adhiere, desde el punto estructural u objetivo, a la acción. Sería una justificación falaz sostener que su introducción está motivada como un instrumento de defensa de la minoría accionarial, cuando lo que se busca efectivamente es que, en sociedades de capital disperso, se pueda mantener el control evitando a posibles accionistas díscolos o incómodos⁴.

Aunque la regla de «una acción, un voto» tiene sus excepciones (acciones sin voto, art. 98 y ss. LSC; cláusulas limitativas del derecho de voto, art. 527 LSC). Los efectos de esas modalidades son similares a las acciones con voto plural y acciones de lealtad, en el sentido de que estos mecanismos alteran la proporcionalidad entre el derecho de voto y el *cash-flow*, o entre el control accionarial y la inversión. En cualquier caso, bajo la normativa actual y en sede de sociedades anónimas, no existe la posibilidad de emitir acciones con voto plural ni tampoco hay previsión para la adopción estatutaria de las acciones de lealtad.

3.2. Directiva Europea 2017/828 para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas

El 20 de mayo de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva Europea 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, también denominada «Directiva de derechos de los accionistas».

Esa norma comunitaria persigue fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas europeas y, con ello, el crecimiento y la competitividad de las empresas. Para ello, establece medidas relativas a la identificación de los accionistas, la transmisión de información, la facilitación del ejercicio de los derechos de los accionistas, la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto (*proxy advisors*), la remuneración de los administradores y las operaciones con partes vinculadas.

⁴ Como en su momento era ACS para Iberdrola, pues tenía un 20 % de capital, pero iba a la junta y no podía votar nada más que con un 10 %.

Las «acciones de lealtad» aparecían recogidas en la propuesta inicial de directiva, pero desaparecieron del texto finalmente aprobado con ocasión de las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 2015 (COM[2014]013)⁵.

La versión inicial establecía lo siguiente:

Article 3. Support for long-term shareholding

Member States shall put in place a mechanism in order to promote shareholding on a long-term basis and foster long-term shareholders. Member States shall define the qualifying period in order to be considered a long term shareholder, but this period shall not be less than two years.

The mechanism referred to in the first subparagraph shall include one or more of the following advantages for long term shareholders:

- additional voting rights;*
- tax incentives;*
- loyalty dividends;*
- loyalty shares.*

La directiva europea publicada en el DOUE el 20 de mayo de 2017, sin embargo, no incorpora mecanismos de apoyo a los accionistas estables o permanentes en este sentido. No introduce las acciones de lealtad. Si bien, legítimo, no deja de sorprender por ello que el proyecto de ley objeto de estudio haya optado por justificar su transposición en la directiva europea, aplicando la armonización de mínimos, y, a la vez, el Gobierno vaya más allá con la regulación de las acciones de lealtad, y más aún cuando las experiencias comparadas (especialmente, Italia y Francia) no parecen satisfactorias ni concluyentes.

3.3. La plasmación del voto adicional por lealtad en la Ley de sociedades de capital

La Ley 5/2021 dedica toda una subsección a las «acciones con voto por lealtad», al que consagra nueve artículos a esta materia. La reforma parte de la introducción de una necesaria excepción a la prohibición de emisión de acciones de voto plural contenida en los artículos 96.2 y 188.2 de la LSC, presupuesto necesario, pues la LSC prohíbe en sede

⁵ PropuestainicialDirectiva(2015).Páginaweb:<www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0158_EN.html>.

de sociedades anónimas la emisión de acciones que directa o indirectamente impliquen la ruptura de la proporcionalidad.

A continuación, analizamos los nueve artículos reguladores de las acciones con voto adicional doble por lealtad:

Artículo 527 ter. *Previsión estatutaria de acciones con voto adicional doble por lealtad.*

1. Como excepción a lo previsto en los artículos 96.2 y 188.2, los estatutos de la sociedad anónima cotizada podrán modificar la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto para conferir un voto doble a cada acción de la que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos desde la fecha de inscripción en el libro registro especial contemplado en el artículo 527 septies.

A estos efectos, por voto doble se entiende el doble de los votos que correspondan a cada una de las acciones en función de su valor nominal.

2. Los estatutos podrán ampliar pero no disminuir el periodo mínimo de titularidad ininterrumpida previsto en el apartado anterior para obtener el voto doble.

3. A efectos del cómputo del periodo de titularidad a que se refiere este artículo, se considerará que las acciones asignadas gratuitamente con ocasión de ampliaciones de capital tendrán la misma antigüedad que las que han dado derecho a dicha asignación.

4. Las acciones con voto doble por lealtad no constituirán una clase separada de acciones en el sentido del artículo 94.

Nuestra primera crítica está relacionada con el apartado primero del artículo 527 ter, que establece el *dies a quo* del periodo mínimo de lealtad en el momento en que la sociedad inscribe en el libro registro la solicitud del accionista leal. No sabemos cuánto puede demorarse la compañía en efectuar la inscripción solicitada en el libro registro, no existen plazos legales y, en consecuencia, pueden surgir discrepancias internas entre un accionista y la sociedad.

Por otro lado, sería conveniente que el *dies a quo* del periodo mínimo de lealtad fuera siempre a partir del momento de la adquisición o transmisión de la acción, de manera que, adoptada la cláusula en los estatutos sociales, ese reconocimiento fuera inmediato, y que fuera un instrumento eficaz como medida antiopa. Cuando menos, que la fecha de efectos fuera la misma que la de la solicitud de inscripción por parte del accionista (solución que sí se adopta para la modificación o cancelación de la inscripción de acciones de lealtad, apartado 5.º del artículo 527 septies).

Del apartado cuarto del artículo 527 ter, por su parte, consideramos que su contenido es insuficiente y debería establecer expresamente que las acciones de lealtad no cons-

tituyen una suerte de clase especial de acciones, sino que el voto adicional está ligado a la permanencia, por la tenencia estable de las acciones de un mismo titular, cuyo privilegio se extingue en caso de cesión o transmisión de la acción, salvo en determinadas supuestos. En otras palabras, los derechos de voto adicional no están intrínsecamente aparejados a las acciones en sí mismas, sino que es un atributo del accionista, esto es, a su antigüedad.

Lo anterior supone que no se puedan tener en consideración los límites resultantes del artículo 293 de la LSC, relativo a las modificaciones estatutarias que afecten a los derechos de una clase de acciones, o a los derechos de un grupo determinado de acciones dentro de una misma clase, que exige el acuerdo mayoritario de la clase de acciones afectadas (*class voting*).

Artículo 527 quáter. *Mayorías necesarias para su aprobación.*

1. Para que la junta general pueda acordar válidamente la inclusión de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad será necesario el voto favorable de, al menos, el sesenta por ciento del capital presente o representado en la junta si asisten accionistas que representen el cincuenta por ciento o más del capital total suscrito con derecho a voto y el voto favorable del setenta y cinco por ciento del capital presente o representado si concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital, lo que será en todo caso necesario, sin alcanzar el cincuenta por ciento.
2. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías y quórum previstos en el apartado anterior.

Por lo que respecta a la aprobación del voto adicional por lealtad, entendemos que con la finalidad de proteger a los accionistas minoritarios, la Ley prevé en su artículo 527 quáter un *quorum* y una mayoría reforzados para que la junta general pueda acordar válidamente su inclusión en los estatutos sociales de la sociedad cotizada.

Desde este enfoque jurídico, nos parece adecuado que el legislador no recurra a los extremismos: total permisión o absoluta prohibición. Lo más interesante es la configuración de este mecanismo como de *opt-in*, de regla dispositiva, de tal manera que las sociedades cotizadas que quieran incorporarlo deben introducir la correspondiente cláusula estatutaria, para lo cual se exigirán las mayorías previstas en el artículo 527 quáter.

El anteproyecto inicial de 2019 preveía mayorías superiores. Sin embargo, el anteproyecto sometido a consulta pública, y después el proyecto de ley, publicado el 7 de septiembre de 2020, rebaja esas mayorías. En primera convocatoria, se exige un *quorum* de asistencia del 50 % del capital total suscrito y un acuerdo adoptado por una mayoría del 60 % del capital presente o representado (el anteproyecto preveía 2/3, es decir, el 66 % de ese capital). En segunda convocatoria, se exige un *quorum* de asistencia de, al menos, el 25 % del capital

y una mayoría de aprobación del 75 % del capital presente o representado (en el anteproyecto se exigía una mayoría del 80 % del capital)⁶.

Por otro lado, nos preguntamos qué régimen aplica ante una modificación estatutaria de la cláusula de las acciones de lealtad. En el hipotético caso de que el deseo social sea ampliar el periodo mínimo de permanencia y, en consecuencia, debatan una modificación estatutaria en tal sentido, ¿aplicaríamos los requisitos generales de *quorums* de asistencia y mayorías para modificación de estatutos sociales de una sociedad anónima? ¿Aplicaría el cómputo del voto por lealtad en la forma que prescribe el artículo 527 quinquies? ¿Aplicarían las mayorías establecidas para la adopción o supresión de la cláusula estatutaria de acciones de lealtad que en la Ley se regula? ¿Se computarían los derechos de voto adicionales en la delegación de votos a los administradores que regula el artículo 297 de la LSC? Estas cuestiones deben ser abordadas legislativamente, dada su trascendencia formal y material.

Artículo 527 quinquies. Cómputo del voto por lealtad.

1. Salvo disposición estatutaria en contrario, los votos dobles por lealtad se tendrán en cuenta a efectos de determinar el quórum de las juntas de accionistas y del cómputo de las mayorías de voto necesarias para la adopción de acuerdos. A estos efectos, en las sociedades cotizadas cuyos estatutos contemplen la atribución de voto doble por lealtad, el quórum de constitución de la junta general previsto en los artículos 193 y 194 se calculará sobre el número total de votos correspondientes al capital suscrito con derecho a voto, incluyendo los votos dobles. En la lista de asistentes se hará constar, junto al carácter o representación de cada asistente, el número de acciones con que concurren y el número de votos que corresponden a dichas acciones. Cuando los estatutos fijen con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista conforme a lo establecido en el artículo 527, dicha limitación será aplicable a los accionistas titulares de acciones con voto doble por lealtad.

2. En todo caso, los votos por lealtad se tendrán en cuenta a efectos de la obligación de comunicación de participaciones significativas y de la normativa sobre ofertas públicas de adquisición de valores así como a efectos de lo establecido en el Capítulo III del Título I de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

El párrafo 1.º del artículo 527 quinquies establece por defecto el cómputo de los votos adicionales por lealtad, tanto para fijar los *quorums* de asistencia como para fijar los *quorums*

⁶ El anteproyecto de ley inicial tiene fecha de 24 de mayo de 2019; el segundo borrador de anteproyecto de ley tiene fecha de 2 de marzo de 2020; el proyecto de ley publicado el 7 de septiembre de 2020 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales; la Ley 5/2021, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 13 de abril de 2021, con fecha de entrada en vigor a los 20 días de su publicación.

de votación. El problema surge con el *quorum* de asistencia, que está basado en el capital presente o representado, y que para su cómputo se tienen en cuenta los votos adicionales por lealtad. Es decir, no solo se tienen en cuenta, como es lógico, esos votos a los efectos de ejercer el voto en la toma de acuerdos, sino que computan también a efectos de capital para calcular el *quorum* de asistencia requerido (García Valdecasas, 2019).

Aunque sea una regla dispositiva, consideramos que ello carece de justificación alguna en tanto que desvirtúa la forma de computar el capital social asistente a la junta para la adopción de toda clase de acuerdos, lo que puede provocar, en los accionistas que no dispongan de ese voto de lealtad, un mayor desapego de la sociedad, al saber que ni su capital nominal ni su derecho de voto podrá influir en las votaciones de las juntas generales de las sociedades cotizadas que incorporen este tipo de acciones, a menos que ese accionista mantenga en cartera las acciones durante el periodo mínimo exigible.

Es nuestra la crítica que los votos adicionales que se atribuyen al accionista leal deben limitarse precisamente al acto de votar, pero en ningún caso deben computar para determinar el capital asistente a la junta.

Artículo 527 sexies. *Eliminación de la previsión estatutaria de voto por lealtad.*

La eliminación de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad podrá acordarse en cualquier momento por la junta general con los quórum y mayorías previstos en el artículo 201.2.

En el caso de que hubieran transcurrido más de diez años desde la fecha de aprobación de la previsión estatutaria por la junta general de las acciones con voto doble por lealtad, para su eliminación no se tendrán en cuenta en el cómputo de quórum y mayorías necesarios los derechos de voto dobles.

Los requisitos reforzados que se exigen para la introducción del voto adicional por lealtad no serán aplicables, sin embargo, para eliminar la previsión estatutaria, siendo de aplicación los requisitos generales para la modificación de estatutos sociales y facilitándose su supresión.

Además, la Ley 5/2021 facilita la supresión de la cláusula estatutaria con la previsión de que no se tendrán en cuenta los derechos de voto adicionales en el cómputo de *quorums* y mayorías necesarias para acordar la eliminación de la previsión estatutaria de voto doble cuando esta hubiera gozado una vigencia superior a 10 años –entendemos que consecutivos, aunque nada se establece– desde su incorporación.

Es nuestra crítica que el artículo transcrito hace *tabula rasa* por el mero transcurso de los 10 años, porque ese plazo computa desde la adopción de la previsión estatutaria de este mecanismo, pero no desde la fecha de adquisición o transmisión de las acciones por el ac-

cionista. En otras palabras, el precepto iguala, en cuanto a la supresión del voto adicional respecta, a los accionistas que lleven 10 o más años siendo accionistas, como a los accionistas que lo hubieran sido por menor plazo o incluso con solo 2 años mínimos de lealtad. Todo ello, una contradicción palmaria con el principio de igualdad de trato a los accionistas, de conformidad con los artículos 97 y 514 de la LSC.

Todas las decisiones sociales que consistan en la concesión de ventajas corporativas en favor de ciertos socios –no de todos– deben satisfacer las exigencias derivadas del test de paridad de tratamiento establecido en la normativa comunitaria (cfr. art. 85 Directiva [UE] 2017/1132 de 14 junio de 2017) y en nuestra LSC: «La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas» (art. 97 LSC). Obsérvese no obstante que el principio de paridad de trato se refiere en exclusiva –al menos formalmente– en derecho europeo de sociedades a las operaciones de aumento y reducción de capital, y en el nuestro tiene una formulación societaria (aparentemente) de carácter general. A nuestros efectos, la cuestión carece de trascendencia prácticas (Fernández del Pozo, 2018).

Por tanto, una solución que nos parece plausible es que el legislador facilite el ejercicio de derecho de separación por parte del accionista leal (Sáez Lacave, 2015). La LSC configura el derecho de separación como una forma de proteger a las minorías que no hayan votado a favor de ciertos acuerdos que, siendo aprobados por la mayoría de forma legítima, modifican aspectos sustanciales de la sociedad.

Sin embargo, el derecho español no prevé como causa de separación de los accionistas la modificación de los derechos de voto de las acciones de lealtad. Si se preservara el poder de decisión de las minorías, no resultaría oportuno introducir, con motivo de la implantación de las acciones de lealtad, una previsión legal de carácter similar. No obstante, es preciso que la sociedad que adopte acciones de lealtad incorpore simultáneamente una causa estatutaria adicional por modificación del régimen de mayorías y de derecho de voto, para que, precisamente, evite la causación de un perjuicio en los derechos de voto o posición accionarial del accionista leal. Por ejemplo, un derecho de separación configurado para situaciones en que los derechos de voto adicionales no computen para la toma del acuerdo de supresión de la cláusula estatutaria que tuviera antigüedad superior a 10 años.

Artículo 527 septies. *Libro registro especial de acciones con voto doble.*

1. La sociedad emisora creará un libro registro especial de acciones con voto doble por lealtad que contendrá los datos previstos en el artículo 497.1. La inscripción en este libro registro en ningún caso afectará a la titularidad y legitimación para el ejercicio de los derechos de socio que se deriven de los asientos en los registros contables según lo previsto en la normativa del mercado de valores.
2. Para obtener la atribución del derecho de voto doble, el accionista deberá solicitar su inscripción en el libro registro especial, indicando el número de accio-

nes respecto de las que pretende el reconocimiento del derecho de voto doble, y mantener la titularidad de ese número de acciones ininterrumpidamente durante un período mínimo de dos años desde la fecha de inscripción.

3. El accionista privilegiado deberá comunicar y justificar ante la sociedad, para su debida constancia en el libro registro al que se refiere el apartado anterior, cualquier transmisión de acciones que minore el número de votos por lealtad inscritos a su nombre, tanto si da lugar a su extinción como si no la determina conforme al artículo 527 decies.

4. La sociedad deberá facilitar sin demora la información que conste en este libro registro a cualquier accionista que lo solicite.

5. El accionista inscrito en el libro registro especial podrá comunicar a la sociedad en cualquier momento su renuncia total o parcial al voto doble que pueda corresponderle. En tal caso, la sociedad procederá a la modificación o cancelación de la inscripción correspondiente con efectos desde la misma fecha en que se comunique la renuncia.

6. El Reglamento (UE) n.º 2016/679 y en general la normativa de protección de datos de carácter personal se aplicará a los tratamientos de datos personales de los accionistas privilegiados descritos en este artículo, en los términos y condiciones que se establecen en el artículo 497.3.

7. Los estatutos podrán desarrollar el modo en que deba acreditarse ante la sociedad la titularidad ininterrumpida del número de acciones, así como el modo en que deban realizarse las comunicaciones de minoración de votos por lealtad y de renuncia previstas en este artículo.

8. Mediante Orden de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, o con su habilitación expresa, Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se podrán concretar otros aspectos técnicos y formales relativos al libro registro complementario a que hace referencia este artículo.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 527 septies, se configura como un derecho de voto adicional condicionado al cumplimiento de un periodo de tenencia ininterrumpida mínimo de dos años a contar desde la inscripción en un registro especial.

No estamos ante un derecho *ope legis* que opere de forma automática, sino que, primero, es necesaria una previsión estatutaria en cada sociedad anónima cotizada para introducir este mecanismo de las acciones de lealtad y, segundo, el accionista estable que el que reúna los requisitos establecidos será quien deba solicitar la inscripción de sus acciones en un registro especial. De este modo, no cabe que ningún accionista pretenda ejercer o disponer de ese derecho de voto adicional por acción si previamente no ha solicitado dicha inscripción. Esta solución permite que la sociedad, pero también los mercados, puedan conocer en todo momento quiénes disponen de tal derecho.

A pesar de la importancia que este registro tiene, la Ley 5/2021 no le ha prestado suficiente atención, por lo que sería conveniente completarlo. En primer lugar, debería establecerse la obligación para la sociedad de poner en marcha el registro simultáneamente con la modificación estatutaria que prevea la introducción de las acciones de lealtad. Esa simultaneidad se infiere del redactado, que, sin embargo, da lugar a interpretaciones.

La previsión del apartado cuarto del artículo 527 septies nos parece innecesaria en tanto que el derecho de información de todo accionista abarcaría este contenido del registro especial.

De lege ferenda convendría la necesaria simplificación del sistema y aunar este registro de accionistas leales con el registro contable de anotaciones en cuenta; sería, al menos, deseable introducir algún mecanismo que garantizase una adecuada coordinación entre ambos registros, en concreto, la comunicación de cualquier inscripción, modificación o cancelación en la misma fecha en que estas se produzcan.

Artículo 527 octies. *Voto doble por lealtad en sociedades que soliciten la admisión a negociación en un mercado regulado.*

1. Las sociedades que soliciten la admisión a negociación de sus acciones en un mercado regulado podrán incluir en sus estatutos sociales, con efectos desde la fecha de admisión a cotización de sus acciones, la atribución de voto doble por lealtad mediante acuerdo adoptado con las mayorías de constitución y votación previstas en el artículo 527 quáter, creando asimismo el libro registro especial de acciones con voto doble.
2. Los accionistas que acrediten la titularidad ininterrumpida de acciones durante el periodo mínimo de dos años podrán inscribirse en el referido libro registro especial con anterioridad a la fecha de admisión a cotización. En tal caso, los accionistas que aparezcan inscritos en el libro registro especial tendrán atribuido el doble voto respecto de las acciones a que se refiera la inscripción y desde la fecha misma de admisión a negociación de las acciones.
3. Para la atribución de voto doble por lealtad a cualesquiera otras acciones distintas de aquellas a las que se haya atribuido el voto doble conforme a lo previsto en los dos apartados anteriores, será necesaria la previa inscripción en el libro registro especial y el transcurso del periodo mínimo de titularidad de dos años computado desde la fecha de dicha inscripción en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 527 septies.

El artículo 527 octies establece un régimen especial y diferenciado del artículo 527 septies, que contiene la naturaleza constitutiva de la inscripción de las acciones de lealtad en el registro especial y que para el reconocimiento del doble voto al accionista establece su *dies a quo* en la fecha en que se inscriben las acciones. Por el contrario, este artículo 527

octies establece que la sociedad pueda atribuir votos dobles a las acciones que hubieran estado en manos de los mismos accionistas durante un periodo de dos años anteriores a la salida a Bolsa de la compañía.

En nuestra opinión este trato desigual no encuentra acomodo ni justificación, porque vulnera el principio de igualdad de trato de todos los accionistas (arts. 97 y 514 LSC para sociedades cotizadas). Consideramos que hubiera sido preferible suprimir la naturaleza constitutiva del registro especial con el fin de ofrecer igual trato a los accionistas de una sociedad que ya coticen en Bolsa y que adopta estatutariamente el derecho al voto adicional cuando el accionista tenga dos años de antigüedad ininterrumpida. De manera que, adoptada la cláusula estatutaria que reconoce las acciones de lealtad, se otorguen los derechos de doble voto automáticamente.

En segundo lugar, deberían introducirse medidas que aseguren la transparencia en relación con la titularidad de los accionistas de lealtad, número de acciones, así como las fechas de adquisición y venta siguiendo un criterio de cómputo prospectivo. En nuestra opinión, es insuficiente la publicidad de información meramente estadística que se exige constar en la página web corporativa de la compañía (apartado 3 del artículo 527 nonies). Nuestro desiderátum es que el registro especial sea plenamente transparente y público, bajo solicitud de interesado y con las debidas salvaguardas u omisiones de los datos de carácter personal del accionista.

Artículo 527 nonies. Cómputo y acreditación del período de lealtad.

1. La solicitud de inscripción en el libro registro especial deberá ir acompañada de un certificado que acredite la titularidad de las acciones expedido por la entidad encargada del libro registro de anotaciones en cuenta.
2. Con anterioridad a la finalización del plazo de legitimación anticipada previo a una reunión de la junta general, el accionista inscrito en el libro registro especial de acciones con voto doble deberá acreditar la titularidad del número de las acciones con doble voto durante un período mínimo ininterrumpido de dos años computados desde la fecha de su inscripción. La acreditación de este extremo se llevará a cabo mediante la aportación de un certificado expedido a tal efecto por la entidad encargada del libro registro de anotaciones en cuenta.
3. Las sociedades cotizadas cuyos estatutos contemplen la atribución de voto doble deberán incorporar a su página web información permanentemente actualizada sobre el número de acciones con voto doble existentes en cada momento y aquellas acciones inscritas pendientes de que se cumpla el periodo de lealtad fijado estatutariamente.

El artículo 527 nonies debería contemplar también la necesaria coordinación entre el registro especial y el registro de anotaciones en cuenta, por una mera cuestión de simplificación y economía procesal.

Respecto a la exigencia de acreditar la titularidad de un número de acciones con doble voto con un certificado expedido por la entidad contable encargada del libro registro de anotaciones en cuenta, debería completarse el articulado con la obligatoriedad de introducir estatutariamente un plazo de vigencia de ese certificado o, al menos, un plazo máximo en que puede retrotraerse esa acreditación a fecha de celebrarse la reunión de junta general. Pudiera suceder que a fecha de votación existieran discrepancias en las que la acreditación exigida no contemplara acciones de lealtad que sí cumplieran con el periodo mínimo de permanencia y que estuvieran ya inscritas, pero no reconocidas como tales en el certificado que se emita. En nuestra opinión, sería deseable que esas acreditaciones se emitieran hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. De esta manera, se mantendría cierta homogeneidad e igualdad de trato a los accionistas y se evitaría perjudicarles. Además, que se establecería un plazo idéntico que al reconocido a los accionistas de una sociedad anónima en el ejercicio de su derecho a la información (art. 197 LSC).

Por otro lado, existen diversas excepciones a la pérdida del derecho de doble voto. En los supuestos de transmisiones *mortis causa*; en los casos de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, disolución de comunidad de bienes u otra sociedad conyugal, donaciones entre cónyuges o incluso parejas de hecho, o entre ascendientes y descendientes. Tampoco se pierde el privilegio del voto adicional en las modificaciones estructurales de la Ley 3/2009 ni con las transmisiones intragrupo de acciones en cartera.

Artículo 527 decies. Transmisiones de las acciones por el accionista con voto doble.

1. El voto doble por lealtad se extinguirá como consecuencia de la cesión o transmisión, directa e indirecta, por el accionista del número de acciones, o parte de ellas, al que está asociado el voto doble, incluso a título gratuito, y desde la fecha de la cesión o transmisión.

2. No obstante y salvo disposición estatutaria en contrario, el voto doble por lealtad beneficiará también al adquirente del número de acciones al que esté asociado el voto doble si la transmisión de las acciones se produce por cualquiera de las siguientes causas, siempre y cuando ello se acredite ante la sociedad:

a) Sucesión *mortis causa*, atribución de acciones al cónyuge en caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, disolución de comunidad de bienes u otras formas de comunidad conyugal, como la donación entre cónyuges, personas ligadas por análoga relación de afectividad o entre ascendientes y descendientes.

b) Cualquier modificación estructural de las previstas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ya se refiera a la sociedad accionista titular de acciones con voto doble, ya se refiera a la sociedad emisora de las acciones de lealtad siempre que, en este último caso, la sociedad resultante de la modificación estructural contemple en sus estatutos las acciones con voto doble.

c) Transmisión entre sociedades del mismo grupo.

3. El voto adicional por lealtad beneficiará automáticamente a las acciones asignadas gratuitamente con ocasión de ampliaciones de capital en relación con acciones con voto de lealtad que ya se posean.

El artículo 527 decies de la Ley 5/2021 dispone que ese mismo voto de lealtad se tendrá por las acciones asignadas gratuitamente en ampliaciones de capital por las acciones de lealtad que ya se posean. Si bien, deja fuera de regulación los aspectos transitorios que pudieran surgir al aprobar la junta general la modificación de estatutos con la introducción de esas acciones de lealtad. Es decir, una vez modificados los estatutos de la sociedad, ¿las antiguas acciones que han estado en poder de los accionistas durante dos años o más quedan automáticamente convertidas en acciones de lealtad? O bien, ¿la conversión de acciones en acciones de lealtad va a exigir que transcurra el plazo de dos años desde la modificación de estatutos? Estas cuestiones creemos que deben ser contempladas en el acuerdo que adopte la junta general al modificar los estatutos. Dada la naturaleza constitutiva otorgada a la inscripción en el registro especial, consideramos que el artículo 527 septies sobre la acreditación del periodo de lealtad impide que el cómputo de antigüedad se retrotraiga al momento de la transmisión o suscripción de las acciones (art. 527 nonies).

Artículo 527 undecies. *Beneficiario último de las acciones distinto del accionista.*

1. En caso de existir un beneficiario último de las acciones conforme a lo previsto en el artículo 497 bis, únicamente será necesario acreditar la titularidad ininterrumpida por el periodo al que se refiere el artículo 527 ter con respecto al beneficiario último.

2. El voto doble por lealtad se extinguirá como consecuencia de cualquier cambio de beneficiario último de las acciones, salvo en los supuestos del artículo 527 decies.

El artículo 527 undecies regula el beneficiario último de las acciones distinto del accionista, y, para ello, hace remisión al novedoso artículo 497 bis de la Ley 5/2021, que también está pendiente de incorporación en la LSC. Básicamente el precepto está pensando en situaciones en las que entidades intermediarias, entidad o persona legitimada en virtud del libro registro de las acciones, fueran entidades encargadas de la custodia de acciones por cuenta de terceros. Pues bien, el artículo establece que la atribución del doble voto estará en función de que ese tercero (denominado, beneficiario último) acredite el cumplimiento del periodo de lealtad.

En el artículo no está contemplando, empero, las situaciones derivadas de la constitución de derechos reales de usufructo sobre acciones (art. 121 LSC). El usufructo sobre ac-

ciones supone un desdoblamiento de la titularidad de la acción entre el nudo propietario y el usufructuario.

La cualidad de accionista reside en el nudo propietario que, salvo disposición en contrario, ejerce los derechos políticos. La condición de accionista está expresamente atribuida por ley y no puede ser alterada estatutariamente (art. 127.1 LSC).

El contenido de derechos del nudo propietario se puede calificar como residual y expansivo. Hay que estar, por tanto, a los estatutos y al título constitutivo del usufructo para determinar el referido contenido de derechos, desde los puntos de vista externo e interno, respectivamente.

No obstante, existe la posibilidad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 127.2 LSC), de que esos derechos políticos sean ejercitados por el usufructuario, persona en la que no recae esa cualidad de accionista. ¿Qué ocurriría en esta situación cuando concurren acciones de lealtad? ¿Puede existir un desplazamiento en la titularidad del derecho de doble voto, sin que se produzca un cambio en la propiedad de los títulos? A efectos de ejercer el derecho de doble voto, ¿computa el periodo de permanencia de la figura del nudo propietario, aunque fuera el usufructuario quien ejerciera los derechos de voto? Consideramos relevantes que, de aprobarse esta reforma, el legislador aborde y dé respuesta a estas cuestiones.

Por último, surgen otras consideraciones y dudas interpretativas sobre la regulación proyectada. ¿Podrían los estatutos establecer condiciones adicionales para beneficiarse del voto adicional por lealtad? Parece razonable entender que sí, que el principio de autonomía de la voluntad juega a favor, siempre y cuando se respeten la ley y los principios configuradores. La cuestión no ha estado exenta de polémica en otros derechos. ¿Podría condicionarse el voto doble a la obtención de ciertos beneficios económicos? ¿O limitarlo a quienes ostenten un determinado número de acciones? ¿Podría reconocerse el derecho de voto adicional para ser ejercido solo en relación con determinados acuerdos sociales (por ejemplo, para modificaciones estatutarias, pero no para la elección de administradores)? Todas estas cuestiones que la Ley no aclara y que, quizás, convendría que el legislador también abordase.

4. Breves apuntes de derecho comparado

4.1. Italia

El 24 de junio de 2014, el Gobierno italiano aprobó el *Decreto-legge n. 91/2014*, posteriormente convertido en ley (y con diversas modificaciones posteriores): Ley 116/2014, de 11 de agosto de 2014. Pues bien, el decreto –conocido como *Decreto competitivà*– tiene

por objetivo incentivar la salida a bolsa de pequeñas y medianas empresas y facilitarles, en general, el acceso a los mercados de capital riesgo⁷. Entre otras medidas, la principal novedad de la reforma es la introducción del voto privilegiado.

El *Decreto competitivà* permite a las sociedades no cotizadas emitir acciones de voto plural dotadas de un número de votos superior a la unidad –y hasta un máximo de tres–, bien con carácter general, para cualquier asunto de competencia de la asamblea, bien con carácter limitado a determinados asuntos o acuerdos, o bien subordinado al cumplimiento de particulares condiciones no meramente potestativas. La ley italiana marca un máximo de tres votos por acción, existiendo la posibilidad de contabilizar fraccionamientos. Por ejemplo, acciones de clase A (1 voto por acción); acciones de clase B (2 votos por acción) y acciones de clase C (2,5 votos por acción). Por tanto, el *Decreto competitivà* deroga el artículo 2.351, párrafo 4.º del Código Civil italiano (en lo sucesivo, CCI), que establecía la prohibición de emitir acciones de voto plural para sociedades que no cotizaran.

Esta previsión de emitir votos con derecho plural encuentra su límite a que la emisión no exceda del 50 % del capital social (art. 2.351, párrafo 2.º, CCI). Ambos artículos son complementarios entre sí y no precisamente contradictorios, puesto que su justificación estriba en la necesidad de separar propiedad accionarial y control social.

Las sociedades cotizadas italianas, empero, no pueden ofrecer acciones con voto plural. Es decir, se mantiene la prohibición de emitir acciones de voto plural (art. 127 sexies.1 del *Testo Unico della Finanza*, –TFU–), pero, a cambio, se les ofrece la facultad de prever estatutariamente «acciones de lealtad», según reza el artículo 127 quinquies del TFU. Como ya hemos comentado anteriormente, estas acciones de lealtad garantizan un doble derecho de voto (*voto maggiorato*) a los accionistas que permanezcan un periodo mínimo de lealtad (dos años consecutivos bajo el ordenamiento jurídico italiano), a contar desde la inscripción en un registro especial, cuya llevanza corresponde a la propia sociedad emitente (art. 127 quinquies.2 TUF). Esta prerrogativa de doble voto se pierde si esas acciones se transmiten –con excepciones, como luego veremos–.

El registro especial de acciones de lealtad cumple una doble función: por un lado, la inscripción es constitutiva de derechos y actúa como presupuesto para computar el periodo de posesión ininterrumpida de las acciones a fin de obtener el aumento en los derechos de voto, pero, por otro lado, permite al emitente controlar la composición del accionariado, en virtud del carácter nominativo de la inscripción⁸. Esta inscripción registral por parte de

⁷ El decreto está publicado en la *Gazzetta Ufficiale*, número 144, de 24 de junio, y cabe señalar que la creación de acciones de voto plural no estaba prevista originalmente en el decreto, sino que fue introducida posteriormente en la fase de conversión en ley (art. 20.8 bis).

⁸ Según el *Regolamento Emittenti* este registro especial debe estar dividido en dos secciones: una dedicada a la identificación de los accionistas que hayan solicitado la inscripción y otra en la que se hagan constar

la sociedad se complementará con la publicación en su página web de la identidad de los accionistas que hayan solicitado la inscripción, así como con su participación en el capital social, siempre que esta supere el umbral de participación relevante a los efectos de comunicación (art. 143 quáter, párrafo quinto, del *Regolamento Emittenti*).

El artículo suscita, no obstante, determinadas incertidumbres técnicas, que carecen de respuesta normativa pero que tienen plausibles soluciones. Por ejemplo, cómo debiera ser aplicada la regla que permite adoptar vía estatutos sociales el mecanismo de acciones de lealtad cuando concurren accionistas con derechos de voto limitados a determinados y específicos asuntos o acuerdos (véase, derecho a votar solo en materia de modificaciones estatutarias o del documento fundacional), o cuando existen accionistas con acciones sin derecho a voto. La primera incertidumbre planteada pudiera tener, empero, fácil solución. El accionista ostentará doble derecho de voto en los temas que tenga derecho a votar. En la segunda cuestión, el accionista con acciones sin voto, aun cumpliendo con el periodo mínimo de lealtad, seguirá igual, esto es, carecerá del derecho de voto aun cuando reúna los requisitos de la condición de accionista leal (Gandía Pérez, 2016).

Otra y más sutil cuestión es si las acciones de lealtad constituyen una suerte de tipología o clase de acciones. No en vano, téngase en cuenta que en Italia las acciones de voto plural sí que constituyen una clase de acción y, en consecuencia, les resulta de aplicación un sistema de tutela colectivo (similar al previsto en el artículo 103 del LSC), que consiste en someter la eficacia de cualquier acuerdo posterior que perjudique los derechos de esta clase (*verbi gratia*, supresión o alteración *in peius* del voto privilegiado) a la aprobación de una asamblea especial, integrada por los titulares de las acciones de voto plural, con las mayorías reforzadas previstas para la asamblea extraordinaria (art. 2.376 CCI). Por el contrario, las acciones de lealtad bajo el derecho italiano, como en el caso español, tampoco constituyen una clase de acciones (art. 127 quinquies.5 TUF)⁹.

Bajo el derecho italiano existe la posibilidad de que ese privilegio no se reconozca por igual a todos los accionistas que cumplan con el período mínimo de lealtad, sino que ese beneficio de doble voto podría otorgarse exclusivamente a un determinado colectivo de titulares (por ejemplo, accionistas con derecho de voto en determinados asuntos o acuerdos, acciones sin derecho al cobro de dividendos, o básicamente someter su eficacia a la

los datos relativos a los accionistas que ya hayan obtenido el voto privilegiado. La primera sección debe contener, al menos, la siguiente información: los datos identificativos de los accionistas que hayan solicitado la inscripción; el número de acciones para las que se ha solicitado la inscripción, indicando las transmisiones y vinculaciones relativas a las mismas; y la fecha de inscripción. En la segunda deben indicarse, además: los datos identificativos de los accionistas que hayan obtenido el voto privilegiado; el número de acciones con voto privilegiado, con indicación de las transmisiones y vinculaciones que les afecten, así como de los actos de renuncia al privilegio; y la fecha en la que se haya obtenido el privilegio de voto.

⁹ «*Le azioni cui si applica il beneficio [del voto maggiorato] non costituiscono una categoria speciale di azioni ai sensi dell'articolo 2348 del codice civile*».

conurrencia de condiciones suspensivas o resolutorias no meramente potestativas, previamente establecidas en los estatutos).

La cesión o transmisión de acciones de lealtad bajo el derecho italiano, ya sea onerosa o lucrativamente, por regla general, no transfieren el derecho de voto adicional a su nuevo titular. La cesión comprende, desde luego, todos aquellos negocios que comporten una transmisión de la titularidad de la participación, por lo que, junto a la compraventa y la donación, deben entenderse incluidos la permuta y la aportación de los títulos a otra sociedad.

Ahora bien, cabe preguntarse si este privilegio de voto se extingue en supuestos donde, no existiendo «cesión» *stricto sensu*, existe un cambio de titular del derecho de voto. Así sucedería en supuestos de constitución del usufructo o de un derecho de prenda sobre las acciones que pueden dar lugar a un desplazamiento en la titularidad del voto, sin que se produzca un cambio en la propiedad de los títulos. El espíritu de la norma nos llevaría al supuesto de que, existiendo un cambio de titular, el derecho de doble voto no se transmitiera al usufructuario o al acreedor pignoraticio. En tanto que la cualidad de accionista permanece en el nudo propietario y es a este al que se le premia con el beneficio del voto privilegiado, no debería reputarse extinguida esa prerrogativa en tanto que el accionista leal permanece (nudo propietario o deudor pignoraticio). El valor de la acción con voto privilegiado es, además, superior al valor de la acción ordinaria, lo cual supondría un perjuicio patrimonial para el nudo propietario o deudor pignoraticio.

El derecho de doble voto también se extingue por la mera renuncia total o parcial de su titular al aumento del número de votos, lo que comportará la cancelación de su inscripción. El artículo 127 quinquies.1 del TUF prevé el carácter irrevocable de la renuncia, de forma que si deseara beneficiarse nuevamente del doble voto, el titular renunciante deberá volver a solicitar la inscripción de sus acciones en el registro especial, y el plazo de dos años comenzará a computarse *ex novo*. Por tanto, los efectos de la renuncia no podrían circunscribirse a una única asamblea.

A la regla general, empero, le siguen determinadas excepciones. En los supuestos de transmisión sucesoria, el heredero de acciones de lealtad preserva los derechos políticos de su causante, salvo previsión estatutaria en contra. El motivo es obviamente la continuación jurídica del heredero en los derechos y prerrogativas del causante, por lo que no comprendemos la salvedad estatutaria que admite la norma. La misma lógica es la que lleva a excluir la pérdida del voto aumentado en los supuestos de fusión y escisión de la compañía, salvo previsión estatutaria en contra. Pues bien, aquí también existe una sucesión universal de la entidad o entidades resultantes de la fusión o de la escisión en los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan o escinde, de modo que el carácter dispositivo de la norma resulta igualmente inexplicable¹⁰.

¹⁰ Según Marchisio, la norma podría estar pensando en la fusión entre una o varias sociedades que prevean acciones de lealtad y otra u otras que no las prevean. Ante esta hipótesis, dada la imposibilidad de es-

Por otro lado, el *Decreto competitivà* establece que, a los efectos del cálculo de *quorums* constitutivos y deliberativos en la junta, deberá realizarse teniendo en cuenta el número total de votos y no el del capital social, salvo previsión estatutaria en contra. Todo lo contrario, sucede con los derechos de minoría, cuyo ejercicio se atribuye a los titulares de determinadas cuotas de capital social, con independencia del porcentaje de votos que represente su participación, con la finalidad de proporcionar una mejor tutela a los accionistas minoritarios.

La introducción estatutaria de las acciones de lealtad requiere la aprobación del correspondiente acuerdo con las mayorías previstas para la asamblea extraordinaria (arts. 2.368 y 2.369 CCI). De lo anterior se suscita un problema adicional, y es que el artículo 127 quinquies, párrafo 3.º, del *Testo Unico della Finanza*, que prevé la posibilidad de incorporar en estatutos el mecanismo de las acciones de lealtad, no permite, empero, a sus titulares díscolos el ejercicio de derecho de separación conforme el artículo 2.437, párrafo 1.g) del CCI¹¹. Esta cuestión ha sido muy criticada por un sector de la doctrina (Giampaolino y Guizzi) que ha llegado incluso a cuestionar su constitucionalidad. Sin embargo, estos reproches se antojan algo excesivos. Otros autores (véase P. Marchetti) sostienen que la causación de ese debilitamiento indirecto en los derechos de participación y voto de los accionistas «ordinarios» es un efecto irrelevante en tanto que estos accionistas son también potenciales titulares de acciones de lealtad en condiciones de igualdad. Aunque técnicamente pudiera ser correcta esta aproximación, consideramos que es cuestionable que esta argumentación sea suficiente para justificar la falta de protección del accionariado minoritario, ya que, debido a la adopción de acciones de lealtad por parte de una mayoría, los accionistas minoritarios que aún gozan de «una acción, un voto» se encuentran asimismo en la situación kafkiana, en la cual los socios de por sí mayoritarios incrementan su posición de dominio y control social, y, paralelamente, los accionistas minoritarios ven que el valor de su cartera accionarial disminuye o, cuando menos, resulta más difícil de vender en tal contexto. Por tanto, consideramos que, tanto en Italia como en España, debe garantizarse la salida libre del accionista minoritario díscolo ante la adopción estatutaria de las acciones de lealtad.

A la inversa, ¿qué sucedería cuando la previsión estatutaria de las acciones de lealtad que permiten al accionista un voto adicional es suprimida? ¿Tienen estos accionistas estables derecho de separación? En la legislación italiana tampoco se contempla. En nuestra opinión, debería también existir el derecho de separación del accionista en estos supuestos donde

tablecer este instrumento a las mercantiles que no deseen adoptarlo, tendría sentido que el proyecto de fusión excluya la conservación del privilegio. Pero, entonces, afirma este autor, la norma se estaría limitando a prever un eventual acuerdo de supresión de las acciones de lealtad adoptado, ocasionalmente, en el mercado de una modificación extraordinaria, lo que, evidentemente, no hubiera requerido ninguna previsión expresa.

¹¹ En virtud del cual, generalmente, ante una modificación de los derechos de participación y voto permite al accionista díscolo el ejercicio del derecho de separación.

se les puede causar un perjuicio en sus derechos de voto o posición accionarial. Es más, en línea con lo comentado anteriormente, la idea de que los tenedores de acciones de lealtad no tengan derecho a votar como una clase de acciones –o conjunto de accionistas– en aquellas cuestiones que afecten contrariamente a sus intereses refuerza la conclusión de que el derecho de separación es necesario para proteger también a los accionistas mayoritarios.

Igual que en el derecho español, las acciones con derecho de voto plural constituyen una clase de acciones y en consecuencia están sujetas a las reglas aplicables a las clases de acciones y de votaciones. Además, la transmisibilidad de este tipo de acciones a terceras partes no supone la pérdida de los derechos de voto múltiple, ya que son derechos inherentes a la acción y no al titular.

Pues bien, el lector se preguntará por qué nos detuvimos nuevamente en esta diferenciación. La relación es clara. El legislador italiano ha previsto que los titulares de acciones con derecho a voto plural no puedan ser susceptibles de adquirir acciones de lealtad por la mera permanencia en la sociedad, con el fin de evitar una excesiva concentración de poder bajo una misma inversión. Por ejemplo, combinando acciones con derecho a voto múltiple, acciones de lealtad y acciones ordinarias, en teoría un accionista podría obtener absoluto control accionarial con una inversión equivalente al 6,25 % del capital social.

En todo caso, es preciso indicar que estas acciones de voto plural están excluidas para las sociedades que cotizan en mercados de valores regulados. No obstante, es posible que una sociedad no cotizada tenga distribuido su capital en diferentes clases de acciones y que, posteriormente, entre a cotizar en un mercado de valores. En este supuesto, sí estaría permitido bajo el derecho italiano (también en España), en tanto que, antes de entrar al mercado, cualquier potencial inversor/accionista estaría debidamente informado de la estructura accionarial y de su composición (folleto informativo, etc.).

En este supuesto de sociedades que entran a cotizar en mercados regulados, esas sociedades pueden, además, emitir acciones con derecho de voto múltiple similares a las que ya preexisten, con la finalidad de mantener inalterada la ratio entre diferente clase de acciones. Esto únicamente podría suceder cuando las acciones se suscriben con cargo a reservas.

Los problemas se suscitan en cuanto a las obligaciones de información sobre participaciones significativas en una sociedad cotizada y a la regulación de las ofertas públicas de adquisición. En cuanto a la primera cuestión, la reforma italiana de 2014 aclara que en las sociedades cuyos estatutos consientan la ampliación del derecho de voto, por capital se entenderá el número total de derechos de voto, de manera que la participación relevante a efectos de notificación deberá computarse como porcentaje de votos y no como porcentaje de capital. Aquí surge el primer inconveniente, y es que, al calcularse de este modo, la participación de cada accionista estará sometida a constantes oscilaciones, dado que el número total de votos variará cada vez que se produzca una transmisión de acciones privilegiadas, un accionista renuncie al voto privilegiado u otro obtenga esta prerrogativa. Una solución plau-

sible sería fijar un marco de referencia temporal para establecer el número de votos existente en cada momento.

En cuanto a la regulación de las ofertas públicas de adquisición bajo el derecho italiano, la reforma de 2014 redefine los presupuestos que desencadenan la obligación de lanzar una opa. La participación significativa establecida por el artículo 106.1 del TUF (equivalente a los artículos 128 y 131 del texto refundido de la Ley sobre el mercado de valores) deberá calcularse a estos efectos teniendo en cuenta el número total de votos comunicado por la sociedad, y no el capital social. Por tanto, el único criterio relevante es la disponibilidad de más del 30 % de los derechos de voto, con independencia de que esta derive de una participación superior o inferior al 30 % del capital social.

4.2. Francia

Las acciones de lealtad (*actions de loyauté*) gozan de mayor predicamento en el derecho francés y han sido fuente de inspiración para todas las jurisdicciones que también las han adoptado. Su estudio, aunque breve, hace preciso distinguir el antes y el después de la reforma introducida por la *Loi Florange*¹².

Ya en 1933, la *Loi du 13 novembre, réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions* (JORF, núm. 266, de 15 de noviembre de 1933) permitió que los estatutos de las sociedades anónimas pudieran atribuir un derecho de doble voto a accionistas «leales». Curiosamente, se exigía la cualidad de nacional francés al beneficiario del voto doble, como mecanismo de protección frente a los inversores extranjeros tras la Segunda Guerra Mundial. Este requisito ha sido eliminado en tanto que, lógicamente, vulnera los principios más elementales en los que basa la existencia de la Unión Europea: la no discriminación por razón de la nacionalidad.

La idea de la proporcionalidad entre propiedad y control seguía siendo la regla general por antonomasia. El periodo mínimo de dos años consecutivos, la necesidad de registrar las acciones previamente desembolsadas, la necesidad de lograr una mayoría social de dos tercios de los presentes o representados en la junta general, etc. son requisitos que se han descrito ya para Bélgica e Italia, es decir, en muy parecidos, si no idénticos términos.

La *Loi Florange*, que entró en vigor el 4 de abril de 2016, suprimió la expresión «al menos» que aparecía en la norma antecesora (L.225-123 del Código de Comercio francés), planteándose así la duda acerca de la posibilidad de establecer estatutariamente un plazo superior,

¹² *Loi n.º 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, Journal officiel de la République française* (JORF) n.º 77 de 1 de abril de 2014 –conocida como *Loi Florange*–. Página web: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028811102&categorieLien=id>>.

aspecto en relación con el cual la doctrina mantiene posiciones enfrentadas. Algunos autores consideran que establecer un periodo mínimo de permanencia superior a dos años ha de entenderse como una cláusula contraria a la ley, mientras que otros advierten que solo merecería dicha consideración aquella cláusula que prohibiera expresamente la atribución de un derecho de voto doble. La doctrina mayoritaria sostiene, empero, que la cláusula estatutaria que incorpore la no adopción al régimen de las acciones de lealtad ha de referirse a la atribución automática del propio derecho y no a sus condiciones, es decir, al periodo mínimo de permanencia. Entiende la doctrina que debe adoptarse una interpretación teleológica y, en consecuencia, la modulación de los plazos hubiera sido posible si el texto legal –tal y como lo hacía el proyecto de ley– hubiera mantenido la expresión «al menos».

Lo anterior entronca un problema oculto. En nuestra opinión no tiene acomodo esta interpretación teleológica, a sabiendas de que sociedades que adoptaron la cláusula (*opt-in*) de acciones de lealtad bajo la legislación previa a la reforma sí podían adoptar un plazo mayor; sin embargo, si negamos esa circunstancia ahora, parece claro que siendo el plazo legal de dos años se genera un trato discriminatorio difícilmente justificable.

Muy similar es también el régimen de transmisibilidad de acciones y la consecuente pérdida de derechos de voto adicionales con el régimen jurídico belga y el italiano. El derecho de doble voto se pierde cuando la acción se transmite, salvo en los supuestos expresamente recogidos en la normativa (art. L225-124); así, la entrega de acciones con carácter gratuito al accionista implica la extensión del beneficio del derecho de voto doble a esas acciones.

Antes de la entrada en vigor de la *Loi Florange*, la adopción estatutaria del mecanismo de las acciones de lealtad era un sistema *opt-in* que se mantuvo, incluso después de la Ley de sociedades mercantiles de 1966 (art. 175) y, a través de esta, en el *Code de commerce* de 2000.

No obstante, la *Loi Florange* invirtió su concepción, es decir, mutó al sistema de *opt-out*, de modo que el doble voto se aplica ahora automáticamente, *ope legis*, salvo disposición en contra recogida en los estatutos sociales que, para ello, requiere la adopción de un acuerdo con la misma mayoría de dos tercios que anteriormente se requería para optar por su inclusión y aprobación¹³.

En el derecho francés, ante la situación de que se superen los umbrales que obligan a lanzar una opa de forma involuntaria, existe la cláusula *grand-père* –introducida por la Ley de 22 de octubre de 2020–, que se aplica ahora en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.V de la Ley de 29 de mayo de 2014. A tenor de lo dispuesto en el referido precepto, cuando

¹³ Artículo L225-123 del Código de Comercio francés (modificado por la Loi n.º 2014-384, 29 de marzo 2014 - art. 7. V). Página web: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT00005634379&idArticle=LEGIARTI000006224989&dateTexte=&categorieLien=cid>>.

una persona ostente entre un 30 % y un tercio de los derechos de voto en los dos primeros años a contar desde la entrada en vigor de la ley, podrá beneficiarse de la posibilidad de solicitar –temporalmente– la suspensión de la norma que obliga a lanzar una opa por superar el umbral del 30 % (Conac, 2014).

En definitiva, el régimen francés sigue siendo fuente de inspiración para legisladores europeos por su larga tradición en cuanto a la implementación de las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas respecta. No obstante, sigue siendo el único ordenamiento jurídico que, con la última reforma, se diferencia por establecer este mecanismo mediante el sistema de *opt-out*, en el que la sociedad debe modificar los estatutos sociales para, precisamente, excluir expresamente la aplicación de este mecanismo y el consecuente reconocimiento de las acciones de lealtad.

5. Una de cal y otra de arena: ventajas y desventajas

5.1. Ventajas

Los defensores de la introducción de las acciones con doble voto alegan determinadas ventajas y, al contrario, sus detractores ponen énfasis en sus inconvenientes. Evaluando pros y contras es particularmente complejo, pero en síntesis explicamos sus ventajas y desventajas desde el punto de vista dogmático y empírico.

1. Es un mecanismo que incentiva la estabilidad y permanencia del accionariado, porque ofrece a esos accionistas la posibilidad de adquirir derechos de voto adicional por la mera tenencia de acciones en una sociedad cotizada durante un periodo mínimo de tiempo. Es una posibilidad que, además, se ofrece en igualdad de condiciones a todos los accionistas que cumplan con los requisitos que estatutariamente se establezcan¹⁴.
2. La introducción de las acciones de lealtad en España apuntala a cierta competencia entre ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹⁵, a la vez que logra que nuestro mercado de valores sea más atractivo y moderno, con relación a otros

¹⁴ En contra Ecchia y Visconti (2016): «Advancing this formula as a premium equal for "all" loyal shareholders (and as an incentive for loyalty to those who have not yet satisfied this requirement) seems a conceptual falsity. In fact, it accentuates the agency problem due to the increased disproportion of votes between majority and minority shareholders. However, it must be recognized that the bonus is undoubtedly useful for reinforcing governance stability and long termism, with potential benefits for both groups of shareholders».

¹⁵ La fragmentación no es precisamente una ventaja en nuestra opinión si Europa va camino a la integración del mercado de capitales. En este sentido también opina Mosca (2019).

ordenamientos de corte occidental. En línea con el modelo italiano y en contraste con el francés, la introducción de las acciones de lealtad depende de la voluntad social, considerándose positivo que, con independencia del uso que se dé a esta posibilidad, se modernice nuestro derecho societario con la incorporación de figuras a disposición de las juntas generales de las cotizadas.

3. Es un mecanismo bien recibido por empresas familiares y el propio Estado y sus entidades locales a través de sus sociedades de titularidad pública, en tanto que beneficia –principalmente– a los accionistas de control, reforzando su posición sin coste alguno. A la par que incentiva la salida a Bolsa de sociedades con buenas perspectivas de crecimiento, manteniendo los fundadores el poder de control o poder de decisión.
4. En línea con la ventaja anterior, este mecanismo incentiva la entrada de nuevos recursos financieros en el capital social, sin que los accionistas pierdan poder de control. Esto es, permite a los accionistas de control mantener su poder político en la sociedad, a la par que emitir nuevas acciones e incrementar la capitalización social de la compañía vía ampliación de capital, impulsando operaciones de refinanciación eficientes.
5. Incentivan una gestión y administración social a largo plazo y la consecución del interés social (Belot *et al.*, 2019). En otras palabras, los defensores de este mecanismo sostienen que supone la mitigación del cortoplacismo societario, porque esos inversores con vocación cortoplacista tienden a preponderar la asunción de riesgos por las sociedades sobre la propia estabilidad a largo plazo de la sociedad. Estructuras accionariales con predominancia de inversores a corto o especulativos tienden a presionar a los órganos de gestión para que adopten políticas de concesión de préstamos, de reparto de dividendos y de remuneraciones más agresivas y arriesgadas que los grupos de accionistas a largo plazo.

Existe una tendencia o evolución en la concepción del interés social hacia un contractualismo sostenible, en el que se vincula una diligente administración societaria con la creación de valor para el accionista y la sostenibilidad a largo plazo a la que aquella debe estar vinculada¹⁶.

6. Desde el punto de vista de la teoría del control societario, las *loyalty shares* permiten a los accionistas fundadores de la compañía generar valor a largo plazo y mantener su «visión idiosincrática» del negocio (Goshen y Hamdani, 2016).
7. Los defensores sostienen que podrían garantizar una mayor estabilidad económica y bursátil en tanto que fomenta la formación eficiente de precios y reduce la volatilidad del precio por acción, como consecuencia de la estabilidad y permanencia del accionariado, que apuntábamos inicialmente.

¹⁶ Léase el estudio empírico en los Estados Unidos de Koller, Manyika y Ramaswamy (2017).

8. Es un mecanismo muy prometedor para sus defensores, en tanto que les permitiría evitar fusiones transfronterizas gracias al control político que pueden ofrecer las acciones de lealtad. Es decir, los gobiernos pueden evitar que sociedades nacionales pasen a ser controladas por capital extranjero. Es lo que comúnmente se conoce como «patriotismo económico», concepto que acuño pero que no figura en ningún manual moderno de economía. Los argumentos esgrimidos para justificar este «patriotismo económico» son siempre los mismos: que de un sector estratégico se trata, que es de interés nacional tener empresas fuertes en el mercado con los centros de decisión ubicados en el propio país, o que los consumidores deben ser protegidos ante eventuales subidas de precios. Los defensores de este patriotismo económico anteponen, por tanto, este enfoque intervencionista al proyecto de integración europeo de libre competencia en los mercados de bienes y servicios.
9. Los defensores afirman que las acciones de lealtad pueden incentivar a una activa participación de los accionistas pasivos en la toma de decisiones y aprobación de acuerdos sociales.
10. Por último, sus defensores afirman que las acciones de lealtad son un instrumento más transparente que pueden evitar estructuras piramidales, participaciones cruzadas o pactos parasociales en materia de voto o de representación en el consejo, a la vez que reducir el grado de información asimétrica en el mercado, lo que conlleva a una mayor liquidez en el mercado secundario.

5.2. Desventajas

La lectura de las desventajas debe realizarse también desde una óptica no solo dogmática, sino, también, empírica (inversión/coste y orgánicamente), con apoyo de las opiniones recogidas por el sector de la doctrina más autorizada.

1. Es inexistente el problema del cortoplacismo en España. En nuestro país la mayoría de las sociedades cotizadas tienen accionistas de control (familias, el Estado o entidades locales)¹⁷. En consecuencia, el poder de un posible accionista minoritario –normalmente un *hedge fund*– será menor que en países como los Estados Unidos. El cortoplacismo es uno de los mayores argumentos esgrimidos en los Estados Unidos que, sin embargo, la mejor doctrina estadounidense califica de

¹⁷ Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Informes de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados*. Ejercicio 2018. Página web: <www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/IAGC_2018.pdf>.

ilusorio. Y si no existe cortoplacismo en los Estados Unidos¹⁸, donde existe una clara y evidente dispersión del accionariado de las sociedades cotizadas y existe una mayor presencia de fondos de inversión libre y de inversores institucionales, todavía con menos motivo podrá compararse y alegarse que exista un problema de cortoplacismo en España.

De haberlo, consideramos que hay mecanismos más efectivos y eficientes para combatirlo (*verbi gratia*: mayores dividendos; incentivos fiscales para accionistas a largo plazo; incluso sería valorable –aunque debatible– que las normas penales incluyeran el cortoplacismo como elemento configurador del tipo delictivo, puesto que las normas penales son más efectivas a la hora de prevenir posibles comportamientos desleales o cortoplacistas en el ámbito societario) (Gurrea-Martínez, 2019)¹⁹.

De hecho, mucho se ha escrito en la literatura norteamericana sobre la dicotomía cortoplacismo-largoplacismo, sin que pueda llegar a decirse que exista una postura unívoca, pues no toda decisión cortoplacista es siempre y necesariamente contraria al interés de la sociedad. En este sentido, expresamos nuestro escepticismo ante la importación de ideas y trasplantes jurídico-empíricos extraídos de otras naciones.

2. Es un mecanismo que introduce asimetrías entre propiedad y voto, lo cual pone en duda el pretendido dinamismo del mercado, que no busca ni la transparencia, ni la implicación del accionista en la gestión de la empresa (Gurrea-Martínez, 2019)²⁰. Es decir, este instrumento puede acentuar la separación entre derechos de voto y propiedad, lo que conllevaría un incremento de los costes de agencia entre los accionistas de control y los accionistas externos.
3. Las acciones de lealtad cuentan con el rechazo de los inversores institucionales –salvo que sean accionistas de control, que suelen mantenerse en el capital durante más tiempo–, porque limitan su forma de actuación²¹. Los inversores institucionales tradicionales comparten con los accionistas externos el objetivo de liquidez, pero también que buscan la máxima rentabilidad –asumiendo un nivel de riesgo aceptable–, así como el desinterés o aversión al control de la sociedad en la que invierten, incluso un cierto «desconocimiento». La combinación de estos factores explica el motivo de mantener posiciones cortas en el mercado que im-

¹⁸ ROE, M. (2014 y 2018)

¹⁹ En su obra expone numerosas medidas para prevenir el cortoplacismo y que, por razones de extensión, no podemos entrar a valorar.

²⁰ En este sentido, también Ecchia y Visconti (2016): «*Contribute to increasing the asymmetric distributions of advantages and disadvantages among the majority and minority shareholders*».

²¹ *Financial Times*: Noticia de 5 de febrero de 2015, respecto a la adopción de las acciones de lealtad en el derecho italiano y su oposición, por cien inversores institucionales del país. Página web: <<https://www.ft.com/content/9473eaca-ad2c-11e4-bfcf-00144feab7de>>.

piden desarrollar una política de implicación en el gobierno corporativo de dichas sociedades y que les lleva a adoptar una actitud pasiva favorecida por las restrictivas limitaciones a la concentración de la inversión establecidas en el artículo 23 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y las estrategias de diversificación de estos inversores que imposibilitan ejercer una influencia notable.

En definitiva, la problemática que subyace a estos inversores institucionales es idéntica a la que se plantea con carácter general para los accionistas-inversores individuales: ausencia de incentivos económicos y los costes derivados de la implicación.

4. En un supuesto de recapitalización, el coste de capital de las sociedades mercantiles en general y de las entidades financieras, en particular, que tienen reconocidas acciones de lealtad en sus estatutos puede ser superior al de las sociedades que no disponen de ese mecanismo, debido a que las acciones de sociedades que no ofrecen derechos de voto proporcionales son objeto de descuento por el riesgo de que existan accionistas de control que puedan extraer beneficios privados del banco²².
5. La duplicación del voto, como consecuencia de la adopción estatutaria y reconocimiento al accionista leal, permitirá a los accionistas de control la posibilidad de aumentar su posicionamiento accionarial, sin que precisamente le preceda una inversión en capital.

En román paladino, en sociedades muy concentradas, los accionistas de control aumentarán considerablemente su poder de decisión²³, lo que va en detrimento de los accionistas minoritarios y también de los inversores institucionales.

Los accionistas de control en sociedades cerradas pueden utilizar las acciones de lealtad como mecanismo de control reforzado y, en consecuencia, pueden agravar los conflictos de interés, puesto que los administradores o socios de control pueden perjudicar a los propios intereses de la sociedad o los de los accionistas minoritarios, inversores institucionales o fondos de inversión. Esta cuestión es particularmente relevante en España, ya que el control societario está concentrado en unos pocos (*verbi gratia*: empresas familiares) (Faccio *et al.*, 2002; Barontini y Caprio, 2006; Bajo *et al.*, 2019).

²² En este sentido se expresa el propio Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Noticia de *Expansión*, de 19 de julio de 2020. Página web: <<https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/07/19/5f14b924e5fdeabf7c8b45e6.html>>.

²³ Gurrea-Martínez considera que las acciones de lealtad no son deseables en España, porque convierten en más poderosos a los de por sí ya poderosos accionistas de control que existen en la mayoría de las sociedades cotizadas españolas.

6. Las acciones de lealtad no son efectivas para lograr mayor involucración del accionista. La adopción de las acciones de lealtad en una sociedad con dispersión accionarial no revertirá la actitud pasiva del accionista minoritario.

En este sentido, son varios los motivos que provocan esta apatía racional (Fernández Torres, 2017 y 2019). En primer lugar, la participación en la compañía que pueden tener algunos accionistas minoritarios puede no ser muy elevada. En segundo lugar, los costes de coordinarse con otros accionistas dificultan que los accionistas minoritarios sean influyentes²⁴. El problema del *free ride* puede coadyuvar a que los accionistas rehúyan incurrir en costes adicionales. En tercer lugar, la falta de influencia que tienen los accionistas inversores individuales o los pequeños inversores institucionales en la adopción de decisiones. En cuarto y último lugar, los inversores institucionales suelen asumir políticas de inversión con estrategias de diversificación y, además, pueden optar por recurrir a asesores de voto cuyos intereses, eventualmente, son contrarios a planteamientos largoplacistas para la sociedad.

Quizás hubiera sido más efectivo introducir medidas que favorecieran el control de los socios sobre la gestión y administración social, y no la concesión de nuevas acciones o de mayores derechos de voto por el simple hecho de permanecer en la sociedad durante un determinado periodo de tiempo.

De hecho, las acciones de lealtad mantienen o incluso reducen –en términos relativos– el poder de los accionistas minoritarios. Estos últimos no solo seguirán teniendo incentivos para ser racionalmente pasivos, sino que muchos ni siquiera invertirán en una sociedad cotizada española, habida cuenta del mayor poder –y, consecuentemente, mayor posibilidad de actuar en interés propio– que tendrá el accionista de control.

7. El voto adicional puede constituir un fuerte instrumento financiero de marketing. De hecho, es un instrumento que pudiera fácilmente convencer a los accionistas minoritarios de que su opinión, su voto y, en consecuencia, su titularidad será tenida en cuenta en la compañía. Su sentimiento es que una acción de una sociedad que garantiza un voto adicional una vez cumplido el periodo mínimo de tiempo es, en cualquier caso, preferible a cualquier otra acción. De este modo, los inversores desvían el centro de atención de una evaluación racional a la calidad real del producto. Por ello, es ciertamente un tipo de marketing engañoso, pero que, ciertamente, es un mecanismo muy útil y ventajoso para la financiación de la compañía (Ecchia y Visconti, 2016).
8. Un bonus en forma de voto adicional por acción no sirve para convencer al accionista cortoplacista ni a grandes inversores, como los fondos de inversión libre,

²⁴ Los costes de involucrarse (en términos de tiempo, información, asesoramiento y coordinación), aunque se redujeran por el legislador, podrían resultar superiores a los beneficios que se podrían obtener.

caracterizados por generar inversiones a corto plazo, para que conviertan su perspectiva inversionista a largo plazo. Al contrario, el bonus es ciertamente innecesario para alentar la estabilidad de los accionistas minoritarios, que, por naturaleza, tienen tendencia a generar inversiones a largo plazo.

9. Si se trata de una medida antiactivismo accionarial, conviene recordar que los activistas, cuando entran en el capital, suelen promover cambios con el objetivo de incrementar el valor de la acción y la rentabilidad de su inversión, lo que redundará en el beneficio de todos los accionistas (Aragón Alonso, 2020).

6. Conclusiones

El derecho, ya lo consideremos como facultad del entendimiento, ya como pura ciencia, ya como legislación positiva, es mudable, alterable, inestable de suyo, a la manera de todas las cosas humanas. Están ya muy lejos de nosotros aquellos tiempos en que los legisladores de la Antigüedad, henchidos de un vano orgullo, o inflamados por el patriotismo en una ilusión generosa, pregonaban ante los pueblos, como un dogma inconcuso, la inmortalidad de sus obras.

Las acciones de lealtad no suscitan revolución alguna en el derecho societario español, en tanto que nunca ha existido ningún ordenamiento jurídico en el que se siga estrictamente el principio «una acción, un voto»²⁵. De hecho, no sería desacertado afirmar que en ocasiones el principio una acción, un voto es la excepción más que la norma.

Es sabido que precedían en nuestro ordenamiento similares mecanismos –aunque con distintas finalidades–: acciones sin voto, acciones de voto plural, acciones con derechos de voto limitados a determinados asuntos o acuerdos, o derechos de voto condicionales, y también existen acciones con limitaciones a un máximo número de votos que un solo accionista pueda emitir por su entera participación en el capital social.

Con todo, existe un cierto consenso a la hora de asignarle a la reforma planteada una relevancia sistemática de primer orden. Y es que esta nueva facultad de privilegiar el derecho de voto parece haber enterrado definitivamente el dogma de la necesaria proporcionalidad entre derecho de voto y participación en el capital social.

²⁵ De hecho, el anexo C del Informe encargado por la Comisión Europea en 2007 (preparado por Albiñana y Suárez de Lezo y revisado por el profesor Recalde Catells) analiza la incidencia de los mecanismos de control reforzado en España y concluye que España es uno de los países que recurre habitualmente a mecanismos que «vulneran» el principio de proporcionalidad. En términos globales, el estudio pone de manifiesto que el 49 % de las empresas españolas analizadas dispone de algún instrumento que altera la democracia accionarial.

La regulación de las acciones de lealtad en España supone, empero, más inconvenientes que ventajas, más coste que beneficio. Desde un punto dogmático, la cuestión quizás no esté tanto en la distribución de poder cuanto en el ejercicio efectivo del control sobre los administradores, como sobre los socios de control. El voto no es siempre y en todo caso un mecanismo eficiente de control o el único con el que puede contarse. El exceso de poder o control en manos de los administradores solo puede afrontarse si se refuerzan los deberes de lealtad y su régimen de responsabilidad.

Las acciones de lealtad no deben reputarse una suerte de maldición ni de bendición, porque no solucionan ninguno de los problemas que se pretenden solventar: ni acaban con la apatía racional del accionista, ni implican la involucración de los accionistas, ni aseguran que las decisiones se adopten con la vista puesta en la consecución de un interés social sostenible. Al contrario, favorecen a las minorías que ostentan el control de la compañía y suponen un mecanismo proteccionista de las sociedades, que obstaculiza seriamente la creación de un mercado interior que ofrezca las mismas oportunidades y establezca las mismas reglas del juego para adquirir el control de las sociedades. Así es, la regulación es parca, porque no tiene en cuenta la pluralidad de accionistas heterogéneos que persiguen intereses no contrapuestos pero diferentes. A esas realidades son las que hay que atender y proponer soluciones más acordes a mantener un equilibrio entre los intereses en conflicto.

La cuestión que puede preocupar más es preguntarse si las acciones de lealtad constituyen un mecanismo que favorezca la implicación de los accionistas. El legislador español parte de la base de que todos los accionistas actúan de igual forma y de que participan bajo intereses homogéneos. Igual que ocurre con los presupuestos que sirvieron de base para la promulgación en Francia de la *Loi Florange*, que introdujo las acciones de lealtad, el informe *Gallois* descansa sobre unos postulados cuya veracidad es, cuando menos, discutible; es decir, se partía de la base de que los accionistas tienen interés en participar, involucrarse y mantener las acciones en su portafolio y que, además, la estabilidad favorece la implantación de políticas más sólidas a largo plazo. Pero ¿es esto verdad siempre y en todo caso? El debate sobre el cortoplacismo *versus* largoplacismo requiere un análisis pausado, aparte del estudio de las acciones de lealtad. No obstante, sirva esto simplemente como llamada de atención sobre una cuestión sobre la que conviene reflexionar con sosiego.

Referencias bibliográficas

- Alborch Bataller, C. (1977). *El derecho de voto del accionista (Supuestos Especiales)* (prólogo de Manuel Broseta). Tecnos.
- Aragón Alonso, I. (15 de julio de 2020). «Loyalty shares»: ¿se ha de premiar la lealtad? *El Español*.
- Bajo E. et al. (2019). Bolstering Family Control: Evidence from Loyalty Shares. *European Corporate Governance Institute - Finance Working Paper*, 619.
- Barontini, R. y Caprio, L. (2006) The effect of family control on firm value and performance: Evidence from continental Europe. *European Financial Management*, 12, 689-723.
- Belot, F. et al. (2019). Encouraging long-term shareholders: The effects of loyalty shares with double voting rights. *Université Paris - Dauphine Research Paper*, 3475429.
- Conac, P. H. (2014). Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote doublé sauf vote contraire. *Revue Droit des Sociétés*, 4, 256-270.
- Ecchia, B. y Visconti, R. (2016). The Extra Vote as Bonus for Loyalty Shares in the Evolution of the French Model What Effects does it have on Shareholder Relationships, «Long termism», and Company Market Value? *International Journal of Business and Social Science*, 7(10).
- Faccio, M. et al. (2002). *The ultimate ownership of Western European corporations*.
- Fernández del Pozo, L. (2018). La viabilidad de las «acciones de lealtad» en nuestro derecho de sociedades (loyalty shares). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 152, 9-64.
- Fernández Torres, I. (2017). *Las Loyalty Shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*. Marcial Pons.
- Fernández Torres, I. (2019). El voto doble por lealtad. *Almacén del Derecho*.
- Gandía Pérez, E. (2016). Acciones de voto plural y loyalty shares. Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la reciente introducción del voto privilegiado en Italia. *Revista de Derecho Mercantil*, 300, 61-112.
- Gandía Pérez, E. (2016). El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las loyalty shares introducidas por el decreto-legge, núm. 91, de 24 de junio. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 65, 173-203.
- García de Enterría, J. (2015). Proporcionalidad entre capital y voto: mecanismos de quiebra del principio y su fundamento societario. *Cuadernos de la Cátedra Garrigues-Cornillas de Modernización del Derecho de Sociedades*, 4.
- García Valdecasas, J. Á. (2019). Acciones de lealtad: crítica a su posible introducción en España. *Blog de Opinión. Notarios y Registradores*.
- Goshen, Z. y Hamdani, A. (2016). Corporate Control and Idiosyncratic Vision. *Yale Law Journal*, 125(3), 560-795.
- Gurrea-Martínez, A. (2019). Un análisis crítico sobre la posibilidad de permitir las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas españolas. *Working Paper Series 4/2019*. Ibero-American Institute for Law and Finance Journal of Financial Economics, 65, 365-395.
- Koller, T., Manyika, J. y Ramaswamy, S. (2017). The case against corporate short termism. *Milken Institute Review*.
- Mosca, C. (2019). Should shareholders be rewarded for loyalty? European experi-



ments on the wedge between tenured voting and takeover law. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 8(2).

Olivencia, M. (1972). Algunas cuestiones sobre el derecho de voto en la sociedad anónima. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 17, 265-287.

Roe, M. (2014). Corporate Short-Termism - In The Boardroom and in the Courtroom. *Harvard Public Law Working Paper*, 13(18).

Roe, M. (2018). Stock Market Short-Termism's Impact. *Harvard Public Law Working Paper*, 18(28).

Sáez Lacave, M. I. (2015). Análisis económico de las cláusulas estatutarias de reconversión de acciones –voto múltiple / ordinarias– y doble estructura accionarial. *Cuadernos de la Cátedra Garrigues-Comillas de Modernización del Derecho de Sociedades*, 4.

Sáez Lacave, M. I. (2016). Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*.



La intervención provocada: propuestas de *lege ferenda*

César García González

Abogado

Doctor en Derecho de Seguros

caesargarci@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4181-8496>

Extracto

La Ley de enjuiciamiento civil contempla la posibilidad de que un tercero, aun no teniendo estatus de parte, pueda comparecer en un litigio, siendo solicitada tal intervención tanto por el demandante como por el demandado. No obstante en esta figura el legislador no ha abordado a cabalidad esta figura, quizá en espera de definición jurisprudencial y doctrinal. Pretendemos analizar la naturaleza de esta figura, la casuística en la que procede la intervención de un tercero provocada y, finalmente, realizar propuestas de modificaciones legales de esta figura.

Palabras clave: intervención provocada; llamada a tercero; contrato de seguro; garantía; legislar mejor.

Fecha de entrada: 08-10-2021 / Fecha de aceptación: 15-11-2021

Cómo citar: García González, C. (2022). La intervención provocada: propuestas de *lege ferenda*. *Revista CEFLegal*, 253, 43-80.



The intervention caused: proposals *de lege ferenda*

César García González

Abstract

The civil procedure Law provides for the possibility that a third party, even if he does not have the status of a party, may appear in a litigation, being such intervention requested by the plaintiff or the defendant. However, in this figure the legislator has not fully addressed this figure, perhaps pending jurisprudential and doctrinal definition. We pretend to analyze the nature of this figure, the casuistry in which the intervention of a third party proceeds, and finally, to make proposals for legal modifications of this figure.

Keywords: provoked intervention; lawsuit; appeal to third-party; insurance contract; better lawmaking.

Citation: García González, C. (2022). La intervención provocada: propuestas *de lege ferenda*. *Revista CEFLegal*, 253, 43-80.



Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y naturaleza jurídica de la intervención provocada. Propuestas *de lege ferenda* procesales: artículos 448, 406 y 407 de la LEC
 - 2.1. Antecedentes de la intervención provocada
 - 2.2. Naturaleza jurídica de la intervención provocada. Propuestas *de lege ferenda* procesales: artículos 448, 406 y 407 de la LEC
 3. Casuística actual
 - 3.1. El supuesto de *laudatio* o *nominatio auctoris*
 - 3.2. La consignación judicial de deudor a favor de diversos acreedores. Es el supuesto permitido por el artículo 1176, párrafo segundo, del Código Civil
 - 3.3. Los supuestos de garantía
 4. La (no) intervención provocada del asegurador. Propuestas *de lege ferenda* en materia de seguros
 5. La intervención provocada y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El artículo 14 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) contempla una figura no muy utilizada en la práctica forense, quizá por el desconocimiento por parte de los letrados.

Tal desconocimiento no es solo el relativo al artículo 14 de la LEC propiamente dicho, sino de la casuística: la ley permite al demandante o al demandado llamar a un tercero para que intervenga en un proceso en el que, inicialmente, la parte actora no quiso llevarle a aquel litigio como parte.

No podemos dejar de lado que la LEC no define qué se ha de entender por intervención provocada, pues no deja de ser una norma procedimental, y no de derecho sustantivo.

El artículo 14.1 de la LEC recoge:

En el caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga otra cosa.

Y el punto 2.º de ese artículo dice:

Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:

Este artículo no recoge la casuística, ni establece un *numerus clausus*, sino que ampara cualquier situación, que deberá ser concretada por una norma de rango con ley.

Y no todos los letrados conocen en qué casos se permite llamar a un tercero, amén de que no son tantos los casos.

Igualmente la doctrina tampoco ha venido abordando el verdadero alcance de la intervención provocada.

Pero el escaso empleo de la intervención provocada no solo ha de ser predicado por el posible desconocimiento de los letrados directores de los asuntos, sino también de las inconcreciones legales del alcance y matices de esta figura regulada «de forma un tanto imprecisa»¹.

Tal regulación insuficiente nos permite analizar situaciones que la norma, *a priori*, no contempla específicamente, y que entendemos que sea necesaria.

Amén de cuestiones procesales de legitimación del tercero cuya intervención se provoca, hay casuísticas de derecho sustantivo que entendemos que deben ser amparadas legalmente, para poder así dotar de mayor contenido casuístico a esta figura procesal.

En este estudio, antes de entrar en la casuística, entendemos relevante analizar el origen y naturaleza de la figura, para, una vez arrojada luz sobre esta ignota figura, poder determinar si aun habiendo casos en los que no se recoja expresamente esta posibilidad, pueda tener cabida, y también entender el recorrido de las propuestas *de lege ferenda* objeto de este estudio.

2. Antecedentes y naturaleza jurídica de la intervención provocada. Propuestas *de lege ferenda* procesales: artículos 448, 406 y 407 de la LEC

2.1. Antecedentes de la intervención provocada

En la LEC de 1881 no se contemplaba la intervención provocada², aunque por evidente derivación del artículo 24 de la CE, la doctrina y jurisprudencia se fue, por los primeros, justificando y, por los segundos, dando cabida a la intervención provocada de tercero.

Aunque sí permitía la LEC de 1881 la intervención de un tercero en el concurso de acreedores³, así como en la tercería de dominio o tercería de mejor derecho⁴, tales intervenciones de terceros no habrían de tener consideración de intervención provocada (Cabañas García, 2000, p. 74).

No obstante el origen de la intervención provocada, no tenemos que ir a buscarla en el derecho comparado⁵, ni en actos de contorsionismo interpretativo, sino que, contrariamen-

¹ STS, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2010.

² Ni de otro tipo de intervenciones de terceros, al menos de forma cabal. *Vide* STS, Pleno, de 20 de diciembre de 2011.

³ Artículos 1.276, 1.328, 1.394 de la LEC 1881.

⁴ Artículos 1.532 a 1.543 de la LEC 1881.

⁵ Aunque sí exista. *V. gr.* Muñoz Villareal (2015).

te a lo que algún autor ha indicado (Páramo Dupuy, 2006), su precedente patrio lo teníamos en las Siete Partidas alfonsíes⁶. Concretamente en la ley IV del título XXIII de la partida tercera, relativa a la justicia, intitulada: «Que aquellos á quien tañe la pro ó el daño del pleito sobre que es dado el juicio, se pueden alzar».

Tal ley recoge que

tomar pueden alzada non tan solamente los que son señores de los pleytos ó sus personeros quando fuere dado juicio contra ellos asi como desuso mostramos, mas aun todos los otro á quien pertenesiese la pro et el daño que veniese de aquel juicio⁷.

Y decimos que no hacía falta contorsionismo jurisprudencial, pues⁸ las Partidas fueron derogadas por el Código Civil, sí, pero solo en aquello que este regula⁹. Y el Código Civil no regulaba la intervención provocada en general¹⁰.

Siendo las Partidas no solo un compendio de derecho común, sino que, como en el caso ahora analizado, también incluye –entre otras muchas materias– normas procesales, la LEC de 1881 sí derogaba «todas las leyes, Reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado para el Enjuiciamiento civil», excepto las normas hipotecarias y demás leyes especiales¹¹.

⁶ A pesar de que la exposición de motivos de la Ley 1/2007 recoja: «En cuanto a las partes, la Ley contiene nuevos preceptos que regulan esa materia de modo más completo y con más orden y claridad, superando, a efectos procesales, el dualismo de las personas físicas y las jurídicas y con mejora de otros aspectos, relativos a la sucesión procesal, a la intervención adhesiva litisconsorcial y a la intervención provocada».

⁷ Edición glosada por Gregorio López, editada por Real Cédula de 7 de septiembre de 1555. *Vide* también la edición de D. Ignacio Velasco Pérez y una sociedad de abogados, del Ilustre Colegio de esta Corte, editada en Madrid, Imprenta de los Señores Viuda de Jordán e Hijos Editores, 1843.

⁸ Como ejemplos de «contorsionismo» jurisprudencial para dar cabida a la intervención provocada, tenemos las SSTC 135/1986 y 58/1988 y la STS (Sala de lo Civil), núm. 590/1994, de 18 de junio.

⁹ Disposición final. Artículo 1.976 del CC: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código».

¹⁰ Sí regula los casos de «llamada a tercero» en el caso de los coherederos (art. 1.084 CC); garantía en las donaciones onerosas (art. 638 CC); legados (arts. 860 y 869.3 CC); la evicción en la adjudicación de bienes a coherederos (art. 1.069 CC); la evicción en contratos de compraventa (arts. 1.474 a 1.482 CC); la evicción en el caso de permuta (arts. 1.540 y 1.541 CC); la evicción en arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (art. 1.553 CC); la evicción en la perturbación del derecho de enfiteusis (art. 1.643 CC); o para el caso de bienes y derechos aportados a una sociedad (art. 1.681).

Ya en los supuestos de intervención forzosa previstos, la *nominatio auctoris* o llamada al poseedor mediato, ya sea en caso de usufructo –art. 511 CC–, o de arrendamiento –art. 1.559 CC–. Y, finalmente, la llamada al tercero pretendiente prevista en el artículo 1.176 del CC.

¹¹ Artículo 2.182 de la LEC 1881. Disposición final.

Derogación que, a diferencia del Código Civil, afectaba a cualesquiera normas de enjuiciamiento civil, no solo a aquellas cuestiones que fueran expresamente incorporadas a la LEC, lo que incluía los aspectos procesales de las Partidas.

En cualquier caso, la génesis en nuestro derecho de la intervención de un tercero en un pleito lo teníamos en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio¹².

Fuera del Código Civil se admitía cierta casuística, que iba desde la Ley de sociedades anónimas de 1951¹³, pasando por la LAU de 1964¹⁴, la derogada Ley 11/1986 de patentes, así como la relevante preconstitucional Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales¹⁵.

Y fuera de la jurisdicción civil, en el rito contencioso-administrativo, encontramos precedentes semejantes, dado que sí se contemplaba que interviniera en calidad de «parte coadyuvante del demandado cualquier persona que tuviera interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa».

Igualmente podría «intervenir como coadyuvante de la Administración quien demandare la anulación de sus actos propios, actos lesivos y quien tuviere interés directo en dicha pretensión»¹⁶.

Eso sí, quedaba reducida la intervención de tercero a la mera posición de coadyuvante, tal y como recogía la exposición de motivos:

En cuanto a la legitimación pasiva, se considera parte demandada a la Administración de que proviniera el acto o disposición a que se refiera el recurso y, además, a las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto que ostentan, por ende, una situación jurídica que será directamente afectada por la sentencia que se pronuncie. Su emplazamiento no entorpece el procedimiento de la norma contenida en el artículo sesenta y cuatro. Ciertamente era anormal que quien en el

¹² Del cual, a fecha de redacción de este estudio, se conmemora el septingentésimo aniversario de su nacimiento en la imperial ciudad de Toledo.

¹³ Artículo 117.4 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas.

¹⁴ Artículo 114 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

¹⁵ Artículos 12.2 y 14.3 de Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁶ Artículo 30 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En la vigente ley de ritos contencioso-administrativos, Ley 29/1998, se omite la figura del coadyuvante. No obstante, se permite como parte a cualesquiera partes que ostenten interés legítimo (arts. 19.1.^a y 21.1.b Ley 29/1998).

proceso defendía derechos propios hubiera de aparecer como mero coadyuvante, por el hecho de haber sido aquellos reconocidos por la Administración.

Se despeja así, a la vez, la problemática suscitada en torno a la intervención de terceros, y la figura del coadyuvante queda reducida a sus justos y propios límites.

En el rito de la jurisdicción social de 1990, más que ante una intervención provocada del artículo 14 de la LEC, estábamos ante un escenario de intervención adhesiva de sujetos originariamente no demandantes ni demandados del artículo 13 de la LEC; ya se permitía al FOGASA,

comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudiera derivar posteriormente una responsabilidad de abono de salarios o indemnizaciones a los trabajadores litigantes, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones¹⁷.

Quedaba, eso sí, limitado el ámbito subjetivo al FOGASA y no *erga omnes*.

2.2. Naturaleza jurídica de la intervención provocada. Propuestas *de lege ferenda* procesales: artículos 448, 406 y 407 de la LEC

La LEC no define qué se ha de entender como intervención provocada, siendo definida por parte de la doctrina como

la entrada de un tercero en un proceso pendiente, a instancia de cualquier parte (o a requerimiento del propio órgano), a los efectos de posibilitar que dicho tercero comparezca y actúe, con la finalidad de que la sentencia que recaiga no perjudique al mismo tercero o a la parte interesada (Sánchez del Castillo, 2013, p. 150).

Su regulación adolece de las carencias de una figura jurídica novedosa, cuyo recorrido está por desarrollarse, pues ni siquiera se recoge los efectos jurídico-procesales de la misma¹⁸, «no solo dentro del proceso en el cual ha sido planteada, sino tampoco en los procesos posteriores a los que pueda dar lugar» (Páramo Dupuy, 2006).

¹⁷ Artículo 23 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de procedimiento laboral. En la redacción actual (art. 23 Ley 36/2011), el FOGASA tiene plenas capacidades como parte codemandada, corriendo la misma suerte que el empresario, en aquello que le sea favorable (v. gr. art. 23.5 y 23.6 Ley 36/2011).

¹⁸ A excepción de las costas procesales del artículo 14.2.5 del LEC, y que entendemos sea solo aplicable para el caso en el que fuera su intervención solicitada por el demandado, y no por el actor, pues está dentro del desarrollo de la casuística del 14.2 y no la del 14.1 de la LEC. Como aval de esta alegación

Así pues, para analizar los efectos jurídico-materiales e incluso procesales del tercero llamado a la litis por el demandado, habrá que estar a lo recogido en la ley que permita al demandado llamar a un tercero.

La intervención provocada se configura, por lo tanto, como una modalidad de intervención procesal, donde inicialmente un demandado trae al pleito a alguien que el demandante no había contemplado. O lo trae el demandante sin intención litisconsorcial.

Siendo una figura pareja al litisconsorcio, tanto en el facultativo como en el necesario, encontramos una diferencia en que el interviniente litisconsorcial tenía que –o al menos debía– haber sido parte en el proceso desde el inicio.

Y otra diferencia la tenemos en que el litisconsorciado defiende un interés propio y distinto al del demandado inicial, de lo que se deriva que la resolución del litigio le afecta directamente.

Otra figura también muy vinculada, amén del litisconsorcio, es la intervención adhesiva, donde la principal diferencia está en quién solicita o llama a pleito a ese tercero que el actor dejó fuera del mismo, dado que en el ámbito general de la intervención adhesiva, aquel tercero podrá ser parte en el litigio a petición propia¹⁹.

La principal diferencia, amén de la paralización procesal o no del devenir del pleito, estriba en la posición o estatus en la que se encuentren los intervinientes respecto al objeto de la litis, así como en la proyección en estos, de los efectos del proceso.

De otro lado, en el supuesto de la intervención adhesiva, el interviniente adhesivo coadyuva a la defensa de derechos de otros, no el suyo propio. De lo que se deriva, en este caso, que la resolución del litigio solo le afectaría colateralmente. Y al ser un mero coadyuvante, difícilmente podrá recurrir aquello que las partes del proceso no hubieren impugnado.

En cambio, en el ámbito de la intervención provocada, el tercero no demandado no podrá ser parte en el proceso *motu proprio*, sino que previa llamada al litigio por el demandado, deberá ser autorizado por el juez. Y solo si es llamado por el demandante, tendrá la cualidad de demandado.

¿Y puede el juzgador de oficio generar una intervención provocada de un tercero?

tenemos la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 2004 que indica: «Respecto a la intervención provocada por el actor, el tercero que comparece en el proceso no es parte (no es demandado, pues el artículo 14.1 alude a la intervención "sin la cualidad de demandado", ni tampoco es demandante aunque disponga de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes). Y si no tiene la consideración de demandado no puede ser condenado (no se ejercita ninguna pretensión frente a él) ni, al carecer de la condición de parte, se le pueden imponer las costas del proceso».

¹⁹ Es el supuesto del artículo 13 de la LEC.

A priori no.

Pero decimos aprioriorísticamente que no, pues la STS 830/2004, de 20 de julio (rec. núm. 2355/1998), recoge que:

De ahí que esta Sala, debiendo en principio considerar ajustado a su jurisprudencia el rechazo de la excepción de falta de litisconsorcio activo necesario (SSTS 13-7-95, 27-5-97, 14-7-97, 11-5-00, 5-12-00 y 11-4-03), no pueda sin embargo compartir la solución que la sentencia impugnada da a la también posible falta de legitimación activa en que, según esa misma jurisprudencia, se traducen los problemas de aquel llamado litisconsorcio activo necesario. Se trata de una falta de legitimación activa que tiene que ver con el fondo del asunto, aunque en puridad es preliminar al fondo, que puede y debe ser apreciada de oficio aunque como tal no la hayan planteado las partes (SSTS 3-7-00, 4-7-01, 15-10-02, 10-10-02, 16-5-03 y 20-10-03) y que en casos como el examinado no consiste en una total inadecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido, ya que la demandante-recurrida efectivamente era parte negociada en los acuerdos particionales cuya eficacia pretendía, sino en una insuficiente integración de la parte demandante para pretender por sí sola ese objeto, de suerte que más que una falta de legitimación activa por falta de acción se da una incompleta integración de la legitimación necesaria para ejercitar la acción y pretender lo que se pide.

En idéntico sentido la SAP de Málaga 243/2011, sección 4.^a, recoge:

Como afirma la reciente STS de 17 de abril de 2008, la jurisprudencia viene admitiendo la estimación de oficio de la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario, pues los tribunales han de cuidar que en el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, ya que de no ser así, además de poderse producir fallos contradictorios, se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, ni vencido en juicio, principio que ha sido elevado a derecho fundamental por el artículo 24 de la Constitución, que proscribía la indefensión (STS 23 de marzo de 2001). La apreciación de litisconsorcio pasivo necesario es, de este modo, cuestión de orden público, queda fuera del ámbito de rogación de parte y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales (SSTS 2 de junio, 5 y 18 de diciembre de 2000; 22 de enero de 2004; 1 de marzo de 2007; entre otras muchas).

Es decir, el juzgador, cuando aprecie que no se ha demandado a todos los que se deberían haber demandado, en aras de poder aclarar el fondo del asunto, podrá llamar a juicio a aquellos no demandados.

Aunque, eso sí, el Tribunal Supremo aquí solo contempla esta la posibilidad de llamar a pleito a un no demandado/reconvenido para que sea parte, no para el caso del tercero cuya intervención se provoca.

En cualquier caso, habrá que estar al desarrollo jurisprudencial y a la luz de nuevos entendimientos para ver si, finalmente, el juzgador también termina teniendo esta potestad, que, a día de hoy, entendemos no tenga.

Así pues, de este modo, circunscritos al ámbito de la intervención provocada del artículo 14 de la LEC, se concretan dos tipologías, en función de quién traiga al litigio a aquel tercero.

El artículo 14.1 de la LEC acoge la intervención provocada de un tercero a instancias de la parte demandante.

Puede resultar extraño que la parte actora lleve a un pleito a un tercero como parte procesal con interés legítimo²⁰, el cual no viene a asumir el estatus de parte pasiva pura, por lo que habrá que estar ante un posible fraude de ley, donde, en realidad, se quiera «codemandar» a alguien, sin correr el riesgo de las costas procesales de un litisconsorcio.

El artículo 14.2 de la LEC acoge el supuesto en el que sea el demandado el que llame a pleito a aquel a quien el actor no quiso o no supo que podía llamarle a juicio.

Distinta es la situación del 14.1 de la LEC, puesto que aquí se recoge expresamente que el tercero tendrá consideración de demandado, dado que se recoge que el tercero contestará a la demanda en el mismo modo y forma que el demandado.

Mientras que en el artículo 14.2 de la LEC se guarda silencio sobre en calidad de qué actuará o no actuará el tercero, aunque de la simple lectura del articulado se desprende que su posición procesal se aproxime más a la de un codemandado que a la de un coadyuvante.

La diferencia por lo tanto entre ambas tipologías la tenemos en los casos en los que la intervención provocada lo es por el demandante²¹, o en los casos en los que la solicita el demandado²².

La intervención provocada por la demandada, propuesta por el demandante, *a priori* podría parecer que será en todo supuesto, salvo que la ley lo prohíba.

²⁰ Artículo 10 de la LEC.

²¹ Artículo 14.1 de la LEC.

²² Artículo 14.2 de la LEC. No obstante, en la SAP de Tarragona, Sección 3.^a, de 16 de abril de 2010 se recoge: «De lo anterior se sigue que la parte actora, que en todo momento consintió estas actuaciones procesales [...] sin formular recurso, protesta o reserva alguna la calificación de la entidad [...] como parte demandada, asumió que la misma ostentaba tal condición en el juicio, y que se había ampliado así el ámbito subjetivo del proceso, de modo que su pretensión quedaba también dirigida contra dicho nuevo demandado», por lo que «su absolución no puede sino implicar la obligación de la actora de abonar las costas causadas a dicha sociedad».

Mientras que en el caso del demandado será solo en aquellos casos que la ley lo permita expresamente.

Esto lo indicamos, pues el artículo 14.1 de la LEC dice:

En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Es decir, ¿la solicitud de intervención provocada por el actor es en cualquier caso, salvo aquellos vetados por una ley, o ese «salvo que la ley disponga expresamente otra cosa», hace referencia al momento procesal oportuno de la solicitud de intervención de un tercero?

Entendemos que lo lógico sería pensar que, *a priori*, será también necesario que el demandante provoque la intervención de un tercero cuando la ley lo permita²³. Es decir, en la misma casuística que el demandado, estando la intervención provocada sometida al principio de tipicidad, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de intervención voluntaria.

Y la referencia a que «la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa», se refiere al caso en que sea el demandado el que solicite la intervención de un tercero, debiéndose dar traslado al actor para que alegue. Trámite y plazo, distinto al de la demanda.

No obstante, conforme ya hemos apuntado, es reseñable que el juzgador nunca podrá de oficio determinar la llamada a un tercero en un litigio, al ser el proceso civil dispositivo por las partes, careciendo en este rito de las facultades *iussu iudicis*, por lo que si el tercero no fue llamado por las partes, el juzgador habrá de limitarse a notificar al tercero lo que sea menester²⁴.

Cuestión fundamental será la de determinar con qué carácter comparece quien es traído al proceso dentro del mismo, máxime cuando en el supuesto de intervención provocada del artículo 14.1 de la LEC, es decir, la *solicitada por el actor*, sí se recoge que tendrá la consideración de demandado, mientras que en el supuesto del artículo 14.2, como ya hemos dicho, se guarda silencio.

Así pues, ¿cuál es la interpretación jurisprudencial?

Sobre si es parte o no el tercero cuya intervención se provoca, ha habido controversia entre las audiencias provinciales, puesto que para algunas el tercero debe ser tenido como parte demandada y otras entendían que no adquiriría el estatus de demandado²⁵.

²³ Artículo 3.1 de la CC.

²⁴ Artículo 151.3 de la LEC.

²⁵ SAP de Cádiz de 21 noviembre de 2009.

La corriente jurisprudencial que entendía que el tercero provocado sí adquiriría el estatus de demandado²⁶ entendía que carecería de lógica que la sentencia solo le fuera oponible al demandado si, llamado al proceso un tercero, este decide no comparecer o, haciéndolo, finalmente se declara la responsabilidad del tercero llamado.

Defendían a ultranza que el tercero invocado adquiriría la cualidad de demandado (Blanco Martín, 2021, p. 273) y, por tanto, debía figurar en la parte dispositiva de la sentencia, y afectarle todos sus pronunciamientos, incluidas las costas, a tenor del artículo 14.2.5 de la LEC, conforme redacción dada en la reforma que entró en vigor el 4 de mayo de 2010.

Abunda en esta tesis, el «iter» procedimental que se establece en ambos preceptos, esto es: a) la notificación se debe hacer conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados; y b) se incluirá la advertencia expresa a los agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

De lo dicho se sigue que los llamados al proceso deben ser tenidos como parte demandada y, por tanto, deben figurar en la parte dispositiva de la sentencia y deben ser alcanzados por todos sus pronunciamientos, incluido el que verse sobre las costas (Magro Servet, 2011).

La controversia surgía porque para otras audiencias provinciales, para condenar al tercero provocado era preceptivo que la parte actora solicitara su condena expresa, al estar en el ámbito de la justicia rogada, lo cual no implicaría que la sentencia no surtiera efectos de costa juzgada frente a dicho tercero en virtud de dicha intervención procesal²⁷.

Argumentaban además estas audiencias provinciales, amparadas por jurisprudencia del Tribunal Supremo, pretérita a la reforma de la LEC de 2010²⁸, que el tercero llamado al proceso, aun disponiendo de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes designadas por la actora, no implicaba que tuviera estatus de demandada. Por ello, el fallo de la sentencia no podría contener ningún pronunciamiento, ni condenatorio ni absolutorio, frente al tercero provocado, aunque sí le vincularan sus efectos²⁹.

²⁶ SSAP de Baleares, Sección 3.ª, de 2 de mayo de 2003, y Sección 5.ª, de 20 de julio de 2011; SAP de Albacete, Sección 2.ª, de 6 de octubre de 2008, amparándose en acuerdo de pleno de la misma audiencia provincial de fecha 6 de octubre de 2008; SAP de Asturias, Sección, 1.ª, de 1 de julio de 2010.

²⁷ SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 6 de febrero de 2010, amparándose en acuerdo de pleno de la misma de fecha 15 de noviembre de 2011; SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 13 de Septiembre de 2011; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de diciembre de 2004.

²⁸ Entre otras, SSTS, Sala 1.ª, de 26 de junio y 11 de octubre de 1993.

²⁹ Artículo 222.3 de la LEC.

Igualmente entendía esta corriente jurisprudencial que condenar a alguien a quien el actor no consideraba parte alteraría los principios básicos procesales, a saber, el principio dispositivo del procedimiento por las partes y el de congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, salvo en los casos en los que el actor concordara en ampliar la demanda contra el tercero cuya intervención provocó el demandado³⁰.

Lo que sí quedaba claro era que no podría ser un adherido puesto que

en la EM de la LEC se expone la voluntad del legislador de prescindir del concepto de adhesión, generador de equívocos, y conceder un trámite a quien, no siendo inicialmente apelante, no solo se opone al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino que también decide impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable. La finalidad de esta regulación es conciliar, de un lado, la posibilidad de que quien resulta perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si se interpone recurso de apelación.³¹

Igualmente no estaríamos ante una intervención litisconsorcial, ni tampoco ante una sucesión procesal del demandado, aunque, *a priori*, disponga de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes, no ostentando la condición de demandado³².

¿Qué criterio fijó el Tribunal Supremo?

Sobre si es parte o no el tercero cuya intervención se provoca, el Tribunal Supremo, tras la gran controversia a nivel de audiencias provinciales, estableció que

el sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión», concluyendo que «el principio dispositivo del proceso civil tiene la importancia y significación de atribuir a las partes el poder de dirigir el proceso de forma material, hasta el punto de que el órgano judicial no puede obligar a demandante y demandado a mantener determinadas posiciones, de tal forma que el emplazamiento del llamado como demandado no aceptado por el actor no equivale a una ampliación forzosa de la demanda que permita su absolución o condena; mientras que la oponibilidad y ejecutividad del fallo de la Sentencia a que se refiere la Disposición Adicional 7.^a supone, de un lado, que quedará vinculado por

³⁰ V. gr. SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 1 de junio de 2004; SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 19 de abril de 2005.

³¹ STS de 26 de abril de 2017, que recoge las de 13 de enero de 2010, 25 de noviembre de 2010 y 2017, y 24 de febrero 2017, entre otras.

³² SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 19 de abril de 2005.

las declaraciones que se hagan en la Sentencia a propósito de su actuación en el proceso constructivo, en el sentido de que en un juicio posterior no podrá alegar que resulta ajeno a lo realizado y, de otro, que únicamente podrá ejecutarse la Sentencia cuando se den los presupuestos procesales para ello, lo cual no es posible cuando ninguna acción se dirige contra el llamado al proceso y como tal no puede figurar como condena ni como absuelto en la parte dispositiva de la Sentencia³³.

A nuestro entender, difícilmente se podrá condenar ni absolver a quien no se demanda, aunque sí ostente estatus procesal en el litigio y le vinculen los efectos de las resoluciones de ese pleito³⁴.

Ya hemos apuntado anteriormente que, *a priori*, el estatus procesal con el que más parecido pudiera tener es con el demandado.

No obstante, una diferencia entre el estatus del demandado frente al estatus de este tercero es que la adquisición de tal posición, el primero la adquiere por decreto de admisión a trámite de demanda dictado por letrado de Administración de Justicia³⁵, y el segundo por resolución del juzgador por auto³⁶.

Por ello entendemos que en el supuesto del artículo 14.2 de la LEC el tercero provocado no es demandado³⁷, y no asume ese estatus, lo que no implicará que no le afecte el resultado del litigio³⁸, o que carezca de interés legítimo³⁹, y pueda actuar en consecuencia.

Ese actuar «en consecuencia» entendemos que incluya, a pesar de no ser demandado, interponer recursos, aún a pesar de que el artículo 448 de la LEC solo contemple esta facultad a las «partes».

Todo parece indicar que no hay duda de que en el caso de que alguna de las partes sí recurriera, el tercero provocado podrá impugnar aquella resolución. Impugnar esa resolución en los mismos plazos y términos que las partes⁴⁰, pues, en la intervención provocada, a diferencia de la adhesión⁴¹, el tercero ha sido emplazado en las primeras fases del pro-

³³ STS 538/2012, del pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de septiembre (NCJ057457).

³⁴ Artículo 222.3 de la LEC.

³⁵ Artículos 206.2, 404.1 y 438.1 de la LEC.

³⁶ Artículos 206.1.2 y 14.1 de la LEC.

³⁷ STS 538/201 (NCJ057457), de 26 de septiembre.

³⁸ Artículos 222.3 de la LEC.

³⁹ Artículo 10 de la LEC.

⁴⁰ *Vide* STS 463/2011, de 28 de junio.

⁴¹ El ATS de 15 de junio de 2004, rec. núm. 828/2002, deniega la posibilidad de personación de tercero que se personó después de la sentencia intentando un recurso indicando: «Por lo que no puede extrañar que

ceso, antes incluso de la contestación de la demanda, por lo que no se daría desamparo judicial efectivo al conocer del devenir del litigio antes de su resolución.

El Tribunal Supremo explica la naturaleza y finalidad de la regulación de los recursos en la LEC del año 2000, cuando afirma:

En la EM de la LEC se expone la voluntad del legislador de prescindir del concepto de adhesión, generador de equívocos, y conceder un trámite a quien, no siendo inicialmente apelante, no solo se opone al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino que también decide impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable. La finalidad de esta regulación es conciliar, de un lado, la posibilidad de que quien resulta perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si se interpone recurso de apelación⁴².

La STS núm. 712/2011, de 4 de octubre, establece que

el principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal (SSTS de 29 de junio de 1990 , 9 de junio de 1998, RC n.º 1039/ 1994).

Aun no siendo una cuestión pacífica⁴³, entendemos que el tercero cuya intervención se provoca tenga que tener capacidad y legitimación para interponer recursos⁴⁴, aun carecien-

la intervención de terceros se limite a esa fase del proceso, es decir, pendiente en la primera instancia, como lo corrobora la terminología de los elementos subjetivos que utiliza el art. 13 LEC 2000: demandante o demandado; en cualquier caso, aunque se admitiera la intervención del tercero en momento ulterior a la sentencia definitiva de primer grado, el art. 448.1 LEC 2000 es rotundo, como se ha considerado, al contraer la legitimación a las partes, de modo que si el recurrente en casación no fue parte en la instancia carece del derecho a tal recurso, lo que responde incluso a una razón lógica, al margen de los taxativos términos del precepto, pues la firmeza de los resoluciones judiciales no puede depender de alguien que, pudiendo ser parte en la instancia, decide no intervenir oportunamente».

⁴² La STS de 26 de abril de 2017, que recoge las de 13 de enero de 2010, 25 de noviembre 2010 y 2017, y de 24 de febrero 2017.

⁴³ SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 14 de enero de 2015.

⁴⁴ STS 463/2011, de 28 de junio, Sala Primera. La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 10 de abril de 2010 recogía que: «En consecuencia, procede la absolución de todos los terceros intervinientes

do del estatus de demandado en el supuesto del artículo 14.2 de la LEC, conforme opinión del Tribunal Supremo⁴⁵.

Por ello, una de las propuestas *de lege ferenda* que proponemos en este estudio es la inclusión de este tercero en el artículo 448 de la LEC, el cual recoge:

448. *Derecho a recurrir.*

1. Contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley.

Y entendemos que debería recoger:

448. *Derecho a recurrir.*

1. Contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes y el tercero cuya intervención se ha provocado al amparo del artículo 14.2 de esta ley, podrán interponer los recursos previstos en la ley.

Y significamos que solo se debería hacer mención al supuesto del 14.2 de la LEC, puesto que en el caso del 14.1 de la LEC sí se considera al tercero provocado como demandado, por lo cual tiene estatus de parte⁴⁶.

Acogiéndose esta propuesta de modificación legal, no habrá que hacer contorsionismos jurisprudenciales, y evitando posibles inseguridades jurídicas, poder cumplir el objetivo marcado por la UE de «legislar mejor»⁴⁷.

llamados por el demandado, condenando únicamente a la demandada a abonar a la entidad actora la cantidad en que ha sido presupuestada la reparación de los defectos existentes en el edificio, condenándole igualmente al pago de las costas procesales causadas a la actora, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, al haber sido acogidas de una forma sustancial las pretensiones actoras. Hubiese procedido igualmente la condena a la demandada al abono de las costas causadas a los terceros intervinientes en primera instancia, pero como quiera que la sentencia solo fue recurrida por la parte demandante, sin que lo fuera por los terceros intervinientes, el único pronunciamiento que cabe al respecto es no hacer pronunciamiento alguno respecto al pago de las costas causadas a los mismos».

⁴⁵ STS 538/2012 (NCJ057457), del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de septiembre.

⁴⁶ Así como al adherido del artículo 13 de la LEC, como refrenda el AAP de Madrid, Sección 20.ª, 209/2005, de 26 de julio.

⁴⁷ *Vide Libro Blanco de la Comisión de 1 de diciembre de 2005 sobre la política de los servicios financieros 2005-2010*, punto 2.º. *Vide también el Acuerdo interinstitucional «legislar mejor»*, publicado en el DOC 321 de 31 de diciembre de 2003.

Referido lo anterior, cabe preguntarse si el tercero cuya intervención se provoca, y no tiene estatus de parte, puede reconvenir. Y si no pudiere, ¿debiere?

Es decir, ¿sería necesario darle cabida, mediante una reforma legal?

Pues bien, aunque el artículo 406 de la LEC solo permite reconvenir al demandado respecto del demandante, el artículo 407 de la Ley de ritos civiles permite dirigir la reconvencción también contra sujetos no demandantes.

Esos «sujetos no demandantes», en el caso del artículo 14.1 de la LEC si son reconvenidos, entendemos que tengan categoría de terceros provocados y no codemandados, pues fue el actor quien así los dispuso, salvo que el demandado en la reconvencción quiera cambiar su estatus de tercero provocado a coreconvenido, pues el demandado reconviniente pasa, en cierto modo, a ser demandante.

No obstante, si se pide la intervención provocada en la contestación a la demanda, y no se pide que comparezca ese tercero como demandado en la reconvencción, aquel tercero no tendrá estatus de parte, sino estatus de tercero provocado.

Así pues, en los casos que el tercero cuya intervención se provoca, si la actora no lo califica de parte, entendemos que por el tenor literal de nuestra norma ritual no podrá reconvenir, pues no es parte demandada.

Y ello porque aunque la reconvencción se pueda ejercer también contra sujetos no demandantes, estos no solo han de tener relación con el objeto del pleito, sino que, además, deberán tener consideración de litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido⁴⁸.

En cualquier caso, sí entendemos que el demandado reconviniente pueda, tanto en la contestación a la demanda como en su demanda reconvenicional, pedir la intervención provocada de un tercero, eso sí, adecuado al cauce procesal de la contestación de la demanda, donde sería al amparo del artículo 14.2 de la LEC, o adecuado al cauce de la demanda reconvenicional, siendo, en este caso, al amparo del artículo 14.1 de la LEC, pues el demandado ahora, al ser reconviniente, asume las facultades del demandante para determinar quién es demandado reconvenido.

Partiendo, pues, de la afirmación de que el tercero provocado no puede reconvenir, pues, entre otras cosas, no tiene estatus de parte, ¿sería adecuado darle esta capacidad procesal?

Entendemos que sí, tanto por el principio de economía procesal como para garantizar la congruencia de las resoluciones, evitando sentencias contradictorias, donde una le pueda

⁴⁸ Artículo 407 de la LEC.

obligar a algo y otra no⁴⁹, máxime teniendo en cuenta que las sentencias se han de cumplir en sus estrictos términos⁵⁰, siendo que lo contrario podría limitar los efectos de cosa juzgada a quienes no fueron parte de un procedimiento⁵¹.

Sentado lo anterior, y dado que la cosa juzgada es un pilar de seguridad jurídica⁵², y se ha erigido como una institución que visa «evitar la repetición indebida de litigios, mediante el llamado efecto negativo o excluyente, para impedir que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse»⁵³, no cabe duda de que el tercero provocado debería poder traer en aquel litigio, en el que no tiene estatus de parte, su demanda y poder reconvenir, al menos, si el demandado lo hizo.

Analizado todo lo anterior, siendo que la redacción actual del artículo 406.1 de la LEC dice: «Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante».

Entendemos que debería decir: «Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante».

«Igualmente, el tercero provocado al amparo del artículo 14 LEC, podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante o del demandado.»

En cualquier caso, y en espera de futuribles reformas legales o nuevos entendimientos jurisprudenciales, el tercero cuya intervención se provocó podrá alegar causa de litispendencia o⁵⁴ prejudicialidad⁵⁵.

Otra cuestión relevante es determinar si frente al tercero provocado se ejercita la misma acción u otra distinta que contra la parte demandada.

¿En qué caso se podría dar esta paradoja?

⁴⁹ STS 430/2019, de 17 de julio.

⁵⁰ Artículo 118 de la CE.

⁵¹ STS de 12 de febrero de 1977; STS de 5 octubre de 1983.

⁵² STS 271/2014, de 5 de junio.

⁵³ STS 650/2014, de 27 de noviembre (NCJ059273). En igual sentido, STS 123/2013, de 11 de marzo; STS 360/2012, de 13 de junio; STS 826/2011, de 23 de noviembre, y STS 155/2014, de 19 de marzo (NCJ058411).

⁵⁴ Artículo 410 de la LEC.

⁵⁵ Artículos 40, 42, 43 de la LEC.

En la casuística de la intervención provocada contemplada en la disposición adicional séptima de la Ley 39/1999 de ordenación de la edificación se establece que

quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación prevista en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que esta se notifique a otros u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

Pero esta disposición adicional no especifica la naturaleza de las acciones («contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación»).

Y, *a priori*, la acción del comprador contra el promotor vendrá derivada del incumplimiento contractual⁵⁶, mientras que contra el proyectista, director de ejecución de obra, constructor y suministradores de productos, la acción puede no tener base contractual, sino de responsabilidad civil extracontractual derivada de la negligencia profesional durante el proceso constructivo⁵⁷.

Resulta palmario que los medios y estrategias de defensa, excepciones procesales, como la prescripción, serán distintos en las acciones que se planteen y contra quién se planten.

Esta cuestión podría dar lugar a sentencias incongruentes, sobre todo en aquellos casos en los que el actor se opone a la intervención provocada o, no oponiéndose, no se indica en virtud de qué acción debería ser condenado este tercero, y el demandado tampoco lo aclarase⁵⁸. Amén de que cambiar la acción ejercitada en la demanda en momento posterior está vetada por nuestro ordenamiento, habida cuenta que el artículo 218 de la LEC vincula el concepto de la causa de pedir (*causa petendi*) con el requisito imperativo de la congruencia de las sentencias.

Y el juzgador de oficio no podrá cambiar la acción para dar cabida en su resolución al tercero cuya intervención se ha provocado, pues el principio de *iura novit curia* no permite al juzgador desvirtuar ni articular la fundamentación de la acción del demandante, pues su aplicación

⁵⁶ Artículos 1.089 y 1.591, párrafo segundo, del CC.

⁵⁷ Artículo 1902 del CC. Artículo 17.1 de la Ley de ordenación de la edificación.

⁵⁸ Este «no indicar en virtud de qué acción debería ser condenado este tercero» se hace extensivo tanto al demandante como al demandado.

en los términos planteados de adverso generaría la incongruencia de la sentencia, vetada por nuestro ordenamiento (v. gr. SSTs 20 de febrero de 2004, 3 de febrero de 2004, 2 de febrero de 2004, 29 de diciembre de 2003, 15 de diciembre de 2003 y 5 de noviembre de 2003)⁵⁹.

Recuerda la STS 444/2005, de 3 junio, que el

principio *iura novit curia* debe ser utilizado con precaución para no transgredir el planteamiento jurídico debatido, y propuesto al Juzgador, en cuanto pueda causar indefensión a alguna de las partes o conculcar el principio de contradicción a que están sometidas las mismas, y que debe ser amparado por el órgano judicial.

Máxime teniendo que actuar en *beneficio del reo*, que en este caso sería el tercero cuya intervención se ha provocado.

Pues, en tal caso,

puede entenderse vulnerado el principio *iuxta allegata et probata* [según lo alegado y probado] y excedido el principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] cuando se estima la demanda apoyándose en fundamentos –siempre que sean determinantes del fallo– diversos de los alegados (STS núm. 211/2010, de 30 marzo).

Reseñar que ha declarado el Tribunal Constitucional que el juzgador no puede alterar de oficio la acción ejercitada, pues, si tras haber ejercitado una acción y el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado conculcando la tutela judicial efectiva⁶⁰.

Si la evolución normativa pasa por entender que el tercero provocado es que adquiera el estatus de parte, creemos que esta cuestión, la de la posibilidad de cambiar la acción o ampliar la misma, en el caso de que se admita la intervención provocada del artículo 14.2 de la LEC, deba ser abordada cabalmente por el legislador, y calibrando todas sus posibles derivadas, evitar indefensión y sentencias incongruentes que vulneren el artículo 218 de la LEC.

En cualquier caso, a día de hoy, para el Tribunal Supremo, el tercero cuya intervención se ha provocado por el demandado no es demandado y no adquiere estatus de parte, salvo que el actor así lo indique, derivado del principio dispositivo del proceso civil⁶¹.

⁵⁹ Sobre los límites al principio *iura novit curia*, vide, entre otras, las SSTs de 16 de junio de 1993 y 22 de abril de 1994.

⁶⁰ STC 222/1994; vide STC 155/2009, de 25 de junio.

⁶¹ STS 538/2012, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de septiembre.



Analizados los antecedentes y naturaleza jurídica de la intervención provocada, procede analizar los casos en que actualmente la ley permite la intervención provocada.

3. Casuística actual⁶²

La LEC no regula más que los efectos procesales de la intervención de terceros, teniendo que acudir a las leyes que autorizan la presencia de los mismos en el proceso para ver cuáles son los efectos materiales de esa llamada (Páramo Dupuy, 2006).

Y es precisamente esa casuística la que vamos a analizar en este apartado.

3.1. El supuesto de *laudatio o nominatio auctoris*

Esta intervención provocada de tercero pretende que este sustituya al demandado⁶³.

Se contempla esta posibilidad en el caso del propietario que llama al usufructuario⁶⁴, y al arrendatario⁶⁵.

3.2. La consignación judicial de deudor a favor de diversos acreedores. Es el supuesto permitido por el artículo 1176, párrafo segundo, del Código Civil

En el caso de que varios acreedores hayan reclamado judicialmente su deuda, el deudor está facultado a pedir la acumulación de acciones y, posteriormente, consignar.

En el caso de que solo hubiere instado judicialmente un acreedor, pero hubiere otros acreedores extraprocesales, se faculta al deudor para llamar al proceso a los demás.

3.3. Los supuestos de garantía

Estos supuestos son variados.

⁶² Los supuestos de la intervención provocada son distintos a los de la adhesión, lo que ahonda en la diferencia entre una y otra figura. El mayor exponente de adhesión sería el supuesto del consumidor o usuario en el proceso instado por entidades en defensa de los intereses colectivos.

⁶³ Artículo 18 de la LEC.

⁶⁴ Artículo 511 del CC.

⁶⁵ Artículo 1.559 del CC.

Los casos de garantía formal serían de la cosa recibida en permuta⁶⁶, de la cosa dada en arrendamiento⁶⁷, los de evicción en la compraventa⁶⁸ y los de evicción de las donaciones onerosas⁶⁹, los de las cosas ciertas y determinadas aportadas a la sociedad⁷⁰, y la cesión de créditos⁷¹.

Los casos de garantía simple también tienen una casuística amplia.

Así, tenemos el supuesto del heredero demandado para el pago de deudas de la herencia, pudiendo, en este caso, llamar a sus coherederos, salvo disposición contraria en testamento u obligación impeditiva adquirida a raíz de la partición, y como derivada consecucional de tal partición⁷².

Otro supuesto de garantía simple sería el del fiador, habida cuenta de que podrá llamar al deudor principal, o al resto de los fiadores solidarios⁷³.

Finalmente, en los casos de la disposición adicional séptima de la Ley de ordenación en la edificación (LOE), donde siendo cualquier operador interviniente demandado, este podrá llamar al resto, o solo alguno de los agentes.

No deja de ser paradójico que esta disposición adicional séptima no contemple la llamada como tercero a ninguno de los aseguradores que garantizan tanto las responsabilidades civiles como el propio riesgo decenal (Martínez Escribano, 2005, p. 254).

A este respecto, entendemos necesario analizar la disposición adicional séptima y la disposición adicional segunda de la LOE.

La disposición adicional séptima recoge que cuando se demande a alguno de los operadores intervinientes en un proceso constructivo, el demandado está facultado a solicitar la intervención provocada de cualesquiera otros intervinientes en aquel proceso edificativo.

La razón de este precepto, incompleto en su formulación y anómalo, conforme a las reglas tradicionales que rigen la libertad de actuación del demandante para

⁶⁶ Artículo 1.540 del CC.

⁶⁷ Artículo 1.553 del CC.

⁶⁸ Artículos 1.474 y ss. del CC.

⁶⁹ Artículo 638 del CC.

⁷⁰ Artículo 1.681 del CC.

⁷¹ Artículo 1.529 del CC.

⁷² Artículo 1.084 de la CC.

⁷³ Artículo 1.830, 1837 y 1839 de la CC.

elegir a los demandados, hay que hallarla en las limitaciones anejas a la doctrina jurisprudencial sobre la solidaridad impropia que impiden el litisconsorcio pasivo necesario, no ya, por el carácter solidario previo de una responsabilidad que no existe, sino porque no se sabe *a priori* si la responsabilidad, a falta de individualización, devendrá solidaria, y, además, evita extensiones de la cosa juzgada a sujetos no demandados y el ejercicio contra estos de acciones de reclamación por los que resultaren condenados solidarios (Sala Sánchez, 2001, p. 393).

Será siempre en un proceso en el que se busque depurar las «responsabilidad(es) basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente ley»⁷⁴.

Pero tales responsabilidades no serán exclusivamente las derivadas del propietario de la construcción frente a los operadores constructivos en virtud de responsabilidades extracontractuales, es decir, en calidad de tercero, sino que podrá accionar por responsabilidad contractual contra el promotor, ora en el ámbito de la responsabilidad civil general, ora en el ámbito del seguro decenal.

Este matiz es importantísimo, habida cuenta de que el seguro decenal no cubre la responsabilidad civil del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro (LCS), sino que cubre los daños materiales y la caución⁷⁵.

Es decir, en el caso de que colapse la edificación por la aparición de determinados vicios o defectos en los plazos legalmente estipulados, la acción del seguro decenal no estará sujeta a las reglas de la responsabilidad civil, ora contractual, ora extracontractual, sino que estará sujeta a las reglas generales de los seguros contra daños propios⁷⁶ y al seguro de caución⁷⁷.

Y, además, otro elemento importante es que el propietario de la construcción tendrá que accionar al asegurador, que garantizará el riesgo decenal, no como tercero, ni en el ámbito de la responsabilidad civil, sino como asegurado, y en el marco de las sumas aseguradas pactadas en la póliza, las cuales tienen su límite en la propia ley de ordenación de la edificación⁷⁸.

El accionar un propietario frente al seguro decenal amparado por la responsabilidad civil extracontractual, en la que se pidan daños más allá de los amparados por la póliza, estaría

⁷⁴ Disposición adicional séptima, Ley 38/1999.

⁷⁵ Artículo 17 de la LOE.

⁷⁶ Artículos 25-44 de la LCS.

⁷⁷ Artículo 68 de la LCS.

⁷⁸ Disposición adicional 2.^a de la LOE, puntos 5.º y 9.º. No podemos olvidar que la suma asegurada no es una cláusula limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, a tenor del artículo 8 de la LCS.

abocado a su desestimación íntegra por accionar erróneamente, así como por no tener cabida la pretensión económica y la casuística de los daños reclamados en la póliza decenal.

Referido lo anterior, y circunscritos al ámbito de estudio de esta propuesta, compartimos la evidencia reseñada por Martínez Escribano (2005, p. 254) de que la disposición adicional séptima de la LOE no contempla llamar a litis como tercero provocado a ninguno de los aseguradores que garantizan las distintas responsabilidades de los intervinientes en un proceso constructivo⁷⁹, aun a pesar de que tengan la obligación de contratar tanto el seguro decenal, que garantiza la edificación⁸⁰, como seguros de responsabilidad civil que garanticen su posible impericia⁸¹.

Es decir, a pesar de que estemos ante seguros obligatorios, amén de que

con la determinación de responsabilidades que establece la LOE, puesta en relación con la DA séptima, lo que parece querer el legislador es que el perjudicado demande a quien considere responsable, y si el demandado considera que otro es el responsable, le traiga a pleito por la vía permitida por la citada disposición adicional⁸²,

no se viene a permitir la intervención provocada del asegurador en los pleitos de su asegurado⁸³.

Esta reflexión nos permite dar entrada al siguiente apartado de nuestro estudio.

4. La (no) intervención provocada del asegurador. Propuestas *de lege ferenda* en materia de seguros

En el marco jurídico actual

el problema es que, tal como está redactado el art. 14, es preciso que la intervención provocada resulte habilitada por la ley (sustantiva o procesal), sin que ninguno de los preceptos reguladores del contrato de seguro de responsabilidad civil la habilite, pues no puede considerarse como previsión en tal sentido que el asegu-

⁷⁹ SAP de Las Palmas 423/2006, Sección 4.ª, de 29 de septiembre.

⁸⁰ Artículo 19 de la LOE.

⁸¹ Artículo 17 de la LOE.

⁸² AAP de Baleares 147/2006, Sección 5.ª, de 19 de julio.

⁸³ SAP de Burgos 493/2002, Sección 2.ª, de 9 de octubre.

rador sea responsable solidario con su asegurado frente al perjudicado que ejercite la correspondiente acción resarcitoria (Muñoz Villarreal, 2015).

Por ello, a día de hoy, en el caso en el que sea admitida la intervención del asegurador, siempre será en el marco del artículo 13 de la LCS, es decir, una adhesión voluntaria, por lo que, al no tener estatus de parte, salvo que el actor así lo admita, no podrá ser condenado ni absuelto⁸⁴.

No deja de ser un tanto paradójico que sí se permite la adhesión del asegurador en el marco del artículo 13 de la LEC porque tenga interés directo, pero no se permita su intervención provocada en el marco del artículo 14 de la LEC... como si el interés directo del asegurador fuera muchos más relevante que el del demandado asegurado, no estando este facultado para provocar su intervención.

Otra cuestión que coadyuva a la situación sea paradójica la tenemos en que en la casuística en la que se permite la intervención provocada en nuestro sistema vigente, un gran número de situaciones sean aquellas en las que existe un tercero garante, permitiéndose provocar su intervención por ese nexo existente entre el objeto del litigio y la proyección de los efectos de este sobre ese tercero. El cual, además, coadyuva a una satisfacción plena del derecho del actor en el caso que sea admitida su pretensión⁸⁵.

Es decir, la paradoja viene de que la mayoría de los casos de intervención provocada tiene una *finalidad de garantía*, como hemos indicado, pero no se permite en ningún caso la intervención provocada de los garantes por antonomasia, que son los aseguradores.

Y ello a pesar de que la RAE defina «garantía» como: «1. f. Efecto de afianzar lo estipulado. 2. f. Fianza, prenda. 3. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad»⁸⁶.

De otro lado, el artículo 73 de la LCS define el seguro de responsabilidad civil como:

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

El seguro de responsabilidad civil queda configurado como una garantía de doble sentido⁸⁷.

⁸⁴ STS 8995/2011, de 20 de diciembre.

⁸⁵ A modo de ejemplo, la llamada del fiador principal al resto de fiadores antes comentada.

⁸⁶ <<https://dle.rae.es/garantía>>.

⁸⁷ Sobre la configuración del seguro de responsabilidad civil como una garantía, *vide* STS 772/2011, Sala Primera.

De un lado, frente al asegurado, que garantiza mantener indemne su patrimonio frente a posibles reclamantes.

Y de otro lado, como una garantía de solvencia para los acreedores, pues, *a priori*, el asegurador siempre será más solvente que su asegurado. En cualquier caso, el actor tendrá un deudor más al cual podría ejecutar.

Aun así, no viene siendo admitido que se provoque la intervención del asegurador, aun a pesar de que los efectos de la sentencia se proyectarán directamente sobre este (Blasco Gascó, s.f.). Pues partiendo de ese problema y a tenor del mismo, entendemos que se deba modificar la LCS y permitirse la intervención provocada del asegurador, al menos en los seguros de responsabilidad civil.

Decimos que se ha de modificar la Ley 50/1980, y no la LEC, pues su artículo 14 hace referencia a que sea la ley sustantiva la que permita la provocación de tercero.

Y decimos también al menos en los seguros de responsabilidad civil, puesto que la LCS dicta, en su artículo 76: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar».

Tenemos que reseñar que el artículo 74 de la LCS en su tramitación parlamentaria tuvo una enmienda por la que se pretendía aclarar el contenido del mismo, matizando que «el asegurador sustituirá al asegurado para tratar con las víctimas y perjudicados o sus derechohabientes, y para indemnizarles», aclaración que no fue aprobada⁸⁸.

Por ello entendemos que una derivada de la acción directa pueda –o mejor dicho, *deba*– permitirse la intervención provocada del asegurador de responsabilidad civil.

Contemplar la intervención provocada del asegurador en un litigio en el que solo es demandado su asegurado ofrece una triple garantía para todas las partes en el proceso.

Para el actor, porque tendrá más garantías de cobro, si resulta admitida su pretensión, al proyectarse la sentencia sobre un cocondenado, *a priori* solvente.

Para el asegurado demandado inicial, porque el objeto al contratar un seguro es mantener su patrimonio indemne, y no estará obligado al axioma de *solve et repete*.

Siendo además que existe la pena de banquillo, especialmente en ramos técnicos o en responsabilidades civiles profesionales, donde los aseguradores, por no querer exponerse a los intereses punitivos del artículo 20 de la LCS, no se adhieren al amparo del artículo 13 de la LEC, pero dejan al vituperio jurisdiccional y al riesgo pecuniario a su asegurado.

⁸⁸ Enmienda n.º 35 del Senado, propuesta por Abel Matutes.

Para el asegurador, que se podrá defender en un pleito y no verse abocado a tener que cargar con las consecuencias económicas de un hecho en el que se vio involucrado su asegurado⁸⁹, y este no hubiere sido diligente a la hora de notificar el siniestro, ni emplear todos los medios de prueba pertinentes.

Como aval a mayores de la necesidad de permitir legalmente la intervención provocada, no permitirlo puede estar conculcando principios procesales de primer orden.

Así pues, entendemos que la entrada del asegurador queda justificada por el principio de economía procesal, permitiendo resolver en un litigio todas las cuestiones de fondo y fácticas, donde también el asegurador podrá alegar lo que estime, y no encontrarse *a posteriori* con un proceso de reclamación de reembolso de unas cuantías a las que sea condenado su asegurado, y por méritos del artículo 222 de la LEC el asegurador no haya podido defender ni alegar nada sobre la dinámica del siniestro y sus consecuencias, generándole así una gran indefensión, pues en el segundo litigio solo podrá oponer excepciones contractuales hacia el asegurado, pues por virtud del artículo 1 de la LCS, en relación con el 76 del mismo texto legal, quedará obligado a los importes y consecuencias de un pleito en el que no fue parte.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 656/2013, Sala Primera, indica que:

Desde razones de lógica y de economía procesal no tiene sentido quedarse a medias, dejando vinculados a los intervinientes a las declaraciones de hecho y derecho de la sentencia para, luego, incoar otro proceso en el que fueran condenados, partiendo de esa base obligada; cosa juzgada prejudicial positiva del artículo 222.4 de la LEC.

¿Se dan en el caso analizado las premisas de lógica y economía procesal recogidas por el Supremo?

Amén de lo anterior, al no admitirse la intervención provocada del asegurador nos podemos encontrar con situaciones de conculcación de la tutela judicial efectiva.

Y ello porque, como hemos apuntado, los efectos de la cosa juzgada generarían una total indefensión, pues, proyectándose sobre el asegurador los efectos de un litigio en el que no ha sido parte, afectarían al asegurador de responsabilidad civil directamente, pues es «responsable civil directo», produciéndose una clara vulneración del artículo 24 de la CE; siendo por tanto una situación pareja a litisconsorcio pasivo necesario, este se da «cuando, por exigencia legal, o por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados»⁹⁰.

⁸⁹ Artículos 19 y 73 de la LCS.

⁹⁰ SAP de Málaga 243/2011, Sección 4.ª, de 9 de mayo, en su fundamento jurídico segundo, punto 4.1.

Esta cuestión tiene plena acogida jurisprudencial, como lo indica la SAP de Málaga núm. 243/2011, Sección 4.^a, cuando recoge:

Como afirma la reciente STS de 17 de abril de 2008, la jurisprudencia viene admitiendo la estimación de oficio de la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario, pues los tribunales han de cuidar que en el litigio se ventile con presencia de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por el fallo, ya que, de no ser así, además de poderse producir fallos contradictorios, se conculcaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, ni vencido en juicio, principio que ha sido elevado a derecho fundamental por el artículo 24 de la Constitución, que proscribía la indefensión (STS 23 de marzo de 2001). La apreciación de litisconsorcio pasivo necesario es, de este modo, cuestión de orden público, queda fuera del ámbito de rogación de parte y debe ser apreciado de oficio por los tribunales (SSTS 2 de junio, 5 y 18 de diciembre de 2000; 22 de enero de 2004; 1 de marzo de 2007; entre otras muchas).

Es decir, el juzgador, para evitar una vulneración del artículo 24 de la CE, para evitar sentencias incongruentes, etc., aun a pesar del principio dispositivo de las partes en el proceso civil, sí puede imponer un litisconsorcio pasivo necesario.

¿Y por qué no se ha de predicar en el caso de la intervención provocada por esta posibilidad?

Para finalizar, el principio de congruencia, entre las resoluciones judiciales del artículo 218 de la LEC, podría quedar subyugado, pues cabe la posibilidad de que el pleito subsiguiente fuera turnado a otro juzgado, y ese otro juzgador podría entender que las razones de pedir por vía de regreso del asegurado no quedaron suficientemente demostradas en el pleito anterior, lo cual generaría indefensión al asegurado e incongruencia en las resoluciones judiciales.

Como ya hemos apuntado anteriormente, siendo que la intervención provocada se permite en los casos tipificados⁹¹, es por lo que proponemos la modificación *de lege ferenda* del artículo 76 de la LCS.

La redacción actual recoge:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho

⁹¹ Tanto es así que incluso «el demandante podrá oponerse a la intervención del tercero cuando no se cumpla el presupuesto que exige la LEC, esto es, que no exista una norma específica que lo permita. Si esta norma existe, el demandante no puede negarse a la intervención del tercero si la ley lo permite en el caso concreto de que se trate [...], el demandante es dueño de su pretensión y de su defensa, pero no es dueño del proceso» (Martínez Escribano, 2005, p. 254).

del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Y entendemos que debiera recoger:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

El beneficiario, asegurado o tomador, así como los perjudicados o sus herederos, podrán solicitar la intervención provocada del artículo 14 de la LEC del asegurador de responsabilidad civil.

Decíamos que la intervención provocada debía abarcar al menos los ramos de responsabilidad civil, proponiendo una reforma de la LCS.

No obstante, el seguro de responsabilidad civil abarca varios ramos, como son:

10. Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

11. Responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista).

12. Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad del transportista).

13. Responsabilidad civil en general.

Comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los ramos 10, 11 y 12⁹².

⁹² Anexo A, LOSSEAR.

Pudiera ser que reformado el artículo 76 de la LCS, se proyecte su alcance sobre todos los ramos de responsabilidad civil; no obstante, y especialmente en materia de circulación de vehículos a motor, dada su especialidad y complejidad, así como por el tenor tipificador del artículo 14 de la LEC, entendemos que sea necesario recoger expresamente esta posibilidad en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, derivado también de la premisa comunitaria antes apuntada de «legislar mejor».

Y ello en varios apartados.

Actualmente el título II regula cuestiones de procedimiento civil, siendo que en su capítulo único apenas se aborda el denominado título ejecutivo, amén de hacer una mera referencia a la mediación de conflictos.

Entendemos que en ese título II pueda tener encaje, aprovechando alguno de los artículos que actualmente están sin contenido⁹³, recogiendo este tenor:

El beneficiario, asegurado o tomador, así como los perjudicados o sus herederos, podrán solicitar la intervención provocada del artículo 14 de la LEC del asegurador de responsabilidad civil.

No creemos que tenga cabida en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, pero sí creemos que deba proyectar sus efectos sobre el artículo 11 del mismo texto legal, a saber, en las obligaciones del Consorcio de Compensación de Seguros.

El actual artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 8/2004 recoge:

3. El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y este podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel.

Y proponemos que recoja:

3. El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo.

⁹³ Disposición derogatoria de la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

El beneficiario, asegurado o tomador, así como los perjudicados o sus herederos, podrán solicitar la intervención provocada del artículo 14 LEC del Consorcio de Compensación de seguros en los casos señalados en este artículo.

En cualquier caso, el Consorcio de Compensación de Seguros podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel.

Esta circunstancia conlleva necesariamente la modificación del Real Decreto Legislativo 7/2004, del Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros, en su artículo 11.3, donde se recoge actualmente:

3. También corresponden al Consorcio las funciones que le encomienda el artículo 11 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en las condiciones previstas en dicha ley y hasta los límites del aseguramiento obligatorio.

Y debería recoger:

3. También corresponden al Consorcio las funciones y obligaciones que le encomienda el artículo 11 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en las condiciones previstas en dicha ley y hasta los límites del aseguramiento obligatorio.

¿Pero solo afectaría a los aseguradores o al Consorcio de Compensación de Seguros la facultad de la intervención provocada en el ámbito de la circulación de vehículos a motor?

Entendemos que no, pues no podemos olvidar la figura del OFESAUTO y los correspondientes de siniestros⁹⁴.

Para ello entendemos que se deba contemplar la posibilidad de la intervención provocada, al modificar el artículo 22.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, el cual a día de hoy dicta:

1. El perjudicado podrá presentar la reclamación ante la entidad aseguradora establecida en España o ante el representante designado por esta en su país de residencia.

⁹⁴ Artículos 21 a 23 del Real Decreto Legislativo 8/2004.

Y debería recoger:

1. El perjudicado podrá presentar la reclamación ante la entidad aseguradora establecida en España o ante el representante designado por esta en su país de residencia.

El beneficiario, asegurado o tomador, así como los perjudicados o sus herederos, podrán solicitar la intervención provocada del artículo 14 de la LEC del representante del asegurador en los casos señalados en este artículo.

Y el artículo 23 del mismo cuerpo normativo que recoge:

1. El perjudicado con residencia en España, en los supuestos previstos en el artículo 20.1, podrá dirigirse directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o al representante en España para la tramitación y liquidación de siniestros por ésta designado.

Y entendemos que debiera recoger:

1. El perjudicado con residencia en España, en los supuestos previstos en el artículo 20.1, podrá dirigirse directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o al representante en España para la tramitación y liquidación de siniestros por esta designado.

El beneficiario, asegurado o tomador, así como los perjudicados o sus herederos, podrán solicitar la intervención provocada del artículo 14 de la LEC del representante del asegurador en los casos señalados en este artículo.

Ya habíamos indicado que la intervención provocada debía abarcar, al menos en los ramos de responsabilidad civil, y dentro de la responsabilidad civil, la especialidad de la circulación de vehículos a motor.

No obstante, no habíamos dejado de lado la posibilidad de contemplar en cualesquiera ramos en los que la garantía del riesgo asegurado se pueda proyectar sobre un tercero por causas ajenas a la responsabilidad civil, como son los ramos de incendio⁹⁵, transporte⁹⁶, decenal y⁹⁷ caución⁹⁸.

⁹⁵ Artículo 45 de la LCS.

⁹⁶ Artículo 54 de la LCS.

⁹⁷ Disposición adicional 2.ª de la LOE.

⁹⁸ Artículo 68 de la LCS.

No obstante, sí creemos que para proponer modificaciones legales en este sentido haya que estar a un mayor desarrollo de la figura en España y ver qué entendimientos jurisprudenciales y doctrinales van perfilando la intervención provocada y su alcance.

5. La intervención provocada y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Desde hace fechas –más remotas de las que alguno pudiera pensar– (Barona Vilar, 1999, pp. 47 y 48; Thèrèse Reilly y Mackenzie Deborah, 1999, p. 107), y desde distintas instancias⁹⁹, especialmente las comunitarias¹⁰⁰, se viene impulsando el desarrollo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con especial relevancia en temas de consumo¹⁰¹, aunque no de forma exclusiva¹⁰².

La finalidad de estos mecanismos es doble.

De una, garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, mediante instrumentos que no desincentiven el ejercer reclamaciones, y que la resolución sea en términos temporales razonables, habida cuenta de que una justicia lenta no es justicia¹⁰³.

Y derivada precisamente de esta última razón, coadyuvar a la descongestión endémica de los órganos judiciales¹⁰⁴.

La relación entre estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los seguros no es nueva, constituyendo algunos ramos pilares fundamentales para su desarrollo e implementación (García, 2012, pp. 271 y ss).

Tal es la relevancia del impacto que pueden tener los seguros en el desarrollo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que desde el Tribunal de Justicia de la

⁹⁹ Vide President Bill Clinton and Vice President Al Gore, *National Performance Review: Putting Customers First '95 – Standards for Serving the American People*. U.S. Government Printing Office, 1995.

¹⁰⁰ Artículo 81.2 g del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁰¹ *V. gr.* Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (Texto pertinente a efectos del EEE) (notificada con el número C[2001] 1016).

¹⁰² De hecho se busca desde instancias comunitarias su expansión objetiva, como se recoge en la Recomendación (punto 15) del Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066[INI]).

¹⁰³ STC 35/1994, de 31 de enero.

¹⁰⁴ Sobre la congestión de los órganos judiciales, *v. gr.* Separata del volumen II del Informe Anual 2018 del Defensor del Pueblo.

Unión Europea se está interpretando la normativa de seguros a la luz de estos mecanismos, insistimos, en aras de impulsar su utilización por la ciudadanía y, por ende, su desarrollo¹⁰⁵.

Derivado del impulso que se quiere dar a estos mecanismos desde los distintos estamentos del poder, hemos de poner de relieve el hecho de la participación en estos procesos de los terceros no litigantes, para alertar al legislador para que recoja esta casuística o, cuando menos, sopesese su introducción o no.

Así pues, queremos significar que el anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de la Justicia, la cual fomenta el protagonismo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, obvia la figura de la intervención provocada.

Y es relevante, pues, si se pretende la imposición de incorporar como documento preceptivo que acompañe a la demanda el acreditar haberse intentado la actividad comercial antes de presentar la misma¹⁰⁶, nada se recoge al respecto de la intervención de terceros. Es más, no se dice nada ni siquiera sobre quién habrá de tener la consideración de parte.

¿Habremos de acudir a la Ley 5/2012 de mediación de conflictos civiles y mercantiles?

En esa norma no aparece definido quiénes son las partes que puedan acudir a dirimir sus controversias de forma extrajudicial.

La Ley de jurisdicción voluntaria quizá pueda darnos algunas pistas más, pues esta recoge que

podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal¹⁰⁷.

Si bien es una redacción pareja a la definición dada en la LEC a las partes legitimadas¹⁰⁸, tiene muchas más matizaciones, las cuales podrían incluir a los terceros, cuya intervención se pretende provocar.

¹⁰⁵ V. gr. STJUE, Sala Tercera, de 14 de mayo 2020, asunto C-667/18.

¹⁰⁶ Mediante la modificación del artículo 264 de la LEC. Vide artículo 1.3 del anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de la Justicia.

¹⁰⁷ Artículo 3.1 de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria.

¹⁰⁸ Artículo 10 de la LEC.

De lo anterior parece ser que el legislador no ha tenido en cuenta la posibilidad de que el tercero, cuya intervención se provoca, pueda o deba ser llamado en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, aun estableciéndose preceptivo el intento de resolución extrajudicial antes de acudir al amparo judicial.

Así pues, nos podemos encontrar con que varias partes resuelvan sus controversias y estas no puedan ser ejecutadas en la realidad.

Circunscribiendo esta cuestión al ámbito de los seguros, uno de los litigantes podrá acordar una resolución intuyendo que tenga amparo en su póliza contratada, y siendo que el asegurador no fue parte del proceso, negar su cobertura.

Por ello entendemos que, al menos en los seguros de responsabilidad civil, se deba permitir la intervención del asegurador como tercero en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, para dotar de verdadera eficacia la ejecución de los mismos.

Y entendemos que sea relevante contemplar tal intervención provocada, no solo por cuestiones garantistas abordadas en otros apartados que podríamos dar por replicadas, sino para poder dotar de mayor desarrollo a la reforma de la Ley 35/2006 del IRPF, por la que

se revisa la exención prevista en dicho Impuesto para las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, con la finalidad de que pueda resultar aplicable cuando, sin fijarse su cuantía legal ni judicialmente, la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante de los daños físicos o psíquicos en cumplimiento de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto¹⁰⁹.

Por lo tanto, entendemos que aprovechando la reforma procesal que visa impulsar los mecanismos de resolución alternativa de conflictos y la «modernización» procesal, deba contemplar, no ya solo la intervención provocada de terceros, sino la de cualesquiera personas que puedan tener algún interés en la resulta del acuerdo extrajudicial o, en caso de frustración en el intento, del pleito dimanante de tal fracaso en el intento de justicia autocompositiva.

¿Qué sucedería si unas partes intentan un acuerdo, y entrado ya el pleito, se provoca la intervención de un tercero que no fue llamado a conciliar?

Ni que decir si el tribunal decide que deba ser litisconsorte...

¹⁰⁹ Exposición de motivos del anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de la Justicia.

6. Conclusiones

La intervención provocada es una figura en cierto modo novedosa y bastante delimitada en la práctica.

Como figura novedosa, tendrá un desarrollo interpretativo de su alcance, que deberá permitir circunscribir su perímetro, sin llegar a desnaturalizarla y confundirla con otras preteritas o por venir.

Hemos apuntado que en materia procesal, sin dejar de tener consideración de tercero, por derivación de varios principios procesales, haya que abordarse reformas legales para evitar conculcaciones del artículo 24 de la CE.

Igualmente, entendemos que aun habiendo casos que, en la esencia de la intervención provocada, la jurisprudencia podría darles cabida por coherencia con los principios fundamentales de nuestro marco jurídico, pero que, en el caso concreto de los seguros, reiteradamente los tribunales sean renuentes a darles cabida, aun a riesgo de ser incoherentes con el criterio mantenido con otras figuras.

Retomando el ámbito de los seguros, entendemos que se deba permitir la intervención provocada del asegurador, al menos en el seguro de responsabilidad civil, pues este ramo no deja de estar configurado como una «garantía», y los casos más habituales, donde la intervención provocada se permite, son los casos en los que se propicia la entrada de distintos garantes.

Y cómo no, si se pretende impulsar cualesquiera mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con la idea de evitar una judicialización de los asuntos, habrá que comportar la posibilidad de que puedan ser llamados a aquellos procesos no judiciales aquellas personas que, no siendo partes directas, puedan tener interés, ora en la resolución que se plantee, ora en el pleito que se derive de la frustración de aquel intento autocompositivo. Y dentro de esas posibilidades, también habrá que tener en cuenta la intervención provocada de tercero.

Entendemos, pues, que en aras de «legislar mejor» se deban acoger por el legislador las cuestiones aquí planteadas, o cuando menos considerarlas y, tras su análisis, sopesar su admisión o descarte, de forma justificada.

La inclusión de tales propuestas permitirá un mayor empleo en la práctica forense de la intervención provocada, y el desarrollo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Referencias bibliográficas

- Barona Vilar, S. (1999). *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch.
- Blanco Martín, P. (2021). *La responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Sus efectos en la prescripción, la intervención provocada y el derecho de repetición*. Dykinson.
- Blasco Gascó, P. (s.f.). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 4318/2014, de 9 de septiembre. www.boe.es
- Cabañas García, J. C. (Coord.). (2000). *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Edigrafos.
- García, C. (2012). *Origen, situación actual y futuro del seguro de protección jurídica*. Fundación Mapfre.
- Magro Servet, V. (2011). La nueva regla 5.^a del artículo 14.2 LEC, la intervención provocada y la exigencia de resolver en la sentencia sobre el tercero llamado al «litigio». *Revista de Jurisprudencia*, 1, 3-4.
- Martínez Escribano, C. (2005). *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*. Lex Nova.
- Muñoz Villareal, J. A. (2015). Comentarios prácticos sobre la intervención provocada. Análisis y situación jurisprudencial. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 51(9), 19-22.
- Páramo Dupuy, J. R. (2006). La intervención provocada. *Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, 24, 29-36.
- Sala Sánchez, P. (Coord.). (2001). *Derecho de la edificación*. Bosch.
- Sánchez del Castillo, J. A. (2013). *La intervención provocada de la disposición adicional séptima de la ley de ordenación de la edificación*. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/6464/La_intervencion_provocada_de_la_disposicion.pdf?sequence=2
- Thérèse Reilly, M. y Mackenzie Deborah, L. (1999). *ADR in the corporate Environment*. CHH Canadian Limited.

Temporalidad y modificación posible de la pensión compensatoria

Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2021

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

El Tribunal Supremo resuelve casación, y por infracción procesal, el recurso contra la sentencia de 28 de diciembre, núm. 049/2020, dictada por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 1977/2019, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso núm. 217/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. Con ponencia de la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Se trata de una sentencia por divorcio en la que, en primera instancia, se acuerda una pensión compensatoria por desequilibrio entre los cónyuges de 1.000 euros durante 2 años. Recurrida en su momento en apelación, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso y revoca la sentencia acordando la pensión compensatoria de 2.000 euros mensuales con carácter indefinido y con actualizaciones anuales. Es decir, ahora se impone una pensión compensatoria indefinida y actualizable, y sobre esto va a girar el recurso de casación, que cuestiona la valoración racional de la prueba por la vía del artículo 477.2.3.º de la LEC; pues sabemos que la casación no puede ser una tercera instancia donde el recurrente pretenda la valoración con arreglo a sus criterios por encima de los del juzgador, siempre que esta manera de valorar no sea, precisamente como se dice, irracional o ilógica, en contra de todas las normas de la experiencia e infringiendo la doctrina de la jurisprudencia en supuestos similares.

Para comprender el comentario de esta sentencia del supremo, hemos de partir de lo siguiente:

En el momento de la ruptura, la parte actora no desempeñaba actividad retribuida alguna, puesto que se había dedicado a la familia, mientras que el demandado prestaba sus servicios para el Banco Santander en el extranjero, lo que le suponía

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de enero de 2022).

al mismo altas comisiones. No obstante, en la actualidad, el mismo está destinado en España lo que ha supuesto una merma importante en los ingresos económicos que percibe mensualmente. Igualmente, se ha de indicar que esta situación varió al poco tiempo de producirse la ruptura de la pareja, teniendo la misma carácter de permanencia.

[...]

Por ello, y en atención a lo expuesto, la cónyuge tiene derecho a una pensión compensatoria, si bien para establecer la cuantía y duración de la misma hay que analizar no solo los ingresos del cónyuge, sino lo percibido por la actora en el momento de la ruptura matrimonial o las posibilidades de la misma para obtener un empleo retribuido.

Además, se tiene en cuenta la alta cualificación profesional de la mujer, su estado de salud, los ingresos del hombre, etc. Es decir, el Juzgado de Primera Instancia concreta la pensión compensatoria de 2.000 euros por un periodo de 2 años analizando las circunstancias personales y profesionales anteriores del matrimonio. Es lo que se denomina la labor de «prospección» jurídica para cuantificar la pensión. La Audiencia fija con carácter definitivo la pensión de 2.000 euros.

Por consiguiente, el análisis se centra en la temporalidad o no de la medida y en la cuantía de la misma, y el recurso de casación no pretende ser una nueva valoración por una mera discrepancia con la sentencia, sino una revisión del razonamiento empleado y de la aplicación de la norma.

Empezamos por ilustrar acerca de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Según este precepto:

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 en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

Luego, el mismo precepto añade las circunstancias a tener en cuenta para establecerla. Atendiendo a esas circunstancias, efectuado el juicio de prospección indicado, el juez, en este caso la Audiencia, fija la pensión compensatoria en 2.000 euros y con un carácter indefinido.

Sobre el concepto de pensión compensatoria, diremos: la norma prevé como criterio que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico. Esa diferencia económica es lo que da derecho a la pensión compensatoria. La STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero, declaró la siguiente doctrina:

Para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, 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 al matrimonio (SSTS 856/2011, de 24 noviembre y 720/2011, de 19 octubre, entre otras).

Es importante resaltar, pues en esta sentencia comentada se hace referencia al régimen económico matrimonial, que la comunidad o separación de bienes por sí mismas no generan un derecho a obtener la pensión compensatoria, pero sí son factores para poder delimitar la concurrencia o no de desequilibrio. También son factores los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante (cajón desastre que elimina la consideración de *numerus clausus*). Es decir, los supuestos contemplados en el artículo 97 del Código Civil, algunos de los cuáles va a ser objeto de comentario. A lo que se añade que, de existir acuerdo –que no es el caso–, en el convenio que lo regule se debe fijar la periodicidad, la forma de pago y las bases para la actualización, la duración, el cese y las garantías para su eficacia.

Antes de comenzar con el comentario en sentido estricto, diremos también por su singularidad que no cabe la compensación entre la pensión compensatoria de la esposa y la de alimentos de los hijos. Si se pretendiera bajar la compensatoria o los alimentos para minimizar la cuantía porque la suma de ambas fuera excesiva, este criterio de compensación sería rechazable. Como declara la sentencia 10/2010, de 9 de febrero:

Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas [...] sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.

Esta precisión resulta importante para comprender que los 2.000 euros establecidos en la sentencia no son compensación con los alimentos, sino un derecho que se obtiene por la esposa por el desequilibrio producido como consecuencia de la ruptura, y sin que sea

preciso probar su necesidad, a diferencia de la pensión de alimentos que tiene en cuenta la proporcionalidad y la necesidad, así como los medios del alimentante.

Dicho lo anterior, la sentencia analiza el desequilibrio y la dedicación pasada a la familia. Al final, acuerda reducirla a 1.000 euros con un límite temporal de 5 años.

La estimación parcial de la apelación sobre la temporalidad de la pensión compensatoria responde a una valoración de las circunstancias más lógica (a la lectura de la sentencia nos remitimos). Aquí vamos a ilustrar sobre los criterios jurisprudenciales que nos permite mantener o variar esa temporalidad en apelación.

Es criterio general, por consiguiente, respetar la pensión acordada por el tribunal de apelación, bien vitalicia, bien temporal. Así lo recogen, entre otras, las SSTs de 9 y 17 de octubre de 2008, de 28 de abril de 2010 y de 4 de noviembre de 2010. En estas se afirma que:

Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Evidentemente, ese juicio prospectivo lo ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo en la sentencia cuando dice que ha valorado las circunstancias del juzgado –que no las de la Audiencia, que rechaza– para confirma la pensión de 1.000 euros en vez de 2.000. Al reducirse los ingresos del esposo al regresar a España y observarse que los gastos impuestos por la sentencia son elevados se minora también la cuantía. La temporalidad pasa a ser de 5 años –no se mantiene la pensión compensatoria indefinida–. Razona lo siguiente:

Este plazo, que resulta coherente con el tiempo de duración de la convivencia matrimonial, permitirá a la demandante superar el desequilibrio tras la ruptura y en el mismo, de manera razonable, tendrá ocasión de hacer frente con sus propios medios y aptitudes a su situación económica, gestionando de forma autónoma sus oportunidades y su economía.

Hemos visto cómo el Supremo rompe la dinámica de mantener la valoración porque, atendidos los elementos concurrentes en el caso descritos en el artículo 92 del Código Civil, la prueba y la aplicación de la norma sustantiva conducen a que el resultado del fallo tenga otro sentido. No se respeta el carácter vitalicio de la pensión quizás porque, tras la aplicación de la doctrina consolidada sobre esta materia, el tribunal se obliga a la revisión

y a la fijación de un tiempo de 5 años. Precisamente sobre respeto a la temporalidad de la obligación, las SSTS de 12 de noviembre de 2009, 21 de enero de 2010, 8 de noviembre de 2012, 21 de febrero de 2013, 10 de julio de 2014, 11 de mayo de 2017, 10 de abril de 2018 y 15 de noviembre de 2019 (entre otras muchas), declaran que la norma no configura la pensión compensatoria como un derecho vitalicio. No se ostenta a un derecho de por vida a percibir unos emolumentos porque se haya producido un desequilibrio por la ruptura y la dedicación pasada a la familia por la esposa «sino de carácter temporal aunque no de modo imperativo». El artículo 97 del CC transcrito dice literalmente «podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única». Lo temporal, lo definitivo o indefinido, o la prestación única encuentran su sentido en el equilibrio de lo que el matrimonio ha desequilibrado. Por supuesto que hay que valorar la aptitud, la idoneidad de quien tiene derecho a percibir la pensión, con el fin de que no se produzca una dependencia indeterminada de la pensión del obligado, buscando que pueda «desenvolverse autónomamente» sin esa pensión. Es hasta un tema de dignidad, una persona no se puede esconder detrás de la pensión de otra cuando, tanto por cualificación como por tiempo, ya no tiene sentido mantenerla, evitándose además que el potencial de desarrollo laboral quede mermado por acomodación de quien puede y debe trabajar o tiene posibilidades de obtener, de manera independiente, ingresos suficientes que no la hagan depender de nadie.

El Tribunal Supremo, al fijar un tiempo de 5 años, está pensando en la alta cualificación de la esposa, en sus posibilidades de rehabilitación, en lo que se denomina «certidumbre» o «altos índices de probabilidad» de superación del desequilibrio (SSTS de 10 de febrero de 2005, 9 de octubre de 2008, 29 de septiembre de 2010, 4 de diciembre de 2012, 2 de junio de 2015, 10 de noviembre de 2016 y 24 de febrero de 2017); y esto tiene que ver con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE). Para llegar a la conclusión de que la pensión ha de ser temporal, la sentencia advierte que, si bien es cierto que la ruptura y el largo tiempo que el matrimonio le impidió trabajar suponen una merma de su posible desarrollo profesional e «integración o formación laboral», la única forma de compensar el desequilibrio no consiste en una pensión vitalicia, porque ella es una persona cualificada, no ha colaborado nunca con la actividad laboral del marido, no padece enfermedades, etc. En definitiva, prescindir de la pensión tras 5 años no hace utópico que pueda gestionarse autónomamente e independizarse de su marido. Se mantiene, por tanto, la creencia de que la temporalidad acordada tras un difícil juicio de ponderación de todas las circunstancias concurrentes (art. 97 del CC) es lo más conveniente. Porque, como nos indica la jurisprudencia:

Las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del CC (EDL 1889/1) tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. Por ello, la cuantía y la temporalidad de la pensión han tenido en cuenta la doctrina de los tribunales (SSTS 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 octubre y 719/2012, de 16 de noviembre, entre otras).

Por supuesto que se ha tenido en cuenta algo tan básico como el caudal y los medios de cada uno de los cónyuges. De hecho, en la sentencia se hace referencia a algo tan significativo como el dinero percibido y los bienes por liquidar. Esto sirve también para delimitar el desequilibrio producido.

Tras la separación, antes incluso de la demanda de divorcio, la mujer percibió «una importante suma de dinero que, como dice el recurrente, equivaldría a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años». Quedando además por liquidar un valor cercano al millón de euros, lo que la demandante ahora recurrida no ha negado. La sentencia de la Audiencia no lo tuvo en cuenta. Ahora se produce la corrección a la baja de la pensión y la limitación temporal de la misma. Y esto demuestra que, no siendo válida la casación como una nueva instancia, ni siendo lo normal la revaloración, cuando el juicio de prospección es incorrecto y la aplicación de la norma al caso demuestra el error anterior, se puede y deben modificar las sentencias, y sin perjuicio de que no se admita el recurso por infracción procesal por falta de motivación de la sentencia, porque sí ha dado respuesta a las peticiones y se ha sometido al control jurisdiccional.

También resulta interesante, aunque no se haga mención en esta sentencia, decir que las pensiones compensatorias pueden modificarse si cambian las circunstancias futuras. Cualquiera que sea el tiempo de duración, bien años, bien indefinida (SSTS de 3 de octubre de 2008 y 27 de junio de 2011) puede suceder que se produzca una «alteración sustancial» que nos lleve al conocido procedimiento de modificación de medidas, porque hayan sobrevenido hechos nuevos no tenidos en cuenta en el momento de acordarse la pensión anterior.

Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art. 100 del CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 del CC)–.

Por eso se dice más atrás que la regulación de la pensión compensatoria no tiene una naturaleza indefinida exclusiva, sino indefinida, temporal o de prestación única al mismo tiempo, que puede variar como pueden cambiar las circunstancias que la originaron y cuantificaron en su momento.



Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC

María Granados Rodríguez

Graduada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid

Legal Trainee en DLA Piper

<https://orcid.org/0000-0002-2001-9281>

Este trabajo ha sido finalista en el **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

Las empresas tienen la obligación legal de cumplir la normativa de defensa de la competencia. En la práctica empresarial surgía constantemente la duda sobre si, en caso de infracción de dicha normativa, las autoridades de competencia podían moderar la responsabilidad administrativa de las empresas infractoras y reducir el importe de la multa en los supuestos en que la empresa hubiera implantado en su seno un programa de cumplimiento. Al respecto, la doctrina académica y la doctrina administrativa de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia, incluida la CNMC, había oscilado entre valorarlo como una atenuante o como una agravante, existiendo también supuestos en los que no se le atribuía ningún efecto en el cálculo de la multa. Con la *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*, publicada por la CNMC en junio de 2020, se reconoce la posibilidad de considerar los programas de cumplimiento eficaces como elemento moderador de la responsabilidad administrativa, disponiendo la reducción de la multa e incluso la exención del pago. Esta opción supone un incentivo para las empresas para implantar programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia.

Palabras clave: defensa de la competencia; programas de cumplimiento; autoridad de competencia; sanción.

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

Cómo citar: Granados Rodríguez, M.^a (2022). Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC. *Revista CEFLegal*, 253, 87-118.



The antitrust compliance programmes as moderating elements of administrative liability after CNMC Guidelines

María Granados Rodríguez

Abstract

Companies are legally bound to comply with antitrust regulations. Corporate practices constantly arose the doubt on whether, in case of a regulation breach, competition authorities could moderate administrative liability and reduce reduce fines imposed to those breaching companies which had implemented a compliance programme. On that subject, jurisprudence, as well as decisions issued by the European Commission or member States' competition authorities, including CNMC, swung from considering them as mitigating circumstances to aggravating ones or even not attributing effects at all on the amount of the fine. The Antitrust Compliance Programmes Guidelines, published by the CNMC in June 2020, acknowledge the possibility to consider efficient compliance programmes as a means to moderate administrative liability, adjusting the fine or even exempting payment. This may trigger the companies willingness to implement antitrust compliance programmes.

Keywords: antitrust; compliance programmes; competition authority; fine.

Citation: Granados Rodríguez, M.^a (2022). Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC. *Revista CEFLegal*, 253, 87-118.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. La creciente importancia del derecho de la competencia
 - 1.2. Los riesgos en caso de su incumplimiento
 - 1.3. La gestión de los riesgos: el cumplimiento normativo
 - 1.4. El auge del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia
 - 1.4.1. Antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en el derecho comparado
 - 1.4.2. Antecedentes a nivel estatal
 2. El requisito de eficacia de los programas de cumplimiento en defensa de la competencia
 - 2.1. Análisis caso por caso
 - 2.2. Criterios para que el programa sea eficaz según la Guía
 3. Valoración del programa de cumplimiento eficaz en la determinación del importe de la sanción
 - 3.1. Valoración de los programas de cumplimiento antes de la Guía
 - 3.1.1. Discusión doctrinal: ¿atenuante o agravante?
 - 3.1.1.1. Programas de cumplimiento como agravante
 - 3.1.1.2. Programas de cumplimiento como atenuante
 - 3.1.1.3. Posición de la Comisión Europea y autoridades de competencia nacionales
 - 3.1.3. Posición de la CNMC
 - 3.1.3.1. Programas de cumplimiento *ex ante*
 - 3.1.3.2. Programas de cumplimiento *ex post*
 - 3.2. Valoración de los programas de cumplimiento después de la Guía
 - 3.2.1. Programas de cumplimiento *ex ante*
 - 3.2.1.1. Infracción muy grave constitutiva de cártel
 - 3.2.1.2. Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel
 - 3.2.2. Programas de cumplimiento *ex post*
 - 3.3. Aplicación de la Guía por la CNMC
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

1.1. La creciente importancia del derecho de la competencia

En un sistema de mercado, la libertad de competencia constituye un elemento esencial¹, en la medida en que «la competencia entre los productores garantiza la libertad de los individuos en todos los ámbitos en los que reciben bienes y servicios de otros y, además, [...] cumple funciones altamente beneficiosas para el bienestar social, fundamentalmente garantizar la eficiencia del sistema productivo» (Alfaro Águila-Real, 2017). En cierto modo, los mercados son un mecanismo óptimo para fomentar la competencia entre los productores, en beneficio de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2013a).

Pero también en un sistema de mercado pueden uno o varios operadores económicos crear obstáculos a la libertad de competencia en su propio beneficio, y en perjuicio de los demás competidores y, en consecuencia, al conjunto de los consumidores (Robles Martín-Laborda, 2016), especialmente porque la competencia permite «descubrir» al productor de menor coste y, con ello, sacar el mayor partido posible a la disposición de pagar de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2013b).

En ese contexto, se muestra imprescindible un cuerpo normativo que garantice la competencia en el mercado, asegurando el funcionamiento eficiente de los mercados y mejorando el bienestar general o el de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2021), pero también evitando la aparición de conductas que perjudiquen a los consumidores (Alfaro

¹ El mercado interior está consagrado como uno de los principios de la Unión Europea (arts. 4.2.a, 26, 27, 114 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Águila-Real, 2013b). El sistema normativo de defensa de la competencia busca promover y defender una competencia efectiva entre operadores económicos². Así, la aplicación pública del derecho de la competencia se encargará de castigar al infractor y, sobre todo, de disuadirle (en inglés, *deterrence*) mediante la imposición de sanciones (Robles Martín-Laborda, 2018), mientras que la aplicación privada buscará resarcir a los perjudicados por las infracciones del derecho de la competencia (Díez Estella, 2019).

1.2. Los riesgos en caso de su incumplimiento

El cumplimiento de las normas de defensa de la competencia es una obligación de la que ningún operador económico queda exento³. En esta materia la normativa española contiene prohibiciones en que no deben incurrir las empresas, que son principalmente los acuerdos colusorios, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales⁴.

Desafortunadamente, la efectividad de una prohibición depende en buena medida de cuáles sean en la práctica las consecuencias de su infracción (Robles Martín-Laborda, 2018), que varían dependiendo de las circunstancias del caso concreto. En primer lugar, sanciones administrativas impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a la empresa infractora o a sus directivos, generalmente pecuniarias de elevada cuantía (Robles Martín-Laborda, 2018). En segundo lugar, la prohibición de contratar con el sector público⁵. En tercer lugar, indemnizaciones de daños y perjuicios impuestas por los juzgados de lo mercantil (Díez Estella, 2019). Finalmente, la última ratio de protección es la tutela penal, pudiendo llegar a castigarse la conducta infractora con penas privativas de libertad⁶. A todo lo anterior hay que sumar la mala reputación que tendrá la empresa frente

² Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

³ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC); Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

⁵ El artículo 71.1 b) de la LCSP dispone que quedan sujetos a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. A este respecto, la CNMC ha sostenido que «si bien la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar ha sido discutida y ha dado lugar a una línea jurisprudencial no siempre pacífica, cabe admitir que estas, no siendo sanciones en sentido estricto, tienen el carácter de actos restrictivos de derechos, lo que obliga a tener en cuenta determinados aspectos o principios propios del régimen sancionador» (RCNMC de 14 de marzo de 2019 [Expte. S/DC/0598/2016, asunto *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*]).

⁶ Así, pueden ser constitutivos de un ilícito penal los delitos contenidos en los artículos 262, 281 y 284 del Código Penal.

al resto de agentes del mercado y, en todo caso, frente a los consumidores, tras la realización de actos contrarios a la normativa de competencia.

Este trabajo se centrará en el análisis de las sanciones que pudiera imponer la CNMC ante las infracciones del derecho de la competencia. Estas sanciones tienen el objetivo de disuadir del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, tanto a las infractoras como al resto de las empresas que puedan incurrir en conductas anticompetitivas (García-Verdugo Sales, 2016), y prevenirlas para evitar la eventual imposición de la correspondiente sanción.

1.3. La gestión de los riesgos: el cumplimiento normativo

Vistos los riesgos a que se enfrentan los empresarios, lo lógico sería que estos se anticiparan a la eventual infracción anticompetitiva –y, por ende, a sus nefastas consecuencias–. Por el contrario, la realidad empresarial revela que el derecho de la competencia es un ámbito olvidado –o, en cualquier caso, descuidado– por las empresas: dado el enrevesado entramado de normas que regulan la actividad comercial y empresarial, la abstracción de las normas sobre defensa de la competencia y el encuadre de las sanciones anticompetitivas en el desconocido derecho administrativo, con frecuencia los empresarios desconocen sus obligaciones legales en esta materia, así como las consecuencias de su incumplimiento. Así, no se anticipan a la eventual infracción anticompetitiva o, de hacerlo, es en la mayoría de los casos demasiado tarde, enfrentándose a una sanción administrativa (Pérez Fernández, 2015, p. 414).

Esta realidad empresarial pone de relieve la conveniencia de que las empresas realicen un esfuerzo adicional. Es en este marco en el que entra en juego el cumplimiento normativo (en inglés, *compliance*), que se refiere a la voluntad de neutralizar «programadamente» los riesgos que se producen en seno de la empresa como consecuencia de su actividad (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 66). Así, los programas de cumplimiento normativo en defensa de la competencia (en adelante, «programa de cumplimiento») son herramientas que permiten a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación (CNMC, 2020a). Se trata de, por un lado, prevenir infracciones y, por otro lado, una vez se hayan producido estas infracciones, establecer los medios para detectar y reaccionar ante las infracciones que no hayan podido ser evitadas⁷. La función

⁷ Resoluciones de la CNMC de 17 de septiembre de 2015 (Expte. SNC/0036/15, asunto *Mediaset*); 12 de enero de 2016 (Expte. S/DC/0522/14, asunto *Thyssenkrupp*); 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/15, asunto *Mudanzas Internacionales*); y 1 de octubre de 2019 (Expte. S/DC/0612/17, asunto *Montaje y Mantenimiento Industrial*).

de estos programas es, pues, controlar y vigilar el cumplimiento normativo –prevenir y detectar– (Pérez Fernández, 2014, p. 76).

Así, el programa de cumplimiento puede adoptarse antes de la detección de la infracción, es decir, con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador (en adelante, «programa de cumplimiento *ex ante*») o una vez detectada la infracción e iniciado dicho procedimiento administrativo (en adelante, «programa de cumplimiento *ex post*»); estos últimos pueden tratarse de un proyecto de diseño de un programa de cumplimiento o un proyecto de mejora del programa que pudiera tener con anterioridad al inicio de la investigación de la CNMC (2020a, pp. 13-14).

Pese a que no suele parecer tan evidente ni crucial la necesidad y utilidad de estos programas (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 96) pueden ser una herramienta para las empresas que facilita el conocimiento, el entendimiento y el cumplimiento de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia (LDC) (Cohí Anchía, 2015, p. 379) y, en última instancia, evita incumplir la normativa vigente y la eventual sanción. Y es que el cumplimiento normativo se revela esencial para la legitimidad de los mercados (Alfaro Águila-Real, 2013a y 2021), en la medida en que los riesgos son graduables y, en buena medida predecibles, y solo la propia empresa conoce y controla los riesgos que genera con su actividad (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 68). Pero para ello, el cumplimiento del derecho de la competencia debe ser, además de una obligación, una prioridad para la empresa; por tanto, la disciplina del cumplimiento normativo gira en torno a la idea de autorregulación o autodisciplina⁸.

1.4. El auge del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia

14.1. Antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en el derecho comparado

El origen del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia en la Unión Europea se sitúa, por un lado, en el programa de clemencia⁹ y, por otro lado, en el

⁸ Tato Plaza (2013, pp. 111) sostiene que puede hablarse de autorregulación cuando «se adoptan ciertas normas de conducta de carácter ético o deontológico que las empresas se obligan a acatar y se instauran los mecanismos adecuados encaminados a velar por el cumplimiento de aquellas normas de conducta».

⁹ La Comisión Europea acogió el programa de clemencia ya en el año 1996 (Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de julio de 1996), que fue modificada en 2002 (Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel) y, sobre todo, en 2006 (Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel).

principio general de autorización automática de los acuerdos restrictivos de la competencia que cumplen ciertos requisitos –por tanto, sin necesidad de autorización previa¹⁰, trasladándose a las empresas el deber de informarse sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de sus comportamientos anticompetitivos (Pérez Fernández, 2014, p. 76). Por otro lado, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DCP) introdujo el falseamiento de la competencia como un motivo de exclusión de la participación en un procedimiento de contratación. Y para impulsar la labor de concienciación de las empresas, directivos y empleados en el cumplimiento de las normas penales y administrativas, incluidas las de defensa de la competencia, el legislador europeo elaboró la directiva Whistleblowing (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión).

Además, diversas instituciones han publicado guías o manuales en los que se explica la importancia del cumplimiento en el derecho de la competencia. Así, entre otros documentos internacionales, se hallan *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE*, documento elaborado por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en 2011, o *The ICC Antitrust Compliance Toolkit*, elaborada por la Cámara de Comercio Internacional y publicada en 2013. A nivel comparado, también existen diversas guías elaboradas por autoridades de la competencia, que se han tomado como referencia a la hora de diseñar los programas de cumplimiento. Por ejemplo, recientemente publicadas destacan las siguientes: *CMA's Guidance as to the appropriate amount of a penalty* y la actualización de la *Guidance: Competition law risk: a short guide*, publicado por la Competition and Markets Authority (CMA) inglesa el 18 de abril de 2018 y el 10 de septiembre de 2020, respectivamente; *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence* y la *Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité*, publicadas por la Autorité de Defense de la Concurrence (ADC) francesa el 16 de mayo de 2011 y el 19 de octubre de 2017, respectivamente; por último, la *Linee guida sulla compliance Antitrust*, publicadas por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) italiana el 25 de septiembre de 2018.

1.4.2. Antecedentes a nivel estatal

El auge de los programas de cumplimiento penal en el seno de las empresas vino con la introducción, en el artículo 31 bis del Código Penal (CP), de la exención de responsabili-

¹⁰ Este principio fue introducido por el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que sustituyó al sistema anterior de notificación previa a la Comisión Europea de los acuerdos restrictivos de la competencia para obtener su autorización.

dad penal a las personas jurídicas que hubieran implantado un programa de cumplimiento penal antes de la comisión del delito –o, en caso de acreditación parcial de dichas circunstancias, su atenuación– y, en el artículo 31 quarter del CP, de la atenuante a las personas jurídicas que hubieran adoptado medidas de cumplimiento normativo después de la comisión del delito¹¹. Así, los programas de cumplimiento son un instrumento que puede valorarse para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, en caso de que alguna conducta restrictiva de la competencia que lleve a cabo sea subsumible en los tipos delictivos recogidos en el Código Penal¹².

En materia de defensa de la competencia, el panorama legislativo español es similar al europeo. Para fomentar que las empresas cumplieran las normas de competencia se introdujo en la actual LDC el programa de clemencia ante la constatación de conductas prohibidas, como la participación en cárteles (Perramón Flaquer, 2020). Además, con el mismo fin de incentivar a las empresas a instaurar programas de cumplimiento en el seno de sus organizaciones se incluyó en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) medidas de defensa de la competencia: aunque se excluye de las licitaciones convocadas por las entidades del sector público a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por una infracción grave de la competencia (art. 71.1.b), se exime de dicha exclusión a las empresas que acrediten el pago o el compromiso de pago de la multa y adopten medidas de cumplimiento normativo apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (art. 72.5)¹³. Y, por último, está pendiente la trasposición de la directiva Whistleblowing, tras la cual las empresas con más 50 trabajadores estarán obligadas a disponer de un canal de denuncias anónimo¹⁴.

También con el objetivo de contribuir en la difusión de una cultura de competencia ajustada a derecho en España, y ante la escasa presencia en empresas de programas de cumplimiento en materia de competencia, la CNMC decidió dar un impulso a su implantación¹⁵ elaborando la «Propuesta de Guía de Programas de Cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia elaborada por la referida CNMC» (en adelante,

¹¹ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase Lascurain Sánchez (2015a y 2015b).

¹² Por ejemplo, los delitos contenidos en los artículos 262, 281 y 284 del Código Penal.

¹³ La LCSP transpone a través de su artículo 72.5 el mecanismo de autocorrección previsto en la DCP.

Recientemente la CNMC ha comenzado a pronunciarse en sus resoluciones sobre la prohibición de contratar con el Sector Público recogida en el artículo 71 de la LCSP (RCNMC de 14 de marzo de 2019 [Expte. S/DC/0598/2016, asunto *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*]).

¹⁴ El plazo de trasposición de la directiva Whistleblowing finalizaba el 17 de diciembre de 2021, pero a la fecha de elaboración del presente trabajo el proyecto de ley aún está siendo elaborado y su elevación al Consejo de Ministros tendrá lugar en el transcurso del año 2022.

¹⁵ Debe mencionarse que, curiosamente, en España, la primera autoridad de competencia que elaboró una guía en materia de defensa de la competencia fue la Autoridad Nacional Vasca, que publicó la «Guía de compliance en materia de competencia» en 2019.

Propuesta de Guía), que se sometió a consulta pública (CNMC, 2020c). Como principales comentarios críticos a la Propuesta de Guía, la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) elaboró los «Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la Propuesta de Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia sometida a consulta pública» (en adelante, Comentarios de la AEDC) (AEDC, 2020), documento al que aludiremos a lo largo de este trabajo. Tras la consulta, se publicó la versión definitiva el día 10 de junio de 2020 bajo el nombre de «Guía de programas de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia» (en adelante, Guía) (CNMC, 2020a). Este documento muestra el compromiso de la CNMC con la promoción de los programas de cumplimiento para la difusión de una cultura de competencia en aras del interés público (CNMC, 2020b).

2. El requisito de eficacia de los programas de cumplimiento en defensa de la competencia

En principio puede ser tarea fácil la elaboración de un programa de cumplimiento¹⁶. Cosa distinta es que este programa llegue a ser eficaz para prevenir comportamientos anticompetitivos en el seno de la empresa, así como detectar potenciales incumplimientos y reaccionar ante ellos.

La Guía recopila criterios básicos que la CNMC considera relevantes para valorar la eficacia de los programas de cumplimiento. Si bien es cierto que la mayoría ya se incluían en los programas de cumplimiento habituales¹⁷, la Guía aporta transparencia a esos criterios básicos (CNMC, 2020a, p. 4). Los elementos recogidos en la Guía tienen por finalidad garantizar la efectividad de estos programas para lograr su cometido, que es la prevención de ilícitos anticompetitivos, así como la detección y reacción ante estos. Si se dan tales elementos, la Guía reconoce ciertas consecuencias a la implantación del programa de cumplimiento¹⁸.

¹⁶ Cohí Anchía (2015, p. 383), sobre la elaboración de los programas de competencia en materia de defensa de la competencia: «Es obvio que el programa debe ser sencillo y práctico, es decir, ante todo, debe comprenderse y poder aplicarse, de forma que toda la empresa sea consciente del alcance de la normativa de competencia, pues, en caso contrario, todos los demás puntos carecerán de validez. Una buena comprensión de aquellas prácticas que están prohibidas, así como, en caso de infracción, las sanciones o el protocolo a seguir, es fundamental para garantizar el éxito del programa. Pero no solo eso. También debe facilitar una comprensión correcta sobre lo que sí es posible realizar en el mercado de acuerdo con la normativa de competencia».

¹⁷ Estal Gallego (2020) hace notar que en la Guía no hay nada novedoso respecto del contenido de los programas que se han venido implantando en las organizaciones.

Además, con anterioridad a la Guía ya existían numerosas publicaciones que podían ser de gran ayuda para diseñar un programa de cumplimiento eficaz (véase apartado 1.4.1. de este trabajo).

¹⁸ Véase apartado 3 de este trabajo.

2.1. Análisis caso por caso

Según la Guía, la valoración de los criterios exigidos por la CNMC en este documento se realizará por esta autoridad caso por caso, atendiendo especialmente a los recursos de la empresa y su nivel de exposición real o potencial a los riesgos derivados de la infracción de las normas de defensa de la competencia (CNMC, 2020a, p. 7). Es decir, cada empresa elaborará su propio programa de cumplimiento atendiendo a las particularidades de su estructura y tamaño¹⁹, así como su actividad y el sector en que el que opera²⁰, si bien, para que la CNMC aprecie la eficacia del programa de cumplimiento, deberá atenerse a los criterios que la Guía considera elementos básicos y necesarios en cualquier programa de cumplimiento de defensa de la competencia.

Así, a la vista de las características concretas de cada empresa se detallarán las conductas prohibidas, y también las normas de comportamiento básicas que de modo preventivo deben respetarse (Pérez Fernández, 2015, p. 415). La confección del programa de cumplimiento pasa por elaborar un diseño «a medida» partiendo de un análisis inicial de los riesgos anticompetitivos específicos a los que se enfrenta cada empresa en particular (Lema Dapena, 2019).

2.2. Criterios para que el programa sea eficaz según la Guía

Los criterios que la CNMC considera generalmente adecuados para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento eficaz se recogen en la Guía. La propia CNMC expresaba en su nota de prensa, emitida tras la publicación de la Guía, que «para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento. Esto debe hacerse a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de las medidas organizativas para su desarrollo. Además, debe trasladarse al proceso de toma de decisiones cotidianas dentro de la empresa» (CNMC, 2020b).

Para que se considere «eficaz» el programa de cumplimiento debe «contar con controles internos idóneos para detectar conductas anticompetitivas en el seno de la organización y prever medidas reactivas en términos de colaboración activa con la autoridad una vez detectada la infracción» (Terns Freixes, 2020). No obstante, debe advertirse que, si se trata

¹⁹ Lema Dapena (2019) precisa que hay empresas que, por su tamaño o estructura, ni siquiera son aptas para cometer alguna de las conductas anticompetitivas.

²⁰ Lema Dapena (2019) señala que no todas las empresas están sometidas a los mismos riesgos anticompetitivos *antitrust*, ya que hay mercados que son más proclives a estas prácticas.

de infracciones muy graves constitutivas de cártel de larga duración, la acreditación de la eficacia del programa puede ser muy compleja.

En cualquier caso, la Guía exige que los programas de cumplimiento se compongan de dos tipos de elementos²¹. Por un lado, los elementos estructurales, que incluyen a) la implicación de los *órganos de administración* o los *principales directivos* de la empresa; b) la independencia y autonomía del *responsable de diseño y control* de las políticas de cumplimiento; c) el diseño del *procedimiento interno* para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones, y d) el diseño de un *sistema disciplinario* transparente y eficaz. Por otro lado, los elementos referidos a la ejecución y control de programas de cumplimiento, que incluyen a) la *formación eficaz* de los empleados sobre el objetivo del derecho de la competencia, las conductas prohibidas y las sanciones y riesgos a los que la empresa se expone; b) la existencia de un *canal de denuncias* de infracciones anticompetitivas, y c) la identificación de *riesgos* y diseño de *protocolos* o mecanismos de control.

3. Valoración del programa de cumplimiento eficaz en la determinación del importe de la sanción

Con anterioridad a la Guía la adopción de programas de cumplimiento por parte de empresas no se tomaba en consideración en el ordenamiento español, ni como una agravante ni como una atenuante a efectos de la imposición de sanciones en los casos en que se acreditaba la infracción, sin perjuicio de la posibilidad de atenuar la responsabilidad acogiéndose al programa de clemencia²². Y las empresas infractoras que no podían acogerse al programa de clemencia por no haberlo hecho en el momento oportuno buscaban constantemente medios para atenuar su responsabilidad, adoptando programas de cumplimiento *ex post* y pidiendo la aplicación analógica de las garantías del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador (Vega García, 2016)²³.

²¹ Esta distinción se corresponde con la realizada en los comentarios de la AEDC a la Guía.

²² La política de clemencia, regulada en los artículos 65 y 66 de la LDC –con desarrollo reglamentario en los arts. 46 a 53 RDC–, permite a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la CNMC la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en este, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo. Así, con anterioridad a la Guía la única posibilidad de atenuar la sanción residía en los programas de clemencia.

²³ Precisamente con la posible eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la implantación de un sistema eficaz de supervisión y control de prevención de delitos, se abrió la puerta a considerar como atenuante la implantación de dichos programas de cumplimiento en el derecho de defensa de la competencia.

En este contexto, la CNMC finalmente ha admitido expresamente la posibilidad de considerar en el cálculo de la multa los programas de cumplimiento como una circunstancia atenuante de la responsabilidad (Vega García, 2016) si así se incentiva el cumplimiento normativo de las empresas y, por tanto, se evita incurrir en ilícitos anticompetitivos. De este modo, las empresas podrán pedir una moderación de la sanción impuesta por la CNMC al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC –junto con una posible exención de la prohibición de contratar con el sector público–, siempre y cuando el programa de cumplimiento cumpla con el requisito de eficacia (expuesto en el apartado 2 de este trabajo).

Sin embargo, la valoración de la atenuante depende del momento en que el programa se haya adoptado, es decir, de si se trata de un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post* (Terns Freixes, 2020).

3.1. Valoración de los programas de cumplimiento antes de la Guía

A pesar de que, como hemos adelantado, ahora la Guía contempla los programas de cumplimiento como circunstancia atenuante, no siempre ha sido así.

3.1.1. Discusión doctrinal: ¿atenuante o agravante?

La relación entre los programas de cumplimiento y la responsabilidad administrativa derivada de la infracción de las normas de competencia es un tema muy relevante para las empresas a efectos prácticos, aunque por su novedad la cuestión no ha sido abordada extensamente por la doctrina (Vega García, 2016).

3.1.1.1. Programas de cumplimiento como agravante

En contra de los programas de cumplimiento se han pronunciado varios autores con base en distintos argumentos –llegando a considerar que podrían constituir una agravante–, si bien se trata de una doctrina minoritaria.

En primer lugar, algunas voces opinan que «la adopción de este tipo de programas ya se ve suficientemente "recompensada" o "incentivada" teniendo en cuenta los beneficios que supone acogerse a la política de clemencia, al conocer la normativa de competencia» (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

Por ejemplo, en la RCNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*) se pedía la aplicación analógica del vigente artículo 31 quáter del CP.

En segundo lugar, la implantación de un programa de cumplimiento en el seno de una empresa no puede premiarse, pues, al contrario, generaría un efecto perverso, ya que los empresarios adoptarían un programa de cumplimiento simplemente «con el objetivo de minorar la multa, y por tanto haciendo el coste de la infracción mucho menor, por ende, incentivando en cierto modo dichas conductas» (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

En tercer lugar, aunque este argumento parezca contradictorio, la implantación de programas de cumplimiento, como un incentivo para cumplir con el derecho de la competencia, llevaría a su propia ineffectividad para lograr tal cometido (Cohí Anchía, 2015, p. 392). En este sentido, Wils (2013) considera que un programa de cumplimiento produce efectos sociales (para el bienestar social) negativos. Por ejemplo, los empleados estarán mejor informados de la probabilidad de sanción, por lo que incrementarán su actividad ilícita en lugar de abstenerse de ella como consecuencia de un cálculo coste/beneficio; la compañía –a través el responsable de cumplimiento de la normativa de competencia– que descubre, en ejecución del programa de cumplimiento, una infracción tendrá más facilidad para destruir las pruebas –o tratar de ocultarlas– en lugar de autodenunciarse (Alfaro Águila-Real, 2013c citando a Wils); por último, los altos directivos de la empresa –los grandes «cartelistas» generalmente–, ya son perfectamente conscientes de la ilegalidad de sus actuaciones, pero también de los beneficios ilegales que un cártel les puede llegar a reportar, por lo que harán todo lo posible para no ser descubiertos, haciendo uso precisamente de un programa de cumplimiento²⁴.

Los defensores de este argumento encuentran su fundamento en la propia redacción de la LDC, en cuyo artículo 1 apartado primero se definen las conductas colusorias como «conductas perfectamente planeadas, acordadas y orquestadas por todas las voces implicadas»²⁵. Así, «su ejecución no responde a un conjunto de actuaciones espontáneas, irreflexivas o involuntarias, sino que son el resultado de una o varias acciones positivas y conscientemente deliberadas, que van dirigidas a falsear el juego de la libre competencia» (Lema Dapena, 2019). A partir de este razonamiento, conciben los programas de cumplimiento como «políticas internas diseñadas por una compañía para enseñar a sus directores y empleados a evitar riesgos de conductas anticompetitivas» (Blánquez Palasi, 2019).

En cuarto lugar, otros autores opinan que el hecho de que un programa de cumplimiento efectivo falle precisamente puede ser una prueba –o, al menos, un indicio– de que no es eficaz. Es decir, si falla, no está siendo eficaz, o no merecía ser considerado como eficaz; entonces no se sostiene el argumento de premiar un programa de cumplimiento que ha fallado, luego que no era eficaz (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

²⁴ En este sentido, Lachnit (2014, pp. 31-35).

²⁵ El artículo 1 de la LDC reza así: «Todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional».

Por último, con anterioridad a la publicación de la Guía se argumentaba también que, si lo que se compensara fuera un programa de cumplimiento eficaz, se debía definir y validar lo que se entiende por «eficaz», lo cual requería de recursos y de la adopción de criterios concretos. No obstante, este problema ha quedado resuelto con la Guía.

3.1.1.2. Programas de cumplimiento como atenuante

No son pocas las voces que abogan por la consideración de los programas de cumplimiento como atenuante de la responsabilidad administrativa en el cálculo del importe de las multas a las empresas, entendiendo que podrían ser un incentivo para su adopción (Cohí Anchía, 2015, p. 390).

En primer lugar, Pérez Fernández opina que resulta contradictorio que se prevea *de lege lata* la atenuación de la responsabilidad –o incluso su exención– para aquellas empresas que vulneran la normativa y acuden *ex post* a la CNMC en el marco de la política de clemencia, pero no se contemple esta posibilidad para aquellas empresas que *ex ante* han invertido una cantidad importante de recursos en la prevención de comportamientos anticompetitivos mediante un programa de cumplimiento (Pérez Fernández, 2013)²⁶.

En segundo lugar, la implantación de un programa de cumplimiento en el seno de una empresa debe premiarse, pues solo así se incentiva a que los empresarios instauren en el seno de sus organizaciones estos programas, contribuyendo a servir al objetivo de evitar comportamientos anticompetitivos. No debe olvidarse que la finalidad de las multas derivadas de infracciones en materia de defensa de la competencia es la prevención o disuasión. Y es obvio que la minoración de la responsabilidad –previa la adopción de programas de cumplimiento– es un incentivo para prevenir conductas anticompetitivas (Pérez Fernández, 2013)²⁷.

En tercer lugar, la adopción de programas de cumplimiento no podría llevar en ningún caso a su ineffectividad para cumplir con su finalidad de prevenir y detectar infracciones anticompetitivas. Como afirma Alfaro, no se trata de que gracias al programa de cumplimiento los empresarios aprendan a infringir las normas de la competencia sin que les pillen, sino precisamente de que la existencia del programa de cumplimiento reduzca la probabilidad de que la empresa destruya pruebas, ya que el responsable de cumplimiento se preocupará de advertir que no se haga tal cosa. «Y, aunque no le hagan mucho caso, más le harán que en el supuesto de que no exista responsable de cumplimiento» (Alfaro Águila-Real, 2013c).

Como defiende Alfaro, haciendo una dura crítica a la opinión de Wils –anteriormente expuesta–, el criterio para distinguir a una empresa «buena» de una empresa «mala» no puede

²⁶ Así también Martín Moral (2021, p. 419).

²⁷ Véase nota anterior.

basarse ya en la contratación de un auditor externo –distinguiendo entre empresas que llevan una contabilidad escrupulosa y empresas que manipulan su contabilidad–, ya que viene exigido por la ley. El criterio determinante que permita a las buenas empresas separarse de las malas debe consistir en «certificadores externos y atribuir discrecionalidad a la autoridad sancionadora para apreciar, como atenuante, la exigencia del programa de cumplimiento normativo atendiendo a la bondad y puesta en ejecución concreta de la empresa objeto de sanción, recayendo sobre la empresa la prueba de que su programa normativo no es meramente «cosmético» (*windows dressing*)» (Alfaro Águila-Real, 2013c).

En definitiva, la opinión dominante pasa por premiar los programas de cumplimiento, si bien no existe consenso en cuanto al momento en que debe adoptarse el programa de cumplimiento para que pueda apreciarse como una atenuante. Unos entienden que una preferencia por los programas *ex ante* parece más acertada, ya que «una preferencia por los programas *ex post* podrá derivar en una falta de incentivo para implementar medidas de cumplimiento normativo antes de producirse una infracción, viéndose frustrada su función preventiva» (Martín Moral, 2021, p. 420). Otros entienden que «en un expediente sancionador la existencia de un programa *ex ante* demostraría la ineficacia de dicho programa, mientras que el programa *ex post* puede suponer un cambio de rumbo en la empresa cuyo compromiso puede ser relevante a futuro» (Martínez Corral, 2020, p. 241)²⁸.

En fin, lo que no se discute es que el cumplimiento de las normas es una obligación de la que no cabe eximirse, y los operadores económicos deben poner todo su empeño para cumplirlo, ya sea a través de programas de cumplimiento o no (Cohí Anchía, 2015, p. 392). Otra cosa distinta es el criterio que emplee cada operador económico para tomar la decisión de implantarlo, ya sea para lograr los objetivos de prevención y detección de infracciones –y, en ello, sanciones–, ya sea para que, una vez cometida la infracción, puedan ser beneficiarios de la atenuación de la sanción.

3.1.1.3. Posición de la Comisión Europea y autoridades de competencia nacionales

En un primer momento, la Comisión Europea parecía valorar en la determinación del importe de la sanción la implantación de programas de cumplimiento, incluso una vez detectada la infracción (Lombao Gracia, 2012), y ello como una circunstancia atenuante²⁹, así

²⁸ Así también Recuerda Girela (2016, p. 110).

²⁹ Así, Decisión 88/86/EEC de 18 de diciembre de 1987 (LCEur 1988\2184, asunto *Fisher Price/Quaker Oats*), Decisión 88/138/CEE de 22 de diciembre de 1987 (LCEur 1988\2245, asunto *Eurofix-Bauco contra Hilti*), Decisión 92/426/EEC de 15 de julio de 1992 (LCEur 1992, 2712, asunto *Viho/Parker Pen*) y Decisión 91/532/CEE de 5 de junio de 1991 (LCEur 1991\3247, asunto *Viho/Toshiba*), entre otras.

como una agravante³⁰. No obstante, en los precedentes más actuales la Comisión Europea ha cambiado de criterio, sosteniendo en sus decisiones que los programas de cumplimiento *ex ante* implantados por las empresas no podían suponer una circunstancia atenuante³¹. En su trabajo de 23 de noviembre de 2011 *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE* la Comisión Europea insiste en que la ventaja del cumplimiento normativo es la prevención, aunque reconoce también que el programa de cumplimiento permite, una vez producida la infracción, detectar la conducta anticompetitiva cuanto antes para limitar la exposición de la empresa y, en su caso, cooperando con la autoridad de competencia, en el marco de un programa de clemencia o de un procedimiento de transacción (Martín Moral, 2021, p. 405). No obstante, insiste en que «si se constata la infracción, es el que el programa de *compliance* ha fallado»³². Así lo ha reflejado expresamente, afirmando que «la mera existencia de un programa de cumplimiento no será considerada una circunstancia atenuante» (Comisión Europea, 2011). Este cambio de doctrina ha venido refrendado por las resoluciones de los tribunales de la Unión Europea³³, posiciones que han sido bastante criticadas³⁴.

³⁰ Así, Decisión 1999/210/CE de 14 de octubre de 1998 (LCEur 1999\730, asunto *British Sugar*).

³¹ Así, Decisión 2004/420/CE, de 3 de diciembre de 2003 (LCEur 2004\1687, asunto *Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito*).

³² Esta idea tiene su origen en la CE en la STJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004\114, asunto *British Sugar*).

³³ Pese a que en la STG de 14 de julio de 1994 (T-77/92, asunto *Parker Pen*) inicialmente se aceptó la reducción de la multa con motivo de la implantación de un programa de cumplimiento *ex post*, en la STJUE de 28 de junio de 2005 (TJCE 2005\194, asunto *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*) se dice respecto a la implantación de un programa de cumplimiento que, aunque es importante que una empresa tome medidas para impedir que los miembros de su personal cometan en el futuro nuevas infracciones anticompetitivas, la adopción de tales medidas no cambia la realidad de la infracción probada, por lo que la Comisión no está obligada a calificar ese elemento como una circunstancia atenuante. Esta doctrina fue reiterada por la STPICE de 8 de octubre de 2008 (TJCE 2008\222, asunto *Carbone Lorraine/Comisión*). Y en la STJUE de 18 de julio de 2013 (TJCE 2013\230, asunto *Schindler Holding y otros/Comisión*) reiteraba que la mera adopción de estos programas no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante, sobre todo en aquellos casos en los que la acreditación de una infracción es una evidencia clara de un fallo en el cumplimiento de tales normas internas por las empresas sancionadas. Sostiene que el programa de cumplimiento «no solo no surtió efecto, sino que, por el contrario, dificultó el descubrimiento de las infracciones».

³⁴ Alfaro Águila-Real (2012) sostiene que «los programas de cumplimiento deberían ser apreciados por la Comisión Europea y permitir una reducción de las multas, tal y como sucede en los Derechos penales nacionales, entre ellos, el español». Por su parte, Pérez Fernández (2013) considera que, al no entrar a valorar si la infracción se ha cometido de forma deliberada o por negligencia, «la política de la Comisión Europea vulnera el principio de culpabilidad previsto en el artículo 23.2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 vulnerando así el artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». Recuerda esta autora, además, que «las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen por el principio de responsabilidad personal, lo que obliga a que en el cálculo de las multas se deban tener en cuenta factores como el volumen de negocios de la empresa que es sancionada, en su caso la concurrencia de atenuantes o

En cuanto a las autoridades de competencia nacionales (Martín Moral, 2021), la CMA inglesa concede a la adopción de medidas de cumplimiento eficaces, *ex ante* o *ex post*, una posible reducción de hasta un 10 % del importe de la multa. No obstante, la CMA podría llegar a considerar los programas de cumplimiento *ex post* como una circunstancia agravante en supuestos en que el programa de cumplimiento se utilice para facilitar la infracción anti-competitiva o para ocultarla (Competition and Markets Authority, 2019, p. 12). Por su parte, la ADC francesa no reconoce la posibilidad de atenuar la responsabilidad de la empresa infractora que ha adoptado un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post* (Autorité de Defense de la Concurrence, 2012 y 2017). Por último, la AGCM italiana considera que la existencia de un programa de cumplimiento eficaz, *ex ante* o *ex post*, puede ser considerada una circunstancia atenuante. Respecto de los programas de cumplimiento *ex ante*, la AGCM distingue entre programa de cumplimiento eficaz, programa no manifiestamente inadecuado y programa manifiestamente inadecuado, atribuyendo una reducción de hasta un 15 %, 10 % o 5 %, respectivamente. Respecto de los programas de cumplimiento *ex post*, puede concederse una reducción de la multa hasta un 5 % (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2018).

3.1.3. Posición de la CNMC

Antes de la Guía, la CNMC ya valoraba positivamente la adopción de programas de cumplimiento, tanto *ex ante* como *ex post* (Martín Moral, 2021, p. 413). No obstante, heredó de la Comisión Europea ciertas reticencias respecto a la valoración de los programas de cumplimiento en el marco de expedientes sancionadores, en los que tuvo que dar respuesta a numerosas peticiones por parte de empresas que solicitaban que se valorase como circunstancia atenuante la implantación de un programa de cumplimiento.

3.1.3.1. Programas de cumplimiento *ex ante*

La primera aproximación entre el cumplimiento normativo y el derecho de la competencia se halla en la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13, asunto *Fabricantes de Automóviles*) en relación con un programa de cumplimiento *ex ante*. La CNMC defendió que de los hechos acreditados no se podía deducir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento eficaz, por lo que el genuino compromiso de la empresa de que posteriormente se implementaría eficazmente no podía valorarse como una circunstancia atenuante. Entendió que la mera existencia de un programa de cumplimiento *ex ante* no puede ser considerada «sin más como una circunstancia atenuante, sobre todo en aquellos casos en los que la acreditación de una infracción es una evidencia clara para

agravantes, sin olvidar la gravedad del comportamiento ilícito, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003».

las empresas sancionadas de un fallo en el cumplimiento de tales normas internas». En definitiva, debía probarse que el programa implantado en el momento de la infracción era «eficaz» para prevenir dicha infracción.

La CNMC adopta los mismos argumentos en las resoluciones de la CNMC de 8 de junio de 2017 (Expte. S/DC/0557/15, asunto *Nokia*) y de 26 de julio de 2018 (Expte. S/DC/0565/15 asunto *Licitaciones informáticas*), supuestos en los que las empresas infractoras alegaban que tenían programas de cumplimiento *ex ante*, que son valorados por la CNMC como inadecuados.

Por su parte, en la Resolución de la CNMC de 19 de octubre de 2019 (Expte. S/0629/18, asunto *Asistencia Técnica Vaillant*) se apreciaba en la determinación de la sanción «la existencia de atenuantes que fundamentalmente se centran en la existencia de una colaboración con la autoridad y la implantación de un programa de comunicación dentro del programa de *compliance* de las empresas».

3.1.3.2. Programas de cumplimiento *ex post*

La CNMC se pronunció en la Resolución de la CNMC de 17 de septiembre de 2015 (Expte. SNC/0036/15, asunto *Mediaset*) en relación con programa de cumplimiento *ex post* adoptado durante la instrucción del procedimiento sancionador en el sentido de que, a pesar de que la adopción de tales medidas reflejaba el compromiso de cumplir con la normativa, su implementación se llevó a cabo en un periodo de tiempo posterior al que se valoraba y analizaba en el expediente, por lo que rechazó la petición de la empresa.

En la Resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016 (Expte. S/DC/0504/14, asunto *AIO*) se aprecia un cambio de tendencia en la doctrina de la CNMC, ya que se impuso una sanción a los directivos de las empresas infractoras, en analogía con el artículo 31 de la CP³⁵.

El gran punto de inflexión se produjo con la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*), en la que se pone en tela de juicio la eficacia del programa de cumplimiento *ex post* porque de su contenido «no puede inferirse una aplicación eficaz y no se dispone de indicaciones sobre la valoración y consecuencia de aplicar tal programa a los hechos [...] investigados, en cuanto a la detección e indicación de las actividades en cuyo ámbito existe riesgo de que se cometan

³⁵ No obstante, el Tribunal Supremo anuló las multas impuestas, recordando que deben concurrir dos requisitos cumulativos para poder sancionar a una persona física conforme a lo dispuesto por el artículo 63.2 de la LDC, a saber: (a) que el sancionado sea un representante legal o integrante del órgano directivo de la empresa infractora, entendido como aquel que pudiera adoptar decisiones que «marquen, condicionen o dirijan» la actuación de la empresa; y (b) que tenga una intervención relevante en la adopción de los acuerdos o decisiones infractoras (STS de 1 octubre [RJ 2019\4023]; STS de 1 octubre [RJ 2019\3838]).

las infracciones objeto de este expediente». Indica la CNMC que la adopción de programas de cumplimiento *ex post* refleja únicamente el compromiso de cumplir con la legalidad, por lo que de este no puede derivarse directamente la atenuación de la multa, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción si dicha implementación encamina a las empresas a la adopción de una verdadera cultura de cumplimiento. Finalmente, la CNMC rechaza la aplicación analógica del artículo 31 bis de la CP, «sin perjuicio de que el hecho de la adopción de un programa de cumplimiento pueda ser tenido en cuenta en este caso para modular la sanción»³⁶.

3.2. Valoración de los programas de cumplimiento después de la Guía

En la Guía la CNMC aboga por considerar la existencia de un programa de cumplimiento como elemento que permite no solo prevenir conductas anticompetitivas, sino también reaccionar frente a las que eventualmente se produzcan³⁷. Además, en línea con las autoridades de competencia de otros países europeos³⁸, se considera también como un posible elemento atenuante de la responsabilidad (CNMC, 2020a, p. 13), justificando la atenuación de la multa o, incluso, la exoneración del pago (Martín Moral, 2021, p. 420).

Recordemos, no obstante, que la implantación de un programa de cumplimiento no justifica *per se* una atenuación de la responsabilidad de la empresa, sino que ahora, con la Guía de la CNMC, resulta fundamental la valoración positiva del programa de cumplimiento para obtener dicha atenuación de la responsabilidad: el programa debe ser eficaz de acuerdo con los criterios que se recogen en la propia Guía (expuestos en el apartado 2 de este trabajo)³⁹.

³⁶ En la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*) la CNMC indicaba el camino que se debe seguir «para que los principios del Derecho penal se apliquen al Derecho administrativo sancionador», explicando que conviene realizar «una interpretación integradora y armonizadora de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, en lo relativo a derecho penal y derecho administrativo sancionador, con los matices necesarios impuestos por las diferencias entre un régimen y otro, pero tal interpretación no permite en este caso admitir la pretensión de aplicación analógica de la atenuante del Código Penal, puesto que no concurren los elementos que esta norma establece a tal efecto».

³⁷ La CNMC (2020a) admite expresamente en la Guía que «la existencia de un programa de cumplimiento efectivo y eficiente es útil porque previene la participación en infracciones y permite detectar las infracciones que no hayan podido evitarse, así como gestionar las consecuencias de una determinada infracción».

³⁸ Así, la CMA inglesa y la AGCM italiana. Por su parte, la ADC francesa no reconoce ninguna reducción de la multa en caso de infracción.

³⁹ El requisito de la eficacia del programa para la apreciación de la atenuante venía siendo exigido tanto por la Comisión Europea en sus decisiones más recientes (Decisión 2004/420/CE, de 3 de diciembre de 2003 [LCEur 2004\1687], asunto *Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito*) como por la CNMC desde sus primeras resoluciones sobre cumplimiento normativo en relación con el derecho de la

En fin, la CNMC muestra preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante*, aunque también valora los programas de cumplimiento *ex post* de forma positiva⁴⁰. Así, ha atribuido efectos diversos a los distintos tipos de programas.

3.2.1. Programas de cumplimiento *ex ante*

La Guía apunta una serie de incentivos para aquellas empresas que establezcan en sus programas de cumplimiento *ex ante* medidas reactivas adecuadas que se explicitan en la propia Guía (colaboración activa y eficaz durante el procedimiento, reconocimiento de los hechos, terminación de las conductas, adopción de remedios, etc.)⁴¹. En estos casos, la CNMC diferencia dos situaciones: a) infracción muy grave constitutiva de cártel, e b) infracción grave o muy grave no constitutiva de cártel.

3.2.1.1. Infracción muy grave constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción de cártel, la Guía distingue entre dos tipos de situaciones, «en función de si se existe o no la posibilidad de acudir a la CNMC en el marco del programa de clemencia» (CNMC, 2020a, p. 13).

A) Acogimiento al programa de clemencia y colaboración en la detección de la infracción

Si la empresa se ha acogido a un programa de clemencia, poniendo en conocimiento de la autoridad la existencia de un cártel o colaborando en su detección, además de optar a los beneficios derivados de este programa (exención y reducción del pago de multas, ex arts. 65 y 66 LDC), verá reflejado en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad, tal y como establece la LDC. La Guía prevé así un conjunto de incentivos para reforzar la colaboración de las empresas con la CNMC, en especial, en el marco del programa de clemencia.

En consecuencia, se distinguen dos supuestos. Por un lado, la empresa podría acceder a la exención de la multa (ex art. 65 LDC), siempre que la empresa sea la primera en

competencia (Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13, asunto *Fabricantes de Automóviles*)).

⁴⁰ Así, Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*).

En relación con otros países europeos, Martín Moral (2021, p. 416) explica que así se ha posicionado también la AGCM italiana, pero la CMA inglesa, sin embargo, muestra su preferencia por los programas de cumplimiento *ex post*.

⁴¹ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

poner en conocimiento de la CNMC las infracciones cartelistas y cumpla los requisitos de la LDC al efecto para beneficiarse de la exención del pago de la multa. No obstante, surge la duda de cuál va a ser el beneficio adicional para las empresas de implantar un programa de cumplimiento cuando por aplicación del artículo 65 de la LDC en el marco del programa de clemencia a dicha empresa no se le va a imponer multa alguna. Tampoco está claro en qué consistiría la atenuación de la responsabilidad. Y ni siquiera parece que la implementación previa de un programa de cumplimiento eficaz aporte un beneficio adicional alguno a esa empresa en el caso de que en la práctica este supuesto sea equiparable a una situación en la que el cártel se ponga en conocimiento de la CNMC por parte de una empresa que no tiene programa de cumplimiento o que, incluso teniéndolo, el cártel se detecta por otras razones no conectadas con dicho programa (AEDC, 2020, p. 28).

Por otro lado, la empresa podría acceder a la reducción de la multa (ex art. 66 LDC), por ser la segunda, tercera, etc. empresa en aportar valor añadido significativo a la CNMC sobre el cártel. Como crítica a la Propuesta de Guía, la AEDC no entendía qué beneficio adicional específico aportaba la Guía a las empresas, más allá de los que corresponden en el marco de la política de clemencia (AEDC, 2020, pp. 28-29). Por tanto, consideraba que se debía clarificar en el texto que se trata de una atenuación de la responsabilidad de dicha empresa «adicional» a la que pueda obtener toda empresa a través del programa de clemencia –en este supuesto, por cumplir los requisitos específicos del art. 66 LDC–, tenga o no programa de cumplimiento implementado⁴². A este respecto, la Guía ha aclarado que

las empresas, además de los beneficios derivados del programa de clemencia [...], verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos. Dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en la sanción que se imponga a la empresa, con independencia de la reducción de la sanción prevista en el art. 66 LDC (CNMC, 2020a, p. 15).

B) Colaboración en la investigación de la infracción y reconocimiento de hechos

Si la empresa no se acoge a un programa de clemencia, su colaboración activa y eficaz de la empresa y el reconocimiento de los hechos ya constatados por la CNMC (2020a, p. 14) puede contribuir a la atenuación de su responsabilidad.

⁴² La AEDC (2020, p. 29) consideraba importante aclarar que, si la empresa fue la segunda en aportar dicho valor añadido y, en consecuencia, le corresponde por aplicación directa de la LDC una reducción de entre el 30 y 50 % de la multa que en otro caso se le impondría, el hecho de haber detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento le reportará una atenuación de responsabilidad especial, que se traduciría en una reducción adicional, por poner un mero ejemplo, de entre un 5-15 % de la multa. Si a dicha empresa se le concede un 50 % por aplicación del programa de clemencia, esa reducción podrá verse incrementada hasta un 55 % o 65 % por haberse detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento.

En este supuesto es precisa la falta de acogimiento del programa de clemencia por parte de la empresa. En un principio, la redacción inicial en la Propuesta de Guía se refería únicamente a la «colaboración activa y eficaz con la CNMC» (CNMC, 2020c, p. 29), por lo que replicaba literalmente la circunstancia atenuante del artículo 64.3 d) de la LDC en el marco del programa de clemencia. Esta redacción ocasionaba cierta confusión, ya que nuevamente no se entendía qué beneficio adicional podría aportar la implantación de un programa de cumplimiento *ex ante* a la empresa a la que ya se le hubiera reconocido dicha atenuante en el marco del programa de clemencia (AEDC, 2020, p. 30). Por tanto, era necesario precisar que la atenuación de la responsabilidad puede darse en los supuestos en los que las empresas no se hayan acogido al programa de clemencia. Y así lo ha hecho la Guía aclarando que no se trata de la atenuante del artículo 64.3 d) de la LDC, sino que se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento (CNMC, 2020a, p. 15). Por suerte, o por desgracia para las empresas, con el requisito de la falta de acogimiento del programa de clemencia se ha descartado otra posibilidad para atenuar su responsabilidad que no sea aquella derivada del programa de cumplimiento.

3.2.1.2. Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción, pero no esta no sea constitutiva de cártel, la Guía distingue entre dos tipos de situaciones: a) colaboración en la detección e investigaciones de la infracción y b) compromiso con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia.

A) Colaboración en la detección e investigación de la infracción

Si la empresa, gracias al programa de cumplimiento, detecta una infracción distinta de cártel y pone en conocimiento de la autoridad dicha infracción, así como colabora activa y eficazmente, puede ver atenuada su responsabilidad, tal y como se establece la LDC, llegando incluso a quedar exonerado del pago de la multa (CNMC, 2020a, p. 14).

A este respecto, no queda claro a través de qué medio y procedimiento podría una empresa informar a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma, en la medida en que fuera del ámbito del programa de clemencia la LDC no contempla la posibilidad de que una empresa se autodenuncie de la comisión de una infracción anti-competitiva (AEDC, 2020, p. 32)⁴³. La versión definitiva de la Guía no ha aclarado nada a este respecto.

⁴³ Explica que la figura de la denuncia que contemplan los artículos 49 de la LDC y 25.1 c) del RDC y el buzón de colaboración de la CNMC no parecen diseñados para la puesta en conocimiento de la autoridad

Por otro lado, la AEDC (2020, p. 32) criticaba de nuevo que la Propuesta de Guía no especificaba el alcance de la atenuación de la responsabilidad de la empresa que informara a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma⁴⁴. Si la implantación de un programa de cumplimiento *ex ante* no aportara a las empresas ningún beneficio adicional, las empresas infractoras no se acogerían a la implantación del programa, sino que preferirían esperar, en su caso, a la incoación del procedimiento sancionador por la CNMC, que solo habría servido para confirmar la existencia de indicios de infracción, para cooperar entonces de manera efectiva y eficaz con la autoridad o implementar un programa de cumplimiento *ex post* (CNMC, 2020a, pp. 15-16). A este respecto, ha aclarado la Guía que las empresas verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos, precisando que dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en la sanción que se imponga a la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de que la resolución no contemple sanción alguna. Pero la CNMC ha ido más allá, determinando que los efectos de las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores que declaren la eficacia del programa de cumplimiento de la infractora por parte de la CNMC podrán tener eficacia en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP (CNMC, 2020a, pp. 15-16).

No obstante lo anterior, Martín Moral (2021, p. 421). recuerda que es la LDC –en su artículo 65– la que prevé la exención del pago de la multa en el marco de los programas de clemencia, en los que solo pueden participar las empresas partícipes de un cártel, y no existe ninguna previsión legal similar para aquellas empresas autores de una infracción no constitutiva de cártel. Por tanto, la CNMC no está facultada para exonerar del pago de la multa a estas empresas, pudiendo únicamente acordar una reducción.

B) Compromiso con la normativa de defensa de la competencia

La empresa puede optar por una atenuación de su responsabilidad si, aunque la infracción de las normas de competencia haya sido detectada por la CNMC y la empresa no haya colaborado con la detección e investigación, muestra compromiso con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, reconociendo los hechos detectados, terminan-

de una infracción por parte de la propia infractora. Tampoco existe la posibilidad de plantear consulta previa alguna sobre la legalidad de una determinada conducta en fase de proyecto (por ejemplo, confirmando la aplicabilidad de la exención individual prevista por el art. 1.3 LDC).

⁴⁴ La AEDC comentaba que no quedaba claro con la Propuesta de Guía si la referida atenuación de responsabilidad iba más allá de (a) la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 64.3 d) de la LDC, o (b) de la «modulación de la sanción» que podía concederse a las empresas que implementaran un programa de cumplimiento *ex post*.

do inmediatamente con la conducta y adoptando medidas que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria (por ejemplo, modificando la estrategia comercial o las cláusulas controvertidas) (CNMC, 2020a, p. 14).

La Propuesta de Guía no especificaba el alcance de la posible atenuación de responsabilidad (AEDC, 2020, pp. 33-34)⁴⁵. La Guía se ha ocupado de ofrecer un poco de luz a este respecto: se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento. Y, además, la declaración de eficacia del programa de cumplimiento de la empresa infractora por parte de la CNMC en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador podrá tener efectos en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP (CNMC, 2020a, p. 16).

3.2.2. Programas de cumplimiento *ex post*

Pese que la CNMC muestra una preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante*, los programas de cumplimiento *ex post* también podrán valorarse para la atenuación de su responsabilidad y la correspondiente modulación de la sanción (Martín Moral, 2021, p. 417). Según la Guía, una vez detectada la infracción de las normas de competencia e iniciado el procedimiento administrativo sancionador, la empresa infractora podrá presentar un proyecto de diseño de programa de cumplimiento, o un programa de mejora del programa de cumplimiento que pudiera tener la empresa con anterioridad al inicio de la investigación de la CNMC (2020a, p. 14). La Guía admite expresamente que se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento (CNMC, 2020a, p. 16). Así, se apuntan incentivos, también en su consideración de atenuante por la voluntad de cumplimiento proyectada, para las empresas que manifiesten la intención de implementar un programa de cumplimiento *ex post* (posterior al conocimiento de la infracción por la autoridad de competencia) o la mejora de uno anterior, y así lo certifiquen en el momento oportuno⁴⁶.

En cuanto al encaje procedimental de los programas *ex post* en el marco del procedimiento sancionador regulado por la LDC, la Guía hace diversas precisiones. En primer lugar,

⁴⁵ Se critica que no clarificaba si la atenuación de responsabilidad en este supuesto es «igual o en qué medida y términos es diferente a (a) la que puede concederse a una empresa que informó *motu proprio* a la CNMC de la comisión de una infracción de la LDC distinta al cártel, de conformidad con el párrafo primero comentado anteriormente; (b) la circunstancia atenuante contemplada en el art. 64.3 d) LDC; o (c) la "modulación de la sanción" que pueda concederse a las empresas que implementen un programa de cumplimiento *ex post*».

⁴⁶ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

el programa de cumplimiento *ex post* debe presentarse una vez dictada la resolución que pone fin al expediente (CNMC, 2020c, p. 12). Esta cuestión fue bastante debatida, pues la Propuesta de Guía no especificaba en qué momento del procedimiento sancionador ante la CNMC puede la empresa presentar el proyecto de programa *ex post* (esto es, el proyecto de diseño del programa de cumplimiento o las mejoras en el programa de cumplimiento que ya tuviera).

En segundo lugar, el programa de cumplimiento *ex post* debe ser presentando a la Dirección de Competencia lo antes posible y, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución (CNMC, 2020a, p. 15)⁴⁷.

Por último, en el supuesto de considerarse que el programa *ex post* se ajusta a las consideraciones expuestas en la Guía, la empresa debe remitir en un plazo no superior a seis meses desde la adopción de la resolución que ponga fin al expediente, o en el plazo previsto en los compromisos adoptados en un procedimiento de terminación convencional, una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC (2020a, p. 15). Este último requisito contenido en la Guía debe entenderse como un requisito a efectos de la vigilancia del posterior cumplimiento de la resolución, por lo que la resolución que ponga fin al expediente sancionador debería limitarse a recoger en su parte dispositiva dicha obligación (AEDC, 2020, p. 41). Este extremo tiene relevancia debido a que la redacción de este elemento en la Propuesta de Guía sugería que este debía entenderse como un requisito para que el Consejo de la CNMC establezca en su resolución que la empresa debe quedar exenta de la prohibición de contratar (AEDC, 2020, p. 41).

3.3. Aplicación de la Guía por la CNMC

La primera resolución de la CNMC después de la Guía es la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 (Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*), en la que las empresas infractoras Indra, KPMG y Deloitte habían adoptado medidas de cumplimiento normativo tanto anteriores como posteriores a la incoación del expediente. Por una parte, Indra disponía de, como medidas *ex ante*, un código de conducta, que abarcaba el cumplimiento de la normativa de competencia. Y como medidas *ex post*, implementó un manual de prevención de riesgos en derecho de la competencia (que cumplía con los requisitos de la Guía) y puso en marcha una investigación interna en la empresa, detectando la existencia de la conducta imputada por la CNMC, aportando documentación adicional que pudo emplearse como prueba directa de su participación en el ilícito y despidiendo disciplinariamente a dos directivos que habían participado en el ilícito. La CNMC valoró positivamente

⁴⁷ Véase nota anterior.

te las medidas de cumplimiento adoptadas tanto *ex ante*, como *ex post*, reconociendo su participación en la infracción y colaborando activamente con la autoridad de competencia, por lo que concedió una reducción del 10 % de la multa al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC, en relación con la Guía de la CNMC. Por otro lado, KMPG y Deloitte también contaban con medidas *ex ante* (un código de conducta que, si bien abarcaba el cumplimiento de las normas de competencia, carecía de procedimientos de control), así como medidas *ex post* (proyectos de mejora); no obstante, la CNMC consideró que tales medidas no eran merecedoras de ser consideradas una circunstancia atenuante, ya que, respecto de las medidas *ex ante*, los programas de cumplimiento no eran específicos para las normas de defensa de la competencia, ni siquiera adecuados para prevenir la infracción anticompetitiva, y, respecto de las medidas *ex post*, los proyectos de mejora no aseguraban que no se repitiera este tipo de conductas.

En la Resolución de la CNMC de 17 de agosto de 2021 (Expte. S/0013/19, asunto *Conservación Carreteras*), las empresas alegaron haber implementado programas de cumplimiento *ex ante* o *ex post*, pero ninguna de ellas adoptó, a raíz de la implantación de sus respectivos programas de cumplimiento normativo, medidas en términos de colaboración con la CNMC o de reacción frente a las prácticas sancionadas, que reflejaran una verdadera voluntad de cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia, por lo que la CNMC consideró que ninguna es merecedora de la atenuación de la responsabilidad.

En esa línea, en la Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*) la CNMC sostiene que, si bien las empresas reflejaron en parte su voluntad cumplidora a futuro en los programas revisados que presentaron, la mera introducción de un programa no podía considerarse sin más una circunstancia atenuante y ninguna de las empresas infractoras alegó ninguna razón que justificara tal atenuación más allá de la mera aportación de sus respectivos programas y de las medidas de formación y declaraciones en la web que, sin embargo, no se materializaron en acciones concretas en relación con este expediente. Añade que los programas de cumplimiento aportados presentaban deficiencias que impedían apreciar plenamente su eficacia. Además, recuerda que los programas de cumplimiento *ex post*, o las mejoras de los mismos, deben presentarse a la Dirección de Competencia lo antes posible y, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución. Concluye que ninguna es merecedora de la atenuación.

Y así también en la Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2021 (Expte. S/DC/0614/17, asunto *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*), en la que se sostiene que las empresas no tenían programas *ex ante* eficientes que hubieran tenido como resultado la identificación de conductas contrarias a la LDC que hubieran permitido una colaboración adecuada con la defensa de la competencia en la instrucción del expediente. En relación con las actuaciones *ex post*, en ninguna de las empresas se observaba la adopción de políticas que pudieran considerarse efectivas para concienciar e infundir en el seno de las organizaciones una cultura de cumplimiento normativo firme de las normas de defensa de

la competencia en particular. Tampoco se apreciaban medidas reactivas firmes dirigidas a evitar en el futuro este tipo de comportamientos.

4. Conclusión

La relevancia de los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia es notoria actualmente. La opinión mayoritaria afirma que los programas de cumplimiento son un instrumento esencial para impulsar el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia dentro de las empresas, por lo que se debe favorecer su adopción aunque eso pase por premiar con la atenuación de la responsabilidad a entidades que precisamente hayan cometido una infracción anticompetitiva.

No obstante, la Comisión Europea todavía se muestra reticente a considerar los programas de cumplimiento como una circunstancia atenuante, ya que persiste en la opinión de que el objetivo de un programa de cumplimiento es la prevención de infracciones, y no la elusión de sanciones. En esta línea, las autoridades de competencia de otros países europeos coinciden en la función preventiva de los programas de cumplimiento, si bien no todas defienden que, una vez producida la infracción anticompetitiva, se valoren en la determinación de la sanción.

Pero la CNMC parece que sí que está dispuesta a considerar los programas de cumplimiento. Más aún con la Guía, e independientemente de que se trate de un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post*, si bien, a los ojos de la CNMC, son preferibles los programas de cumplimiento *ex ante*. La publicación de la Guía ha supuesto un hito en el objetivo de la implantación de una cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales. Por un lado, este documento servirá de base a todas aquellas empresas que, sirviendo a los intereses generales, decidan implementar programas de cumplimiento eficaz que prevengan infracciones anticompetitivas, sin perjuicio del beneficio de la atenuación de la responsabilidad en caso de que el programa fracase. Por otro lado, para las empresas que solo implementen el programa de cumplimiento una vez cometida la infracción, la Guía también les proporciona las pautas necesarias para adoptar un programa de cumplimiento eficaz para prevenir nuevas infracciones en el futuro, con la oportunidad de ver minorada su responsabilidad. Ello contribuyendo al objetivo de prevenir y detectar infracciones, y en beneficio del interés general.

Ahora bien, ahora con la Guía es fundamental que los programas de cumplimiento cumplan con el requisito de eficacia, que se venía exigiendo por la doctrina administrativa de la CNMC, y que sean diseñados de modo casuístico atendiendo a la estructura de la empresa y el mercado en el que desarrolla su actividad.

Cumplido el requisito de eficacia, la Guía contempla el beneficio de la moderación de la responsabilidad para esas empresas que hayan implantado programas de cumplimien-

to, ya sean *ex ante* o *ex post*. Así, en línea con la AGCM italiana, la CNMC ha optado por considerar los programas de cumplimiento no solo como un elemento preventivo de infracciones anticompetitivas, sino también como un elemento moderador de la responsabilidad administrativa.

En la Guía se premian los programas de cumplimiento independientemente del momento de su implantación, ya sea *ex ante* o *ex post*. No obstante, la CNMC muestra cierta preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante* –quizá por incentivar la implantación de programas de cumplimiento *ex ante* y evitar que se frustre su función de prevención–, disponiendo la reducción de la multa e incluso la exoneración del pago. Y, en cualquier caso, la CNMC valora de forma muy positiva como posible elemento moderador de la sanción la adopción de actuaciones de cumplimiento *ex post* (p. ej., colaboración activa y eficaz durante el procedimiento sancionador, reconocimiento de los hechos, terminación de las conductas, adopción de remedios, etc.).

La Guía prevé considerables beneficios, llegando a contemplar la exoneración del pago de la multa en caso de infracciones distintas de cártel. No obstante, aunque la CNMC pretenda equiparar las infracciones distintas de cártel con las infracciones constitutivas de cártel para dotar a aquellas de los beneficios de la reducción de la multa o de su exención previstos en los artículos 65 y 66 de la LDC, persisten impedimentos para la atribución de dichos beneficios: aunque la empresa infractora quiera colaborar en la detección de la infracción para obtener los beneficios derivados del programa de cumplimiento, no existen medios ni procedimiento por los que una empresa pueda informar a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma, ni existe precepto legal que faculte a la CNMC a exonerar del pago de la multa, pudiendo únicamente reducir su importe.

Además, la Guía adolece, en la mayoría de los supuestos que contempla, de falta de precisión. Entre otros aspectos, no quedan claros los beneficios adicionales del programa de cumplimiento relación con la atenuación de la responsabilidad si la empresa se ha acogido al programa de clemencia. Por otro lado, sería recomendable determinar la cuantía de la reducción de la sanción –como sí lo hace la CMA o la AGCM–, ya que no puede servir como precedente el único expediente en el que la CNMC apreció la atenuación de la responsabilidad reduciendo la sanción en un 10 % (Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 [Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*]).

En cualquier caso, la CNMC se muestra exigente a la hora de considerar que el programa de cumplimiento reúne los elementos requeridos para ser valorados como una circunstancia atenuante al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC, ya que solo ha apreciado la circunstancia atenuante en una ocasión (Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 [Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*]). Además, de las resoluciones de la CNMC posteriores a la Guía puede concluirse que, para la moderación de la sanción, no es suficiente con la implantación de un programa de cumplimiento eficaz, ya sea *ex ante* o *ex post*, sino que, además, son precisas actuaciones concretas *ex post* de colaboración con la CNMC o de

reacción frente a las prácticas sancionadas, que reflejen una verdadera voluntad de cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia. La CNMC exige la adopción de políticas efectivas para concienciar e infundir en el seno de las organizaciones una cultura de cumplimiento firme de las normas de defensa de la competencia en particular.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2013a). Cumplimiento normativo y confesión católica. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2013b). Los objetivos del Derecho de la Competencia. A propósito de Drexl y el Dictador omnisciente. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2013c). Programas de cumplimiento y multas por infracciones del Derecho de la Competencia. A propósito de Wils. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2015). ¿Cuándo es deseable que la gente cumpla las normas? *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia. *Almacén de Derecho*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2021). McKinsey y el cumplimiento normativo. *Blog de Derecho Mercantil*.
- AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia). (2020). *Comentarios a la propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia sometida a consulta pública*.
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. (2018). *Linee guida sulla compliance Antitrust*.
- Autorité de Defense de la Concurrence. (2017). *Communiqué du 19 octobre 1017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité*.
- Autorité de Defense de la Concurrence. (2011). *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence*.
- Blánquez Palasi, L. (2019). What is an Antitrust Compliance Program? *The Antitrust Attorney Blog*.
- Cohí Anchía, C. (2015). Los Programas de Cumplimiento en relación con la Normativa de Defensa de la Competencia: en beneficio de todos. *Anuario de la competencia*, 1, 379-393.
- CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) (2020a). *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*.
- CNMC. (2020b). *Nota de prensa. La CNMC publica una guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia*.
- CNMC. (2020c). *Propuesta de Guía de Programas de Cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia elaborada por la referida CNMC*.

- Comisión Europea. (2011). *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE.*
- Competition and Markets Authority. (2019). *CMA's Guidance as to the appropriate amount of a penalty.*
- Competition and Markets Authority. (2020). *Guidance: Competition law risk: a short guide.*
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones judiciales de daños y procedimientos judiciales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 267-305.
- Estal Gallego, L. del. (2020). La CNMC, a favor del compliance para atenuar la responsabilidad en materia de competencia. *El Derecho Lefebvre.*
- García-Verdugo Sales, J. (2016). *Valoración económica de las sanciones de competencia. Documento AE-01/16(0428).2.*
- Lachnit, E. (2014). Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. *Utrecht Law Review*, 10(5), 31-35.
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2015a). La reforma del artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algún funeral (I). *Almacén de Derecho.*
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2015b). La reforma del artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algún funeral (II). *Almacén de Derecho.*
- Lema Dapena, A. (2019). Las políticas de Competencia y los sistemas de gestión de Compliance. *CNMC Blog.*
- Lombao Gracia, C. (2012). Los programas de cumplimiento como circunstancia atenuante en el Derecho de la Competencia. *Blog de Derecho Mercantil.*
- Martín Moral, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias en el derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422.
- Martínez Corral, B. (2020). Las medidas de self-cleaning y los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia en España. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 89, 231-252.
- Ramírez Barbosa, P. A. y Ferré Olivé, J. C. (2019). Compliance y ética en la empresa. En *Compliance, Derecho penal y corporativo y buena gobernanza empresarial* (pp. 65-99).
- Pérez Fernández, P. (2013). Programas de Compliance y Derecho de la Competencia. *Blog de Derecho Mercantil.*
- Pérez Fernández, P. (2014). La importancia de los programas de cumplimiento –compliance programmes– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. *ICE: Revista de Economía*, 1(876), 75-90.
- Pérez Fernández, P. (2015). Programas de Compliance y Derecho de la Competencia. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 374-432).
- Perramón Flaquer, V. (2020). El compliance como atenuante ante las sanciones de la CNMC. *El Derecho Lefebvre.*
- Recuerda Girela, M. A. (2016). Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. *Anuario de derecho de la competencia.*
- Robles Martín-Laborda, A. (2016). El cártel de las mudanzas internacionales: ¿se puede hacer algo más contra la colusión en las licitaciones públicas? *Competencia y Regulación.*



- Robles Martín-Laborda, A. (2018). Sanciones y remedios contra las restricciones de la competencia y principio de efectividad. *Almacén de Derecho*.
- Tato Plaza, A. (2013). El derecho de la libre competencia y los códigos de conducta. En *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (pp. 111-130).
- Terns Freixes, D. (2020). Efectos del programa de Compliance en Defensa de la Competencia (II). *El Derecho Lefebvre*.
- Vega García, F. de la. (2016). Programas de cumplimiento normativo (compliance) y Derecho Antritrust (Res. CNMC de 6 de septiembre de 2016, As. Mudanzas Internacionales). *Derecho de la Competencia*.
- Wils, W. P. J. (2013). Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1), 1-35.



Acción directa contra aseguradora de la Administración

Evaristo González González

*Magistrado. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife)*
evg@usal.es | <https://orcid.org/0000-0001-6186-2630>

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

El artículo 106 de la Constitución garantiza que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas, una vez agotada la vía administrativa previa, son de la competencia del orden contencioso-administrativo. La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, refuerza esta competencia al establecer que los particulares que pudieran haber concurrido a la producción del daño habrán de ser demandados también ante el orden contencioso-administrativo y no podrán serlo ante el civil ni el social. Con esto parecía quedar zanjada la vieja cuestión del «peregrinaje de jurisdicciones». Pero pervive un supuesto en el que la responsabilidad administrativa puede ser enjuiciada ante un tribunal civil. De ese verso suelto es del que trata este opúsculo y lo hace con la intención de que resulte útil no solo para el debate académico, sino también para el ejercicio en el foro.

Palabras clave: responsabilidad administrativa; compañía de seguros; acción directa; proceso civil; intereses.

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

Cómo citar: González González, E. (2022). Acción directa contra aseguradora de la Administración. *Revista CEFLegal*, 253, 119-146.



Direct action against the insurer to public bodies

Evaristo González González

Abstract

Article 106 of the Spanish Constitution ensures the citizens' right to a remedy on any harm done onto them or their rights, force majeure excluded, whenever that harm derives from public service performance. Tort actions against public bodies, once the administrative procedure is ended, fall under the scope of the jurisdiction for judicial review. Organic Act 19/2003, of 23 December, strengthens that competence by establishing that non-public tortfeasors involved in the wrongdoing might also be sued before administrative courts, and not before civil nor labor courts. This seemed to settle the «jurisdictional roam» question. But there's still one case in which administrative liability may be brought before a civil court. That disjointed category is what this paper is about, aiming not only at fueling academic debate, but also law practice.

Keywords: administrative liability; insurance company; direct action; civil procedure; interest.

Citation: González González, E. (2022). Acción directa contra aseguradora de la Administración. *Revista CEFLegal*, 253, 119-146.



Sumario

1. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
 2. Acción directa y responsabilidad administrativa
 3. Proceso civil en ejercicio de acción directa contra compañía aseguradora de una Administración pública
 - 3.1. *Ius y forum*
 - 3.2. El problema de la prescripción
 - 3.3. Posible intervención de la Administración
 - 3.4. Cuestiones sobre el *onus probandi*
 - 3.5. Cuestiones sobre el *quantum* indemnizatorio
 - 3.6. Cuestiones sobre los intereses
 - 3.7. Régimen de la segunda instancia
 4. La posibilidad de un proceso contencioso-administrativo
 - 4.1. El proceso contencioso-administrativo anterior
 - 4.2. El proceso contencioso-administrativo simultáneo
 - 4.3. El proceso contencioso-administrativo posterior
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) dedica su artículo 9 a delimitar el ámbito propio de cada orden jurisdiccional, y se ocupa del contencioso-administrativo en su apartado 4. Además de otras materias, y en lo que aquí nos interesa, indica que corresponde a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquellas.

Estas previsiones son tributarias de la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en vigor desde el 15 de enero de 2004.

Pareció que con la reforma se pudiera poner fin al tan criticado peregrinaje de jurisdicciones en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Salas Darrocha, 2004).

La reforma establece como imperativo que los terceros concurrentes a la causación del daño solo pueden ser demandados ante el mismo orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta decisión del legislador tiene la mayor relevancia. A diferencia de los términos propios del proceso civil, en el contencioso-administrativo no es que se demande a la Ad-

¹ Gómez Ligüerre (2019).

ministración, es que se pretende dejar sin efecto una determinada actuación administrativa, y la condición de demandado, se atribuye, como consecuencia necesaria de lo anterior, a la Administración autora, sin que la voluntad del demandante pueda decidir dirigirse a cualquier otra libremente, porque si no existe esa vinculación con el acto u omisión administrativa, sería oponible la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo de ausencia de actividad impugnada, en los términos del artículo 69 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Sí cabría articular demanda frente a más de una Administración si en la actuación administrativa han cooperado varias, y también pueden darse casos de accionar contra particulares que ostenten algún vínculo jurídico con esa actuación administrativa controvertida, como pudiera ser el caso de un concesionario. Pero imponer que los terceros concurrentes a la causación del daño solo puedan ser demandados ante el mismo orden jurisdiccional contencioso-administrativo supone, necesariamente, que si no lo fueren, se perderá dicha acción. Por tanto, deberá cuidar la parte actora, para no perder ninguna oportunidad procesal, de demandar a todo aquel que considere posible responsable del daño. Estaríamos, por tanto, ante demandados en sentido propio, personas frente a las que se articulan pretensiones viables de condena en demanda. Aspecto que hemos querido subrayar en la medida en que en el proceso contencioso-administrativo también se viene empleando el término codemandado para hacer referencia a aquel sujeto que se persona porque tiene un interés concurrente con la Administración, pero que no puede ser condenado porque frente a él no cabe pretensión de condena, como sucede, paradigmáticamente, cuando se impugnan procesos selectivos, escenario en que es habitual la personación de quienes aprobaron, para oponerse a la pretensión anulatoria de quien se muestra disconforme con el suspenso o calificación de no apto.

Así, el artículo 21.1 de la LJCA establece que:

1. Se considera parte demandada:

- a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.
- b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.
- c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

A su vez, según el artículo 49.1 de la LJCA:

La resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común.

La doctrina tanto legal como científica ha puesto de relieve que de las dos categorías de codemandados a que hemos hecho referencia, los demandados en sentido estricto y los llamados al proceso por interés en el mismo, solo los primeros pueden ser objeto de condena, al haberse postulado solo respecto de ellos una determinada pretensión. En cambio, los codemandados intervinientes al margen de la voluntad del demandante no pueden ser objeto de condena (*nemo iudex sine actore*); en este sentido, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2010 (ROJ: STS 2605/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2605), en su fundamento de derecho quinto.

En un proceso derivado de reclamación de responsabilidad patrimonial en que la demanda pida condena de terceros que hayan concurrido a la producción del daño, estos sí pueden ser condenados e incluso pueden ser condenados aunque la Administración resulte absuelta, sin que esto último implique pérdida de jurisdicción para el orden contencioso-administrativo.

Ahora bien, a pesar de la citada reforma legislativa sigue siendo posible que un mismo hecho determinante de responsabilidad patrimonial de la Administración pública pueda ser visto también ante los juzgados y tribunales del orden civil. Tal sucede cuando el damnificado decide ejercitar la acción directa contra la compañía de seguros de la Administración pública concernida, y es de ello de lo que continuaremos tratando en las páginas que siguen (Alegre Ávila, 2005).

2. Acción directa y responsabilidad administrativa²

El contrato de seguro está regulado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS), que le define como aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Dentro de la plural tipología del contrato de seguro, nos interesa en particular el de responsabilidad civil, aunque dogmáticamente la responsabilidad de las Administraciones públicas no sea técnicamente la responsabilidad regulada en el Código Civil (CC), pero estas sí suscriben seguros de responsabilidad civil en el sentido de la LCS, que le conceptúa como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (art. 73 LCS).

² Ángel Yágüez (2002).

En caso de que el damnificado decida demandar de manera conjunta a la Administración y a la compañía de seguros, el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo, según el artículo 9.4 de la LOPJ: «Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva».

Ahora bien, puesto que el artículo 9.4 de la LOPJ establece de manera imperativa que en caso de accionar conjuntamente contra aseguradora y Administración asegurada la litis ha de ser conocida por lo contencioso-administrativo, *a contrario sensu* si se acciona solo contra la aseguradora entonces el conocimiento del asunto deja de corresponder a lo contencioso-administrativo y revierte al orden jurisdiccional civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LOPJ.

Esa posibilidad de accionar directamente contra la compañía de seguros viene reconocida en el artículo 76 de la LCS (acción directa):

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido (Gómez Ligüerre, 2001).

Es, por tanto, un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario o facultativo.

La mejor doctrina ha venido destacando que la acción directa es una acción autónoma que no puede ser identificada como una especie del género acción subrogatoria. En la acción directa el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado; en modo alguno asume la posición jurídica de este, sino que su derecho nace de una disposición legal específica y a partir de un contrato de seguro del que es tercero, de manera que se trata de un derecho que surge *ex lege* y no *ex contractu*. La acción directa tampoco es una acción subsidiaria de la acción contra el responsable, sino que goza de perfecta autonomía procesal, sin que su ejercicio exija previa reclamación al asegurado. De hecho, precisamente el fundamento de la acción directa es liberar a quien sufre el daño de la carga de accionar previamente contra el asegurado, cuya solvencia podría ser discutible o incluso conocerse ya que no goza de la misma, permitiéndole demandar de manera directa a la compañía de seguros, cuya solvencia sí suele presumirse.

Ítem más, el derecho del tercero a exigir la obligación de resarcimiento, vía acción directa, no es el mismo que tiene para exigir la indemnización a cargo del asegurado, del propio

causante del daño. El perjudicado, así pues, goza de dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del causante del daño, que nace del hecho ilícito, y la del asegurador, que si bien presupone ese mismo hecho ilícito, exige asimismo la existencia de un contrato de seguro y está sometida al régimen del artículo 76 de la LCS.

Esta acción directa permite, pues, que la compañía de seguros de la Administración pública a la que se achaca una acción u omisión que ha producido un daño pueda ser demandada sin necesidad de accionar previa o simultáneamente contra dicha Administración. Acción que dará lugar a un proceso civil, de cuyos perfiles pasamos a ocuparnos en el siguiente epígrafe.

3. Proceso civil en ejercicio de acción directa contra compañía aseguradora de una Administración pública

3.1. Ius y forum³

Nos situamos en el escenario en que una persona ha sufrido un daño como consecuencia de una acción u omisión imputable a una Administración pública, y ese perjudicado decide demandar a la compañía de seguros de la Administración en ejercicio de la acción directa.

Recordemos que la demanda se dirige solo contra la compañía de seguros y que la acción que se ejercita es la del artículo 76 de la LCS, porque si se demandase conjuntamente a la Administración pública, el orden jurisdiccional competente sería el contencioso-administrativo, ex artículo 9.4 de la LOPJ.

La posibilidad de ejercer la acción directa y de que conozca de esta el orden civil ha venido siendo confirmada expresamente por el Tribunal Supremo.

Muy contundente y claro se muestra al respecto el Auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013 (ROJ: ATS 2888/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2888A):

El legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora), como las entabladas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean

³ Soto Nieto (2010).

responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados, para reconocer una única excepción a este sistema en aquellos supuestos en que los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirijan directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, de forma que en estos casos el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil y ello por cuanto «en esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar».

Y continúa diciendo:

Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados, como ha manifestado la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración aseguradora no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate.

La competencia, por tanto, corresponde al orden jurisdiccional civil, este es el elemento que en derecho internacional privado se denomina *forum*.

Pero el derecho sustantivo (*ius*) que deberá aplicarse para estimar o desestimar la pretensión resarcitoria ejercida no es el derecho civil, no es la responsabilidad presidida, como *summa divisio*, por los conceptos clásicos de culpa y negligencia en el sentido en que los emplea el artículo 1902 del CC, sino el derecho administrativo.

Debemos partir de que la aseguradora no responde por hecho ajeno, sino por responsabilidad ajena. Esto es, la acción directa no hace a la compañía de seguros responsable de la obligación de indemnizar, sino garante de la misma. La autonomía procesal de la acción directa no empece que desde un punto de vista sustantivo tenga carácter accesorio, en el sentido de que solo prosperará si se acredita la responsabilidad del asegurado. La autonomía procesal de la acción directa lo es respecto del contrato de seguro, del que no deriva, pero no puede considerarse autónoma ni desvinculada de la responsabilidad de la persona asegurada. La aseguradora, por consiguiente, queda obligada vía acción directa frente al perjudicado, cierto, pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, obligación generada por la responsabilidad nacida a cargo de ese mismo asegurado. Por

ende, la aseguradora puede oponer a quien promueve frente a ella demanda en ejercicio de acción directa que su asegurado no puede ser considerado responsable del daño cuya indemnización se impetra.

La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado implica que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como pudiera ser el dolo, pero sí las excepciones de naturaleza objetiva, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes contractuales. En particular, la jurisprudencia civil ha venido reconociendo que la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible al tercero perjudicado.

En definitiva, desde el punto de vista sustantivo habrá de estarse a las previsiones contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, título preliminar, capítulo IV (arts. 32-37).

Como es bien sabido, esa responsabilidad de las Administraciones públicas, constitucionalmente garantizada en los artículos 9.3 y 106.2 de la CE, viene calificándose de objetiva. Pero la naturaleza y alcance de la responsabilidad objetiva deben matizarse en el sentido de que no se trata de responsabilidad por la mera constatación de la ocurrencia de un evento lesivo dentro de la esfera de actividades de un ente sometido al derecho administrativo, no se trata de un ejercicio de providencialismo estatal, sino que resulta indispensable acreditar la presencia de un título de imputación que genere la obligación administrativa de indemnizar; cuestión distinta es que la singularidad del sistema radique en que dentro de los títulos de imputación de responsabilidad a las Administraciones públicas no figuren ni el dolo ni la culpa.

En efecto, Laguna de Paz (2019) indica que

el Derecho español no establece un régimen de responsabilidad objetiva general. A este respecto, hay que tener en cuenta que solo son indemnizables los daños que el ordenamiento jurídico considera antijurídicos, es decir, aquellos que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar (art. 34.1 LSP). [...] esto excluye la responsabilidad cuanto exista un título legítimo, el particular haya aceptado el riesgo o no se hayan superado los estándares normales de funcionamiento del servicio. En esta misma línea, no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción (art. 34.1 LSP) [...]. Así las cosas, el sistema español de responsabilidad pública extracontractual ofrece una amplia cobertura frente a los daños causados por la actuación de la Administración que cubre su actuación ilícita, la generación de riesgos, así como los perjuicios derivados de una actuación lícita que, al recaer sobre ciudadanos concretos, comporte un sacrificio especial. No tendría justifi-

cación que cualquier perjuicio materialmente causado por la actuación de la Administración tuviera que ser indemnizado, aunque los servicios públicos hubieran funcionado correctamente. Estos daños deben ser considerados cargas sociales, que todos los ciudadanos deben soportar (perturbación del tráfico rodado debida a la construcción de una obra pública). En otro caso, no se establecería un mecanismo devolutivo, sino de aseguramiento general. La responsabilidad tiene una función estrictamente resarcitoria.

Aclarada la cuestión en cuanto al alcance del elemento de la objetividad, por lo demás los requisitos de la responsabilidad administrativa han quedado fijados por la jurisprudencia en los siguientes términos (González Pérez, 2012):

- a) Lesión patrimonial, equivalente a daño o perjuicio, en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante, lesión que ha de ser real, concreta y susceptible de evaluación económica.
- b) La lesión ha de ser ilegítima o antijurídica, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportarla.
- c) Debe existir un nexo causal adecuado entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo.
- d) Ausencia de fuerza mayor.

Eso sí, el examen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas será a los solos efectos prejudiciales, según resulta del artículo 42.1 LEC, de manera que solo producirá efectos *ad intra* del propio proceso civil.

3.2. El problema de la prescripción⁴

Cuestión de la mayor importancia que se puede plantear es si la interposición de esa demanda civil interrumpe el plazo de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada que establece el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPACAP).

Como dice la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2010 (ROJ: STS 7102/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7102), fundamento de derecho primero, el plazo de un año para iniciar de oficio el procedimiento o para que la víctima solicite el reconocimiento de la correspondiente indemnización es un plazo de prescripción, y por ello susceptible de interrupción. Ahora bien, el acto interruptivo de la prescripción debe llegar

⁴ Chaves González (2017).

a conocimiento del deudor; de lo contrario, tal acto o actuación no desplegará efecto interruptivo frente a quien no ha tenido conocimiento de la voluntad de reclamar su derecho, en este caso la indemnización por responsabilidad patrimonial. Y tampoco cualquier forma de actuación tiene el alcance de interrumpir la prescripción, pues como ha señalado la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2009 (ROJ: SAN 974/2009 - ECLI:ES:AN:2009:974), fundamento de derecho cuarto:

La parte recurrente insiste en que realizó actos de interrupción de la prescripción llevando a cabo una reclamación frente al Ayuntamiento de Aranjuez con fecha 23 de mayo de 2000 (doc. 1 de la demanda). Tal reclamación no es tal, dado que se insta del Ayuntamiento «que consultados sus archivos, se nos dé traslado de informes y cualesquiera otros documentos y diligencias practicadas en el expediente de investigación llevado a cabo por ese Ayuntamiento en relación con el anteriormente referenciado accidente de circulación y, a ser posible, se nos conceda entrevista con el responsable del mismo». Tal petición no puede considerarse una reclamación con entidad para interrumpir la prescripción, dado que la reclamación tiene un cauce específico (art. 142.1, 2 y 3 L 30/1992), al que ha de ajustarse conforme establece el art. 6.1 RD 429/1993 de 26 de marzo (Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial). En la reclamación se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante. El escrito al que alude la parte demandante no se ajusta a tales previsiones, razón por la que no se puede entender que estemos ante una reclamación idónea que pudiera haber interrumpido la prescripción.

También puede citarse la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2000 (ROJ: STS 3640/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3640), fundamento de derecho sexto:

Dicha eficacia interruptiva no puede ser apreciada cuando, como en el caso presente, la acción civil invocada no se dirigió contra la Administración, sino contra otro sujeto privado, y por tanto en modo alguno puede considerarse que implicara el ejercicio de una iniciativa encaminada a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por consiguiente, si producido el daño se acude directamente al ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS contra la compañía de seguros, podría prescribir la acción administrativa de responsabilidad patrimonial.

La única forma de soslayarlo es reclamar en vía administrativa en tiempo y forma. Interpuesta reclamación en vía administrativa, la Administración pública competente queda

obligada a pronunciarse sobre su admisión y, en caso positivo, a tramitarla, impulsándola de oficio.

Acaso más sencillo resulta proceder a sucesivos requerimientos extrajudiciales frente a la compañía de seguros en los términos del artículo 1973 del CC, manteniendo así interrumpida la acción civil todo el tiempo necesario, mientras se tramita el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y aceptar que el proceso civil en ejercicio de acción directa sea posterior al contencioso-administrativo. Praxis que no parece rechazable desde el momento en que la propia Sala Primera del Tribunal Supremo viene insistiendo en que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir su esencia.

Un ejemplo de las duras consecuencias que puede tener no garantizar la interrupción de la prescripción nos lo ofrece la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010 (ROJ: SAN 2114/2010 - ECLI:ES:AN:2010:2114). En este caso, un motorista que circulaba por una carretera nacional derrapó sobre una gran mancha de gasoil. En un primer momento ejerció acción penal, que dio lugar a juicio de faltas ante un juzgado de instrucción de Motril, que archivó por falta de autor conocido. A renglón seguido se dictó auto de cuantía máxima. El perjudicado instó la ejecución del dicho auto contra el Consorcio de Compensación de Seguros, pero la Audiencia Provincial de Granada absolvió al consorcio por falta de legitimación pasiva, al estimar que no quedaba demostrado que la mancha de líquido fuese causada por un vehículo desconocido. El perjudicado, entonces, presenta demanda civil declarativa, que fue finalmente objeto de estimación parcial por la Audiencia Provincial de Granada. A continuación, el actor formula reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Fomento en solicitud de indemnización por la diferencia entre la suma solicitada ante el orden jurisdiccional civil y lo que finalmente había obtenido en sentencia. Obviamente, antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, la Audiencia Nacional debía valorar si las diversas reclamaciones y procesos, y en particular los seguidos contra el Consorcio de Compensación de Seguros, tenían o no virtualidad para estimar vigente la acción que ahora formulaba frente al Ministerio de Fomento (Administración General del Estado). El Consejo de Estado (plasmado en el preceptivo dictamen unido al expediente administrativo), la propia resolución desestimatoria y finalmente la sentencia de la Audiencia Nacional recuerdan que el tan repetido Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad con personalidad jurídica propia, cuya actividad está sujeta al ordenamiento jurídico privado, y al que corresponden funciones privadas y públicas, siendo una de estas la de indemnizar determinados daños («daños personales significativos») en accidentes causados por vehículos desconocidos, supuesto en el que el consorcio actúa como «fondo de garantía». Finalmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que la acción administrativa estuvo interrumpida solo hasta la notificación del auto de archivo del juicio de faltas, negando así virtualidad interruptiva al dictado del auto de cuantía máxima, acto de conciliación, dos procesos civiles seguidos en primera instancia y apelación e incluso sentencia

de Juzgado de lo Social declarando la incapacidad permanente del demandante (López y García de la Serrana, 2005).

3.3. Posible intervención de la Administración

Como reconoce al unísono la doctrina procesalista, afirmar que el proceso implica dualidad de partes no significa que solo existan dos personas concretas e individualizadas, sean físicas o jurídicas, una como demandante y otra como demandada, sino, *rectius*, que existen dos posiciones contrapuestas pudiendo en cada una de ellas intervenir una pluralidad de personas.

A esto se añade que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) regula diversas instituciones (litisconsorcio, intervención voluntaria, intervención provocada y supuestos especiales de intervención en procesos de consumidores y usuarios) que suponen la participación sobrevenida en el proceso (Gascón Inchausti, 2020). Aquí nos interesa referirnos a los supuestos de intervención.

Esa intervención procesal puede ser provocada o voluntaria. La LEC se ocupa de la intervención provocada en su artículo 14:

Artículo 14. *Intervención provocada.*

1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, este dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.

La intervención provocada no sería posible en el escenario que venimos examinando, porque en ejercicio de acción directa no existe precepto legal específico que permita a la aseguradora llamar al proceso a su asegurada.

La intervención voluntaria de terceros en el proceso se regula en el artículo 13 de la LEC:

Artículo 13. *Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.*

1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos.

2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.

En un proceso civil en que se ejerce acción directa contra su compañía de seguros no parece cuestionable que la Administración pública asegurada ostenta ese interés legítimo en el resultado del pleito que le exige el apartado 1 del transcrito artículo 13 de la LEC, dado que si la aseguradora fuese condenada a pagar, esta tendría derecho de repetición frente a su asegurada.

Por consiguiente, es posible la intervención voluntaria de la Administración. Una intervención que, además, no alteraría la competencia, que continuaría en el órgano jurisdiccional civil. Al respecto, podemos citar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (ROJ: STS 4953/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4953), fundamento de derecho segundo:

Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contradichas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS 20 de noviembre de 2011), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010).

3.4. Cuestiones sobre el *onus probandi*

Tanto la LEC como la LPACAP –y la segunda, por remisión expresa a la primera– parten de un principio de libre valoración de la prueba, pero existe un matiz importante.

Nos interesa aquí lo referente a la prueba pericial, porque en muchos casos de responsabilidad administrativa suele ser decisiva para el éxito o fracaso de la demanda.

El artículo 348 de la LEC establece que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, en el proceso civil de lo que se trata es de valorar, de dos o más dictámenes en una situación de igualdad inicial, cuál resulta más convincente; por supuesto, debiendo motivarse en sentencia las razones por las que se ha preferido un dictamen y no otro u otros.

Pero en derecho administrativo las cosas son diferentes. Como punto de partida, y salvo contadas excepciones legales, recordemos que es preciso el agotamiento previo de la vía administrativa para poder interponer un recurso contencioso-administrativo que sea admisible (art. 69.c de la LJCA). Pues bien, en el curso del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial suelen emitirse informes por parte de la Administración. Estos informes gozan de presunción de veracidad y acierto, al amparo del artículo 77.5 de la LPACAP, y para desvirtuarlos no le basta al ciudadano con aportar un dictamen pericial que muestre una opinión discrepante, sino que debe acreditar que el informe administrativo está incurrido en error, sea de hecho o sea por infracción legal o reglamentaria, y a este respecto la jurisprudencia es clara (Chaves García y Galindo Gil, 2015). Por ejemplo, y por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2019 (ROJ: STS 2215/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2215), fundamento de derecho segundo.

Por lo tanto, si en el escenario propuesto se aporta un informe de la Administración competente, ya sea por parte de la aseguradora o por parte de la propia Administración, que ha accedido al proceso como interviniente, debe estarse a esa presunción, incluso en el seno de un proceso civil. El artículo 77.5 de la LPACAP otorga este privilegio a los informes de la Administración por causas objetivas, no vinculándolo ni condicionándolo a que se presenten ante uno u otro orden jurisdiccional. Deberá, por tanto, el juez civil aplicar la presunción *iuris tantum* de acierto y veracidad a favor del informe administrativo, y será carga procesal del actor desvirtuarla debidamente.

Y en todo caso, aunque no se aceptare esta tesis, entendemos que la conjunción de los artículos 317 y 319 de la LEC conduce inexorablemente al mismo resultado.

La única salvedad sería el proceso penal, donde el punto de partida siempre debe ser, por imperativo constitucional, la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pero esto queda ya fuera del objeto y fin del presente artículo.

3.5. Cuestiones sobre el *quantum* indemnizatorio⁵

La finalidad que persigue todo aquel que demanda en ejercicio de acción directa es obtener la reparación del daño, y esta no suele verificarse tanto a través de una restitución *in natura* cuanto a través del pago de una suma en dinero.

⁵ Chaves García (2019).

Pero en qué cuantía se indemnice es uno de los grandes temas abiertos que comparten proceso civil y contencioso-administrativo. El daño material *stricto sensu* es más sencillo de valorar, partiendo de facturas o documentos de análogo valor probatorio. El auténtico reto es indemnizar de manera equitativa el daño corporal. En el ámbito de la circulación de vehículos a motor y ciclomotores el legislador optó por establecer un baremo con mismo valor normativo que la propia ley especial, y esto ha contribuido notablemente a la seguridad jurídica en el mismo. De hecho, ese mismo baremo es utilizado en ocasiones a título supletorio u orientativo en otros ámbitos de responsabilidad fuera del tráfico rodado de vehículos a motor y ciclomotores, tanto en el orden civil como en el contencioso-administrativo. Pero la Sala Tercera del Tribunal Supremo insiste en que no es en modo alguno vinculante en el orden contencioso-administrativo; por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 (ROJ: STS 3105/2020, ECLI: ES:TS:2020:3105), fundamento de derecho cuarto:

Es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34.2.º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) «no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo» (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se establece en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, «podrá tomar como referencia» dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza porque lo que se propone es «tomarlo como referencia».

Dada la mayor reticencia de los jueces de lo contencioso-administrativo a utilizar el baremo como punto de referencia, parece claro que también en este punto es relevante la decisión por ejercer la acción directa en vez de acudir al proceso contencioso-administrativo, pues la indemnización por daño corporal podría diferir entre uno y otro orden jurisdiccional.

Ahora bien, la indemnización en vía civil puede estar condicionada si ha existido procedimiento administrativo previo y en éste se ha acordado indemnizar al perjudicado (Rossell Garau, 2017).

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (ROJ: STS 1840/2019, ECLI:ES:TS:2019:1840), fundamento de derecho tercero, analiza las consecuencias para el posterior proceso civil en que se ejerce la acción directa del artículo 76 de la LCS cuando la Administración fijó una indemnización en procedimiento administrativo previo y la resolución administrativa quedó firme y consentida porque no se interpuso recurso contencioso-administrativo, sino que se optó por la acción directa de la LCS (Tapia Hermida, 2019).

Dice el Tribunal Supremo que al haber reconocido la Administración su responsabilidad lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción contencioso-administrativa era el *quantum* indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración había asumido su responsabilidad. Si a ello se une que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios. Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla. Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del artículo 76 de la LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida, pues no puede pasarse por alto que se trata de una obligación solidaria y el pago por cualquier de los deudores, si es íntegro, extingue la obligación para todos ellos. Por consiguiente, no podría pedir más en vía civil de lo pedido en vía administrativa (Chaves González, 2019).

Otra cuestión de interés a propósito de las peculiaridades del *quantum* indemnizatorio en caso de ejercicio de acción directa contra la compañía de seguros deriva de la posibilidad de franquicia. Explicado con sencillez, la franquicia es un porcentaje o cantidad fija que la aseguradora pacta con el asegurado en el contrato de seguro y solo a partir de la cual responde la compañía; se dice que el asegurado es, a su vez, su propio asegurador hasta ese límite cuantitativo en aquellos contratos de aseguramiento en que se establece franquicia.

De acuerdo con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (ROJ: STS 3137/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3137), fundamento de derecho cuarto, las cláusulas que fijan el *quantum* indemnizatorio no son limitativas de los derechos del asegurado, sino delimitadoras del riesgo, tanto al fijar el máximo de la indemnización como al fijar el mínimo del que quedará exenta la cobertura; esto es, las franquicias.

Por lo tanto, esos límites son oponibles al tercero perjudicado. La obligación de la aseguradora de indemnizar lo es, según el artículo 1 de la LCS, dentro de los límites pactados, por lo que no puede el perjudicado que ejercita la acción ex artículo 76 de la LCS pretender que su acción sea inmune a una objeción del asegurador que entra dentro del ámbito constitutivo de la obligación. De manera que una vez establecida en el proceso civil la indemnización que corresponde al demandante, este, sin embargo, no se vería agraciado con la totalidad de su importe, sino que se detraería la suma constitutiva de franquicia.

3.6. Cuestiones sobre los intereses

El artículo 20 de la LCS prevé que, no obstante la aplicación de cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado, si las hubiere, se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no haya cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los 40 días a partir de la recepción de la declaración del siniestro. La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. Transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %. Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro. No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de 7 días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro. Ahora bien, no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

En el ámbito del proceso contencioso-administrativo ha venido considerándose que no es aplicable el artículo 20 de la LCS. Así, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2289/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2289), fundamento de derecho décimo, afirma:

Y sin que procedan intereses ex. art 20 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro por el período previo desde que se interpuso la reclamación, dado que el rechazo por la Administración aseguradora de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, por lo que no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización.

Sin embargo, en un proceso civil en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora sí parece posible imponer los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS en todo su rigor.

3.7. Régimen de la segunda instancia

En el caso del proceso civil, la competencia en primera instancia se atribuye siempre a un órgano jurisdiccional unipersonal (juzgado de primera instancia), y la sentencia que dicte será susceptible de recurso de apelación siempre que la cuantía del pleito supere los 3.000 euros, según el artículo 455 de la LEC.

Sin embargo, en el proceso contencioso-administrativo en que se reclama responsabilidad patrimonial, el conocimiento en primera instancia puede corresponder tanto a un órgano unipersonal (juzgado de lo contencioso-administrativo / juzgado central de lo contencioso-administrativo) como a un órgano colegiado (Tribunal Superior de Justicia / Audiencia Nacional / Tribunal Supremo), en función del órgano administrativo que haya dictado el acto controvertido y de la cuantía que se reclame, en los términos que resultan del complejo juego de reglas de atribución de competencias en primera o única instancia que deriva de los artículos 8 al 12 de la LJCA.

Si la sentencia es dictada por un juzgado, cabe recurso de apelación si la cuantía del recurso contencioso-administrativo supera los 30.000 euros o si la sentencia declara la inadmisibilidad (art. 81 LJCA).

Mientras que si la sentencia es dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional, solo cabrá recurso de casación, en este caso con independencia de la cuantía y del sentido del fallo (art. 87 LJCA).

Contra las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no cabe recurso.

Por consiguiente, el acceso a la segunda instancia es mucho más favorable en caso de ejercicio de la acción directa.

4. La posibilidad de un proceso contencioso-administrativo

4.1. El proceso contencioso-administrativo anterior

La posibilidad de practicar una interrupción sucesiva del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS a través de los medios establecidos en el artículo 1973 del CC permite, sin mayor dificultad, que pueda existir un proceso contencioso-administrativo anterior y un proceso civil posterior, con base en unos mismos hechos.

La sentencia del proceso contencioso-administrativo puede ser declarativa de inadmisión, desestimatoria o estimatoria.

Si esa sentencia previa es de inadmisión o si es desestimatoria, la consecuencia jurídica es que el acto administrativo queda firme. Por lo tanto, en el proceso civil posterior no se podrá reclamar una suma mayor en concepto de principal a cargo de la compañía de seguros que la fijada por resolución administrativa. Así resulta de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1840), antes examinada.

Ahora bien, como el presupuesto de que parte dicha sentencia es del acto administrativo expreso que concede indemnización y queda firme, en el supuesto de que se accione contra silencio administrativo no existiría ninguna previa declaración administrativa, y la sentencia contencioso-administrativa que inadmite o desestima el recurso contra el silencio tampoco fija indemnización, así que en tales casos no existe vinculación previa, y en un proceso civil posterior podrá reclamarse la cuantía que se estime oportuna.

En caso de sentencia total o parcialmente estimatoria, sí existe una fijación de la indemnización por parte del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. No nos hallamos ya en el caso a que se extendería naturalmente la doctrina contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1840), pero *a fortiori* podemos entender que si un acto administrativo vincula al proceso civil posterior, también habrá de hacerlo, y acaso con más razón, lo declarado por un órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo al revisar la conformidad al ordenamiento jurídico de aquel acto.

Si la sentencia es total o parcialmente estimatoria y la demanda en vía contencioso-administrativa no pidió en el suplico la condena de la compañía de seguros, podrá pedirse en el proceso civil posterior, pues el artículo 1144 del CC permite continuar demandando a los deudores solidarios mientras la deuda no sea íntegramente satisfecha, y al no contener la norma administrativa sustantiva regulación específica de las obligaciones solidarias entendemos aplicable dicha institución (*ius variandi*).

Asimismo, una vez obtenida la condena de la Administración, si no se han aplicado los intereses del artículo 20 de la LCS, debe admitirse la posibilidad de que el perjudicado dirija ese ulterior proceso civil en ejercicio de la acción directa a obtener, específicamente, una condena de la aseguradora al pago de los intereses antes aludidos.

Resulta de interés tomar ahora en consideración la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2020 (Roj: STS 3172/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3172), fundamento de derecho tercero. En el caso que llega al conocimiento del Alto Tribunal, una persona reclamó responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria y obtuvo, en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, una indemnización. Posteriormente, promueve proceso civil en ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS y con el solo objeto de obtener de la aseguradora el pago de los intereses del artículo 20 de la LCS en relación con el principal declarado en vía contencioso-administrativa. Para la Sala Primera,

el objeto de este pleito radica pues en determinar si es viable la posibilidad de ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora, no en reclamación del

principal ya fijado y satisfecho, sino exclusivamente los intereses del art. 20 de la LCS, una vez descontados los ya percibidos, a los que fue condenada la Administración demandada [...]. Pues bien, resolviendo el caso litigioso, si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso-administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el artículo 20 de la LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa (arts. 9.4 II de la LOPJ y 21.c de la LJCA), o con la finalidad de buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del artículo 20 de la LCS. No se vulnera el artículo 1140 del CC, pues la compañía de seguros solo responde si también lo debe hacer la asegurada, y solo en la medida en que lo deba hacer. Otra cosa es que incurra en mora, que consideramos no se produce, en el caso presente, pues elegida la vía contencioso-administrativa, sin interpelación de la aseguradora, la compañía quedó pendiente de la resolución dictada en dicha vía jurisdiccional, para fijar, en su caso, la cuestionada responsabilidad de la Administración y la cuantía de la misma; y, una vez establecidas estas, proceder, como así hizo, sin demora, a satisfacer su importe.

Y cita en su apoyo la sentencia de esa misma Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2020 (ROJ: STS 2849/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2849).

Parece arriesgado predicar la inviabilidad de la posterior acción civil en el mero hecho de que el perjudicado decidiese no pedir en su demanda de recurso contencioso-administrativo la condena de la compañía de seguros. En el proceso contencioso-administrativo la única parte demandada necesaria es la Administración pública; la posibilidad de demandar juntamente a sujetos privados y aseguradoras que resulta del artículo 9.4 de la LOPJ y del 2e) de la LJCA no constituye un deber, sino una opción, y por tanto el inejercicio de la misma no puede ser penalizado. Si no existe deber de accionar conjuntamente contra ambas, entonces no puede argumentarse que toda reclamación de intereses del artículo 20 de la LCS tendría que haberse ventilado en el proceso contencioso-administrativo previo. Sí es admisible entablar ese proceso civil posterior para solicitar la condena de la compañía de seguros al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS, pues el artículo 1140 de la CC ya reconoce que solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones, de modo que no excluya la aplicación del artículo 20 de la LCS, que además en todo caso es ley especial. Parece arriesgado que quien no demande a la aseguradora, pudiendo no hacerlo y sin deber de hacerlo, y, por tanto, no vea sometida a examen jurisdiccional la cuestión acerca de los intereses del artículo 20 de la LCS en relación con la aseguradora, pierda ya la acción, con lesión del derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la CE, cuando el enjuiciamiento del artículo 20 de la LCS puede arrojar resultados distintos para Administración y

aseguradora, dado que los parámetros que deben ser aplicados no tienen por qué implicar reproche para ambas, pudiendo serlo únicamente para la compañía. Y en todo caso, dado que estamos ante una deuda solidaria, el único límite al enjuiciamiento sucesivo habrá de ser el que resulta del artículo 1144 del CC, que permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, y las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo, no pudiendo considerarse completo el cobro si pueden pender intereses.

El proceso contencioso-administrativo previo no excluye, por tanto, en los términos expuestos, el civil posterior en ejercicio de la acción directa del artículo 76 de la LCS, pero los hechos declarados probados en el primero debería considerarse que vinculan al segundo, por aplicación de la conocida doctrina del Tribunal Constitucional de que «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (STC 77/1983, de 3 de octubre, ECLI:ES:TC:1983:77, fundamento de derecho cuarto).

4.2. El proceso contencioso-administrativo simultáneo

Interpuesta reclamación de responsabilidad patrimonial en vía administrativa, hemos expuesto anteriormente que el ejercicio de la acción directa en vía civil contra la compañía de seguros ni paraliza el procedimiento administrativo en curso, de haberlo, ni tampoco interrumpe el plazo de prescripción de la acción administrativa.

Por lo tanto, pueden coexistir el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y el proceso civil de acción directa. Una vez concluido el procedimiento administrativo por acto expreso, o producido el silencio administrativo desestimatorio, podrá promoverse un recurso contencioso-administrativo que continúe discurriendo de manera simultánea a un proceso civil aún no finalizado.

La simultaneidad es posible porque entre ambos procesos no cabe hablar de litispendencia, ya que se sustancian ante órdenes jurisdiccionales distintos. Es esta una jurisprudencia reiterada por el Tribunal Constitucional, cuyo fundamento descansa en la afirmación de que no existe norma procesal que obligue a respetar la litispendencia entre los diversos órdenes jurisdiccionales. Entre otras resoluciones que la proclaman, podemos citar la STC 142/1995, de 3 de octubre (ROJ: STC 142/1995 - ECLI:ES:TC:1995:142), fundamento de derecho quinto, y STC 182/1994, de 20 de junio de 1994 (ROJ: STC 182/1994 - ECLI:ES:TC:1994:182), fundamento de derecho tercero.

Dictadas ambas sentencias, civil y contencioso-administrativa, dado que el derecho sustantivo aplicable es el mismo y que al menos la compañía de seguros tendrá pleno conocimiento de ambos pleitos (en uno, por ser demandada, en el otro bien por dirigirse también contra ella el suplico de la demanda, bien en todo caso como resultado del artículo 21.1.c

LJCA), lo previsible es que el resultado sea el mismo, sin perjuicio de la cuestión de los intereses del artículo 20 de la LCS. En caso de contradicción acerca de la existencia de responsabilidad administrativa o de la valoración del principal, y dado que la aseguradora no puede quedar obligada a más que su asegurada, habría de resolverse tal contradicción a través del régimen legal de recursos, siempre teniendo en cuenta que el pronunciamiento del órgano judicial civil en lo tocante a la responsabilidad administrativa es de mero carácter prejudicial, o *incidenter tantum*, no desplegando efectos fuera del propio proceso civil y que, en cuanto a los presupuestos fácticos, a pesar del distinto orden jurisdiccional, es doctrina del Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos de un mismo Estado.

4.3. El proceso contencioso-administrativo posterior

Tomando en consideración la duración media de un proceso civil en primera instancia en España y que la demanda civil de acción directa no interrumpe el plazo de ejercicio de la acción administrativa, podría parecer imposible la hipótesis de un proceso contencioso-administrativo posterior.

Sin embargo, en la práctica las Administraciones públicas no siempre dictan resolución expresa en los expedientes de responsabilidad patrimonial, sino que en ocasiones se produce el silencio administrativo. De acuerdo con el artículo 24.1 párrafo segundo de la LPA-CAP, el sentido de este silencio es negativo. Cuestión de la mayor importancia, porque ello supone que interin no se notifique la resolución administrativa expresa no corre plazo para interponer el recurso contencioso administrativo. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional; por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 52/2014, de 10 de abril (ROJ: STC 52/2014 - ECLI:ES:TC:2014:52), fundamento de derecho 5:

Con la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, recobró pleno vigor la regulación tradicional en nuestro Derecho según la cual el silencio negativo es una mera ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, pero que deja subsistente la obligación de la Administración de resolver expresamente (cfr. arts. 42 a 44 LPC según la redacción dada a los mismos por la Ley 4/1999 y, en particular, arts. 42.1, 43.1 y 43.4).

En suma, con arreglo a la nueva ordenación del silencio administrativo introducida por la Ley 4/1999 ya no tienen encaje en el concepto legal de «acto presunto» los supuestos en los que el ordenamiento jurídico determina el efecto desestimatorio de la solicitud formulada, pues en tales supuestos el ordenamiento excluye expresamente la constitución *ipso iure* de un acto administrativo de contenido denegatorio.

Los arts. 42 a 44 LPC fueron modificados por la Ley 4/1999 teniendo a la vista el régimen legal de impugnación de los «actos presuntos» establecido en el art. 46.1 LJCA, precepto que no fue derogado ni modificado con ocasión o como conse-

cuencia de dicha reforma. Por tanto, habida cuenta de que, primero, el inciso segundo del art. 46.1 LJCA que regula el plazo de impugnación del «acto presunto» subsiste inalterado; segundo, que tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (art. 43.2 LPC), ni un acto administrativo denominado «presunto» basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992, y tercero, que la Administración sigue estando obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido negativo del silencio (arts. 42.1 y 43.3.b LPC), el inciso segundo del art. 46.1 LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto. En otras palabras, se puede entender que, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA.

Por consiguiente, resulta posible que se tramite el proceso civil por todas sus instancias y el perjudicado aún tenga plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, bastándole haber interpuesto previamente la reclamación administrativa en tiempo y forma.

El proceso civil anterior puede haber estimado o desestimado la demanda, y en ninguno de los casos despliega efectos de cosa juzgada en otro orden jurisdiccional, así que no excluye el proceso contencioso-administrativo posterior.

Si la sentencia civil hubiese sido desestimatoria, no parece presentar mayor problema plantear de nuevo la responsabilidad administrativa en toda su extensión, así como solicitar el *quantum* indemnizatorio que se estime oportuno.

Recordemos que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha establecido recientemente que no existe vinculación cuantitativa entre la reclamación en vía administrativa y la posterior demanda contencioso-administrativa en los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Más en concreto, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2021 (ROJ: STS 332/2021 - ECLI:ES:TS:2021:332), fundamento de derecho cuarto: «Reclamada una indemnización en vía administrativa en evaluación de responsabilidad patrimonial, puede esta modificarse en su cuantía en vía judicial en cuanto responda a los mismos hechos y causa de pedir, sin incurrir por ello en desviación procesal». Por lo tanto, si lo pedido en vía administrativa, con la cual el posterior proceso contencioso-administrativo se sitúa en línea de continuidad, no vincula, entendemos que tampoco habrá de vincular desde ese punto de vista cuantitativo lo pedido en vía civil en caso de proceso civil previo.

Un caso particular, y que podría representar un supuesto claro de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo posterior, se daría cuando en la previa condena civil se hubiese apreciado una cláusula de franquicia, de modo que la compañía de seguros no resulta condenada al total de lo que se valora como importe del daño, sino con descuento del porcentaje o suma a que asciende dicha franquicia. Declarada la responsabilidad y

establecida su cuantificación, dado que la Administración no habría podido ser condenada al importe franquiciado en el proceso civil por no participar en él o hacerlo como mero interviniente voluntario, se haría preciso el proceso contencioso-administrativo posterior.

Recordemos que cabe proceso posterior mientras el crédito no sea satisfecho en su integridad, según el artículo 1144 del CC.

5. Conclusiones

1. La reforma introducida en la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no supuso el fin del peregrinaje de jurisdicciones. En lo que aquí nos interesa, al no establecer como obligatorio demandar conjuntamente a la compañía de seguros junto con la Administración asegurada en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial permitió que se pudiera entablar un pleito autónomo, separado, contra dicha compañía, en ejercicio legítimo de la acción directa.

2. La existencia de ese proceso civil requiere ante todo que la demanda se interponga única y exclusivamente contra la aseguradora, porque si fuere conjunta contra la Administración, entonces sí sería competencia del orden contencioso-administrativo ex artículo 9.4 de la LOPJ.

3. La Administración asegurada puede acceder al proceso civil como interviniente, pero su intervención no supone que la competencia se devuelva al orden contencioso-administrativo.

4. No obstante la atribución de competencia al orden civil, para determinar si se ha producido un supuesto de responsabilidad administrativa, sin cuya prueba no puede obtenerse la condena de la aseguradora, se deberá aplicar, como derecho sustantivo, el derecho administrativo.

5. Este proceso civil del que venimos hablando no impide la existencia de proceso contencioso-administrativo contra la Administración. No existe litispendencia entre distintos órdenes jurisdiccionales.

6. Esa misma falta de litispendencia entre jurisdicciones supone que ni el ejercicio de la acción civil interrumpe el plazo de ejercicio de la acción administrativa ni a la inversa, de manera que si el justiciable tuviese voluntad de provocar ambas litis debe cuidarse de que no le prescriba ni caduque ningún plazo.

7. En virtud del principio de reparación integral y atemperado con el de enriquecimiento injusto, si se alcanzaren dos sentencias estimatorias, en todo caso deberán tenerse ambas en cuenta, de manera que en ningún caso se obtenga una indemnización total superior a los daños acreditados.

8. El ejercicio de la acción directa, en resumen y ya como colofón, permite entablar un proceso contra la compañía aseguradora de la Administración pública en el que obtener la indemnización que corresponda por un supuesto de responsabilidad administrativa. Si bien el derecho sustantivo aplicable sigue siendo el administrativo, el actor se ve relevado de la carga de agotar la vía administrativa previa, de manera que tiene acceso directo a la Administración de justicia desde un primer momento. Asimismo, en el proceso civil existen mayores posibilidades de que se apliquen los intereses del artículo 20 de la LCS, de manera que la indemnización que se pudiese obtener podría ser más cuantiosa.

Por todo lo cual, considera el autor que la decisión de ejercer acción directa contra la aseguradora presenta notables ventajas frente al más lento procedimiento administrativo y posterior proceso contencioso-administrativo.

Referencias bibliográficas

- Alegre Ávila, J. M. (2005). El aseguramiento de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración pública: procedimiento y jurisdicción. *Derecho y Salud*, 13(1), 1-8.
- Ángel Yágüez, R. de. (2002). Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración Pública: jurisdicción competente. *La Ley*, 4, 1.941-1.948.
- Chaves García, J. R. (2017). La puñalada del plazo de prescripción en la responsabilidad patrimonial. <https://delajusticia.com/2017/02/23/la-punalada-del-plazo-de-prescripcion-en-la-responsabilidad-patrimonial/>
- Chaves García, J. R. (2019). La Sala Civil del Supremo recorta la acción directa contra la aseguradora de la administración sanitaria. <https://delajusticia.com/2019/06/24/la-sala-civil-del-supremo-recorta-la-accion-directa-contra-la-aseguradora-de-la-administracion-sanitaria/>
- Chaves García, J. R. y Galindo Gil, M. D. (2015). Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo. *El Consultor de los Ayuntamientos*, pp. 306-307.
- Gascón Inchausti, F. (2020). Derecho procesal civil. Materiales para el estudio. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/56973/1/Derecho%20Procesal%20Civil%20-%20Fernando%20Gascon%20Inchausti%20-%20202019.pdf>, páginas 172-174
- Gómez Ligüerre, C. (2001). Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-5.
- Gómez Ligüerre, C. (2019). *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*. Marcial Pons (pp. 205-218).
- González Pérez, J. (2012). *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. (6.^a ed.). Civitas Thomson Reuters.
- Laguna de Paz, J. C. (2019). La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.



Revista Española de Derecho Administrativo, 196, 31-69.

López y García de la Serrana, J. (2005). La acción directa contra la aseguradora de la Administración. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 14, pp. 26-30.

Rossell Garau, M. (2017). La acción directa contra la aseguradora de la Administración existiendo resolución administrativa previa en materia de responsabilidad. <https://www.bufetebuades.com/accion-directa-contra-aseguradora-administracion/>

Salas Darrocha, J. T. (2004). Responsabilidad patrimonial de la Administración y nuevo peregrinaje de jurisdicciones. *Actualidad Administrativa*, 8, 901-913.

Soto Nieto, F. (2010). Responsabilidad patrimonial de la Administración pública: existencia de aseguradora, jurisdicción, competencia. *La Ley*, 7490, 1-8.

Tapia Hermida, A. J. (2019). Seguro de responsabilidad civil sanitaria. Acción directa del perjudicado en el «cruce de caminos» de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Sentencia núm. 321/2019, de 5 de junio, del Tribunal Supremo. <http://ajtapia.com/2019/09/seguro-de-responsabilidad-civil-sanitaria-accion-directa-del-perjudicado-en-el-cruce-de-caminos-de-la-jurisdiccion-civil-y-contencioso-administrativa-sentencia-num-321-2019-de-5-d/>

Litisconsorcio pasivo. Desahucio por precario

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

El 20 de enero de 2006, don Lorenzo y doña Clara y La Caixa (después, Caixabank) celebraron un contrato de crédito con garantía hipotecaria sobre la vivienda de propiedad de los citados, sita en Madrid, calle 000 núm. 001, que habían adquirido en la misma fecha con carácter ganancial.

Ante el impago de diversas cuotas de aquel crédito, Caixabank presentó demanda de ejecución hipotecaria sobre la finca objeto de la garantía, finca que, tras la celebración de subasta judicial, fue adjudicada mediante decreto de 14 de mayo de 2013 a la ejecutante, quien cedió el remate a su participada BBB, SAU el 11 de junio siguiente. No consta la entrega de la posesión de la finca a la cesionaria conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC.

El 31 de mayo de 2018, BBB, SAU interpuso demanda de juicio verbal de desahucio contra los ignorados ocupantes de aquella vivienda, en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarase haber lugar al desahucio por precario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, en consecuencia, declaró haber lugar al desahucio por precario respecto al referido inmueble, y condenó a la demandada a desalojarlo, dejándolo libre de ocupantes, bajo apercibimiento, de no verificarlo, de proceder a su lanzamiento. Argumentó que de lo actuado se deduce que «la actora es dueña de la finca ocupada por los ignorados demandados, quienes carecen de título que justifique la ocupación del inmueble».

Don Lorenzo recurrió la sentencia y la Audiencia desestimó la apelación. En su sentencia desestimó la alegación del apelante sobre el litisconsorcio pasivo necesario con la siguiente fundamentación:

El litisconsorcio necesario parte de la existencia de un título jurídico que vincule a los litigantes, y cuya validez [sic] vigencia y eficacia deba deducirse necesariamente contra todos los demandados conjuntamente. Ese título no existe en este caso. Los demandados eran deudores hipotecarios de Caixabank, que ejecutó la hipoteca por impago, y en esa ejecución, la venta en pública subasta y adjudicación de la finca por el acreedor, conlleva la ineficacia del título del ejecutado; ya no es dueño de la finca. A partir de la adjudicación, el demandado es un precarista sin título alguno que malamente puede oponer el litisconsorcio: ni él ni su esposa son titulares conjuntos de un derecho de ocupación ilegal. Solo son poseedores de mala fe del artículo 433 del CC. En estas condiciones, el actor cesionario del remate es un tercero ajeno a los demandados con los que carece de relación jurídica alguna que les vincule o les hubiera vinculado en el pasado, y que puede mantener que los demandados son ocupantes de hecho de la vivienda sin título.

¿Es válida esta tesis de la Audiencia? ¿Deberían haber sido demandados los deudores hipotecarios, o debe entenderse que la demanda contra los «ignorados ocupantes» abarca a los deudores hipotecarios como demandados?

Cuestiones planteadas:

- Interpretación a dar a los «ignorados ocupantes» como demandados a efectos del litisconsorcio en un desahucio por precario, dimanante de una ejecución hipotecaria.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Con carácter general, el artículo 5.2 de la LEC prescribe que las pretensiones de la demanda se formulen ante el tribunal competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida. Y el artículo 12.2 de la LEC establece que:

Quando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Por tanto, cuando el objeto del juicio deba hacerse valer frente a varios sujetos conjuntamente, todos ellos habrán de ser demandados.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia 384/2015, de 30 de junio (NCJ060239), con cita de otras anteriores, declaró que para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario se exigen conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal;
- b) que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y
- c) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor.

Y añadió lo siguiente:

La característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa.

En el mismo sentido advertimos en la Sentencia 672/2017, de 15 de diciembre (NCJ063162), que salvo algunos casos en que el litisconsorcio viene impuesto legalmente, lo más habitual es que el litisconsorcio provenga de la relación de derecho material que se va a dirimir en el proceso, que es a lo que se refiere el precepto transcrito cuando habla de lo que sea objeto de juicio. En estos casos, el fundamento del litisconsorcio necesario hay que buscarlo en:

La inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico-materiales respecto de las cuales, independientemente de cuál haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerse frente a varias personas.

Así lo impone la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las partes de la que traiga causa el litigio, y el principio general de derecho que establece que nadie pueda ser condenado sin ser oído, hoy de rango constitucional en virtud del artículo 24.2 de la Constitución (Sentencia 898/2015, de 22 de noviembre).

En el caso, se ha decidido inaudita parte de doña Clara, que tiene un interés directo y no reflejo en la decisión. La vivienda a que se refiere la acción de desahucio ejercitada en este procedimiento fue adquirida por los cónyuges don Lorenzo y doña Clara, con carácter ganancial, por compra formalizada en escritura pública el 20 de enero de 2006. Esta finca fue hipotecada a favor de Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (después, Caixabank) en garantía de un préstamo hipotecario que resultó impagado, lo que provocó su realiza-

ción forzosa en procedimiento de ejecución hipotecario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid. En este procedimiento recayó decreto de 14 de mayo de 2013, por el que se aprobaba el remate de la finca a favor de CaixaBank, que a su vez cedió el remate a BBB, SAU. La cesionaria no instó la entrega de la posesión por el cauce del artículo 675 de la LEC y, en su lugar, el 31 de mayo de 2018 formuló demanda de desahucio por precario. Durante el periodo intermedio entre la aprobación del remate y la presentación de la demanda, los señores Lorenzo y Clara han continuado pagando los gastos de la comunidad de propietarios a la que pertenece la vivienda de la que son ocupantes (comunidad de la que forma parte la demandante como propietaria de esa vivienda).

Una abundante jurisprudencia ha definido el precario como:

Una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.

Existe el precario:

- a) cuando hay una situación de tolerancia sin título;
- b) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente,
- c) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario.

Por tanto, como declaramos en la Sentencia 691/2020, de 21 de diciembre (NCJ065240), la institución del precario:

No se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente [...] sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor.

En el presente caso, no es objeto de controversia el título de propiedad del demandante, ni la correlativa pérdida del dominio de los demandados sobre la vivienda, como consecuencia de su transmisión forzosa derivada del procedimiento de ejecución hipotecaria. Sin embargo, en las instancias se alegó por la parte demandada el derecho de uso que le correspondería sobre la misma vivienda ejecutada en virtud de la suspensión de los lanzamientos regulada en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificada por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo.

Sobre la naturaleza jurídica del derecho a mantener la ocupación de la vivienda durante ese periodo temporal, que para el deudor ejecutado resulta de la correlativa suspensión del derecho del adjudicatario a obtener la posesión del inmueble, se han sostenido distintas tesis. Como declaramos en la Sentencia 502/2021, de 7 de julio:

Esta suspensión constituye, por tanto, una medida procesal que afecta a la ejecución del lanzamiento de los ocupantes sin título (los propietarios ejecutados perdieron el dominio de la finca como consecuencia de su adquisición por el adjudicatario en la subasta). En la medida en que el lanzamiento queda en suspenso, se suspende también correlativamente el derecho del adjudicatario de obtener la posesión del inmueble (no se genera una situación de «copesión») y, en consecuencia, el ejecutado conserva durante ese tiempo el uso o disfrute de la posesión inmediata de la vivienda. No constituye una situación meramente tolerada por el adjudicatario, en la medida en que no tiene su fundamento en su consentimiento; la situación posesoria se mantiene temporalmente a favor del ejecutado aun sin o incluso contra la voluntad del adjudicatario, que tiene el deber jurídico de soportarlo. No se trata de un «mero o simple hecho de poseer (art. 5 de la LH).

En ambos casos era un interés directo y no reflejo, derivado de la misma y única relación jurídico-material, que constituía objeto del litigio, pues en el juicio de desahucio por precario, el éxito de la acción depende, entre otros extremos, de «la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho». El artículo 399 de la LEC exige que en la demanda se consignen los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado (o demandados). Por su parte, el artículo 166.1 de la LEC sanciona con nulidad «los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión», si bien en su párrafo segundo convalida la eficacia de tales actos «cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal».

La demandante pretende ampararse en el artículo 437 de la LEC que, al referirse a los datos que deben consignarse en la demanda, alude a «los datos y circunstancias de identificación del actor y demandado», sin exigir sus nombres y apellidos. Y, a tal efecto, argumenta:

La gran dificultad que entraña la tarea de llegar a conocer las circunstancias personales de quienes ocupan sin título [...] viviendas, edificios o locales ajenos sin que se pueda exigir que el demandante dirija su acción contra todas las personas que hayan podido ocupar la vivienda en un momento determinado.

Y añade que únicamente cabría exigir a la demandante «la precisión de la demandada por la única información de que podría disponer en aquel momento» y que «la vinculación con el objeto del proceso permite determinar contra qué personas se dirige la acción».

Estos argumentos resultan inanes en un caso como el presente, en el que la demandante, cesionaria del remate y participada íntegramente por la acreedora adjudicataria en el procedimiento de ejecución hipotecaria, seguido conjuntamente contra don Lorenzo y su cónyuge doña Clara, conocía o debía conocer por su participación en aquel procedimiento quiénes eran los deudores ejecutados, que además han venido pagando las cuotas de comunidad de la vivienda que han seguido ocupando. La demandante no podía ignorar razonablemente estos datos aplicando una mínima diligencia.

Por tanto, la omisión en la demanda de los datos identificativos de doña Clara y su sustitución por la genérica mención de «ignorados ocupantes» constituye un defecto procesal que, además, no permite tener por subsanada la infracción derivada de la falta de apreciación en las instancias del litisconsorcio pasivo necesario, que constituye un presupuesto procesal de orden público (Sentencia 77/1986, de 12 de junio, que puede ser estimado, incluso de oficio, en cualquiera de las fases del procedimiento).

Como afirma la Sentencia 664/2012, de 23 de noviembre:

De concurrir el defecto, no precluye la posibilidad de que sea apreciado, incluso de oficio en fase de casación, pues al ser una cuestión de orden público, la defectuosa constitución de la relación procesal impide la decisión sobre el fondo del litigio (Sentencia 400/2012, de 12 de junio, entre otras).

Todo ello en relación con el deber que pesa sobre los órganos judiciales de velar por la correcta constitución de la relación jurídica procesal, a fin de garantizar el derecho a la defensa de quienes sean o puedan ser parte en dicho proceso y, muy en particular, la inexcusable observancia del principio de contradicción, sobre el que se erige el derecho a ser oído.

Al no haber tenido doña Clara la oportunidad de haber sido oída en el procedimiento, porque la demanda no se dirigió contra ella, como era preceptivo, hay que declarar la nulidad de la sentencia. En supuestos como el presente, en el que se ha llegado a la fase de sentencia, en ambas instancias se ha de facilitar la subsanación de la omisión de audiencia y contradicción mediante la retroacción de las actuaciones. Para que así sea, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de retrotraer las actuaciones al momento procesal de la audiencia previa (en el caso de los juicios verbales, al momento del acto del juicio), para, mediante el emplazamiento de los que debieron intervenir, subsanar el defecto (Sentencia de 28 de junio de 2012). En virtud de lo expuesto, procede retrotraer las actuaciones a la fase del acto del juicio para, con estimación del litisconsorcio, proceder por el juzgado conforme a derecho (arts. 443.2 y 420.3 de la LEC), en el entendimiento de que, si se ampliase subjetivamente la demanda, será sin perjuicio de mantener la validez de los actos independientes de aquel procedimiento o cuyo contenido no pudiere haber sido distinto en caso de no haberse cometido la infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 230 de la LEC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24.
- Ley 1/2000 (enjuiciamiento civil), arts. 5.2, 12.2, 166.1, 230, 399, 420.3, 437, 443.2 y 675.
- SSTS de 30 de junio y 22 de noviembre de 2015, 28 de febrero y 15 de diciembre de 2017 y 21 de diciembre de 2020.

Derecho al honor e imputación de delito a fallecido

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Durante una rueda de prensa de campaña preelectoral, unos cargos públicos manifiestan que una persona que pretendía presentarse a las elecciones había sido violada por otra ya fallecida. Este fallecimiento fue consecuencia de un disparo por parte del novio de la supuesta víctima, siendo condenados ambos por delito de asesinato. Esos hechos fueron difundidos de manera similar por otra persona posteriormente. El hermano del fallecido emprendió acciones legales, debido a lo manifestado por esos cargos públicos, para proteger el derecho al honor del fallecido, presentando la oportuna demanda y solicitando una indemnización. Además, al actor la difusión de tales hechos le produjeron daños morales, viéndose obligado a cambiar de trabajo y alterando otras actividades que realizaba diariamente.

Los demandados, por otro lado, alegaban la falta de legitimación del actor, así como la inexistencia de tal vulneración amparados en el reportaje neutral, al haber sido difundida la noticia por varios medios de comunicación escrita, que inicialmente había sido divulgada por un solo periódico de ámbito nacional.

Cuestiones planteadas:

1. El derecho al honor y la legitimación para el ejercicio de la acción.
2. Colisión entre derecho al honor y libertad de expresión o de información.
3. Indemnización.

Solución

1. En los procedimientos en los que se persigue la protección del derecho al honor frente a las manifestaciones de terceros, cuando se trata del derecho al honor de un fallecido se puede alegar la falta de legitimación del actor, pero también la defensa de la libertad de expresión o del derecho a la información frente a la vulneración del mencionado derecho al honor.

En relación con la legitimación activa del hermano del fallecido para iniciar el procedimiento de vulneración del derecho fundamental al honor, que recoge el artículo 18 de la Constitución, debe indicarse que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 dispone que el ejercicio de las acciones de protección del honor de una persona fallecida corresponde a quien este haya designado a tal efecto en su testamento. No existiendo designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento.

Por tanto, si falta testamento, no parece que deba iniciarse ningún procedimiento de declaración de herederos abintestato, pudiendo ser acreditada la legitimación activa por cualquier medio de prueba admitido en derecho, entre ellos las presunciones judiciales a que se refiere el artículo 386 de la LEC, que precisa que la conclusión deducida del hecho probado sea lógica y posible como ha destacado el Tribunal Supremo en STS de 8 de abril de 2015 y de 27 de marzo de 2017, entre otras.

Es perfectamente razonable y lógico, dada la fecha en que falleció y la forma en que se produjo dicho fallecimiento, que no hubiera otorgado testamento, y por tanto que la defensa de su derecho al honor sea realizada por su hermano.

2. Uno de los aspectos que de manera frecuente se revela en este tipo de procedimientos es la colisión que tiene lugar entre el derecho al honor y la libertad de expresión y la libertad de información. La colisión se genera por la alegación frente a la vulneración del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o la libertad de información, si bien este tiene relación con los profesionales de la información, y que en el caso que se propone no tiene

aplicación, porque lo que hacen los medios periodísticos es trasladar a la opinión pública lo manifestado por los demandados tal como se produjo, sin adiciones, es decir, plasman las manifestaciones realizadas al margen de cualquier otra consideración por el interés público, teniendo en cuenta que se daba en un periodo electoral y sobre unas personas que tenían relación con ese debate.

Sobre el concepto del derecho al honor, recogido en el artículo 18.1 de la Constitución española y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se pronuncia, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2014, recogiendo la jurisprudencia de la propia sala y la doctrina del Tribunal Constitucional, definiéndolo negativamente al considerar que hay intromisión ilegítima por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Doctrinalmente, el derecho al honor se ha definido como la dignidad personal, reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, es decir, que es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto personal como íntima convicción, como en un aspecto externo como valoración social. El Tribunal Supremo indica que constitucionalmente el honor integra un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; este derecho protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STS de 24 de septiembre de 2014 [NCJ058728] y STC de 3 de julio de 2006 [NCJ041158]).

En relación con la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional indica que tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (STC de 26 de febrero de 2001 [NCJ051634] y de 6 de septiembre de 2018 [NSJ058917], entre otras).

El conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor tiene un ámbito de actuación claro. En este sentido, debe distinguirse la actuación procesal de un letrado que, en el ejercicio de sus funciones de defensa de la parte respecto, que tiene su dirección técnica, realiza manifestaciones más o menos desafortunadas sobre la conducta intencional y, sin base ni prueba alguna, presenta un escrito con graves imputaciones de aquella actuación procesal en la que, en el ejercicio de su función letrada, puede realizar determinadas afirmaciones pero despojadas de la gravedad que tienen las mencionadas anteriormente.

El derecho a la libertad de expresión que recoge el artículo 20 de la Constitución se extiende a la actividad profesional del letrado como manifestación del derecho a la tutela ju-

dicial efectiva. Sin embargo, dicha protección no puede amparar cualquier manifestación que se realice en el ejercicio de su profesión, y en esos casos podría suponer también una vulneración del derecho al honor.

Por tanto, si bien es cierto que el artículo 20 de la Constitución española protege los derechos a la libertad de expresión e información, no lo es menos que tales derechos no pueden ejercerse de manera absoluta e incondicional, ya que el número 4 de dicho precepto establece que esas libertades tienen su límite cuando colisionan con los derechos garantizados en el artículo 18, título V, del texto constitucional, es decir, con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En relación con la colisión entre el derecho fundamental al honor de un lado y los de libertad de información y expresión de otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se manifiesta en las siguientes directrices:

- a) La delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso, debiendo ser llevada la tarea de ponderación teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.º.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indudablemente unida al pluralismo político dentro de un estado democrático siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general en razón a las materias a que se refieren y por las personas que intervienen.
- b) Cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes protegidos constitucionalmente es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo de esa forma se puede justificar la exigencia de que se asuman las perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, residiendo en tal criterio el elemento final de valoración para dirimir el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte y la libertad de información de otra.
- c) La libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que le hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento (SSTC de 23 de marzo y de 26 de junio de 1987 y de 14 de febrero y 30 marzo de 1992).
- d) La regla de la veracidad exigida en la jurisprudencia constitucional se viene matizando en el sentido de que los hechos o expresiones contenidas en la información no se exige que sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad,

en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de la información (STC 172/1990, de 12 noviembre).

Todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución, en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Las limitaciones de nuestro texto constitucional van de la mano con las establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950), que establece que el derecho a la libertad de expresión e información podrá ser sometido a ciertas restricciones, como es la de la protección de la reputación o la de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

Sin embargo, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,
- b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que, sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero, como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, como anteriormente se indicó, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia– como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia–, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración» actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sea de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con la que ha venido y viene manteniendo el Tribunal Supremo en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o

fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido sea interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí que no pueda hacerse abstracción en absoluto del elemento intencional de la noticia.

Estas consideraciones permiten extraer la conclusión inicial de que en la colisión apuntada entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y los también fundamentales de libertad de expresión e información debe, en principio, concederse preferencia a los segundos sobre los primeros, especialmente cuando la persona afectada por la información ostenta, como acontece con el recurrente, el carácter de persona pública en función del cargo que desempeñaba, pues, en tales casos, la protección a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 de la Constitución debe ceder, en una mayor medida, frente a los reconocidos en los apartados a) y d) de su artículo 20.1. Así se decía, entre otras sentencias, en la de 30 de diciembre de 1991:

El derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones de interés general [...] siempre que las opiniones o frases no revelen zafiedad, tosquedad o grosería.

Y en este orden de cosas conviene recordar, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, que el derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, al ser un valor referible a personas individualmente consideradas, lo que hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador, pero que no son equiparables con el honor. Por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión, debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde al honor.

En el presente caso, es evidente que no podemos estar en presencia de un reportaje neutral, pues este se refiere a la actuación del medio de comunicación que expone unos hechos, elementos o datos. La información emitida por el medio de comunicación en el caso que se propone no tiene nada que ver con el hecho que determina la presentación de la demanda sobre vulneración del derecho al honor. En el texto del caso se destaca que las expresiones se emiten por personas concretas en unos momentos determinados y de las que se hacen eco los medios de comunicación, es decir, los medios transmiten la noticia a la opinión pública, pero quienes realizan las manifestaciones son las personas que revelan los datos referidos a la violación de la persona fallecida.

Además, se está en presencia de personas que realizan funciones de carácter público, que realizan unas manifestaciones en el marco de una campaña electoral y en referencia a una persona fallecida en relación con una presunta violación de hacía muchos años, y que finalizó con su fallecimiento. Esta manifestación se realiza ante medios de comunicación y es razonable que esas declaraciones se trasladen a la opinión pública por los propios medios de comunicación.

Por otro lado, el ofendido fallecido tampoco realizaba funciones públicas, sino que era una persona normal, desconocida para el resto de la población y que vio afectada su reputación al ser manifestado públicamente que era un violador, lo que incuestionablemente afectaba a su honor, y cuyo restablecimiento no podía realizar él, ya que falleció el mismo día en que ocurrieron esos hechos, y solo sus familiares pueden realizar tal defensa, en este caso su hermano.

Los hechos encajarían en el artículo 7.7 de la ley orgánica, que dispone que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

De todo lo expuesto se desprende que nos hallamos ante una vulneración del derecho al honor de la persona fallecida, que de acuerdo con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y que la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará de acuerdo con las circunstancias del caso y de la gravedad de la lesión efectivamente producida.

En el caso que se propone, la vulneración del derecho al honor se produce por la atribución o imputación al fallecido de un delito tan reprobable socialmente como es el de violación. A ello ha de unirse que tuvo una gran difusión mediática y la consideración de que las personas que divulgaron públicamente esos hechos ejercían de cargo público, produciéndose dicha divulgación en una rueda de prensa, lo que debe determinar la atribución de la indemnización correspondiente teniendo en consideración todas las circunstancias, entre ellas la difusión mediática de que el fallecido había cometido una violación.

En conclusión, la demanda presentada debería prosperar y los demandados deberían ser condenados por vulneración del derecho al honor del fallecido a la indemnización correspondiente, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y su difusión.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18, 20 a) y d), 24.1 y 25.1.
- Ley Orgánica 1/1982 (protección del derecho fundamental al honor a la intimidad y a la propia imagen), arts. 4, 7.7 y 9.3.

- Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10.
- SSTS de 30 de septiembre de 1991, de 21 de marzo de 2014, de 24 de septiembre de 2014, de 8 de abril de 2015, de 27 de marzo de 2017 y de 16 de noviembre de 2021.
- SSTC de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, de 12 de noviembre de 1990, de 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, de 26 de marzo de 2001, de 3 de julio de 2006 y de 6 de septiembre de 2018.

Administración local y sesiones municipales. Contratación administrativa

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

En el municipio, de régimen ordinario y que cuenta con 2.900 habitantes, es de significar lo siguiente:

1. Que se había fijado por el alcalde la celebración de la sesión ordinaria correspondiente, los sábados a las 19 horas, cada tres meses.

En el mes de marzo, que correspondía la celebración de la sesión el tercer sábado de dicho mes, a la referida hora, el alcalde, dado que el día interior a la sesión va a ser intervenido quirúrgicamente y que, habiendo solicitado al hospital público el cambio de día no se le había otorgado, convocó el día 12 de marzo la sesión ordinaria para el cuarto sábado del mes de marzo. Dicha convocatoria fue notificada el día 13 de marzo a todos los concejales.

Los concejales A y B, del grupo de la oposición impugnan esta decisión, en primer lugar, porque no era competencia del alcalde acordar la modificación y, en segundo lugar, porque el día y hora de celebración se había hecho constar en el reglamento orgánico del municipio, votando el alcalde favorablemente a ello, por lo que, solo mediante modificación del mismo, era posible alterar la fecha de celebración de la sesión plenaria ordinaria.

2. El alcalde ha celebrado varios contratos a lo largo de ese año para la adquisición de material de uso diario (papel, folios, bolígrafos, etc.). Los contratos los había realizado con el mismo contratista, de forma directa, a través de cuatro contratos menores, por importe, respectivamente, de 3.000, 4.000 y 3.500 euros. El grupo de la oposición se plantea el ajuste a derecho de tal forma de contratación.

3. Se ha celebrado un contrato para la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable, por un periodo de seis años con una empresa del ramo, a través del procedimiento abreviado simplificado, siendo el precio de adjudicación de 95.000 euros. Los mismos se abonarán, 15.000 euros a través de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias que pagarán los usuarios, y 80.000 por el ayuntamiento.

Iniciada la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria fue sancionada, con carácter firme, por una infracción muy grave medioambiental. Ante ello el órgano de contratación pone en marcha el procedimiento de revisión de oficio del contrato.

En un momento dado, antes de la ejecución del contrato, el contratista solicita información al órgano de contratación sobre la titularidad catastral de las parcelas del municipio donde se encuentran ubicadas varias viviendas.

4. El ayuntamiento, ante la dudosa y protestada titularidad de un bien patrimonial, pese a que aparece inscrito en el inventario, por parte del colindante de la parcela que, de forma continuada, ha dirigido sucesivos escritos a la corporación reivindicando su propiedad, decide incoar el procedimiento de investigación para aclarar, de forma definitiva, su titularidad. Al año y 11 meses del inicio del procedimiento, nada se ha notificado al titular de la parcela colindante. Ante ello, acude a la vía contencioso-administrativa.
5. El ayuntamiento, en concreto la secretaría-intervención, se encuentra colapsado por el trabajo pendientes de realizar, debido a que, durante los últimos meses, ha estado vacante el puesto de la secretaría, reduciéndose el trabajo a lo más urgente y quedando a la espera de la cobertura de la plaza para el resto de cuestiones. Ante ello, se propone al alcalde que atribuya, de forma temporal, la elaboración de informes relacionados con el levantamiento de reparo realizados por la secretaría-intervención a un funcionario del subgrupo C1.
6. Se celebraron, por el sistema de libre oposición, las pruebas para el acceso a funcionario de la propia corporación, en concreto, una plaza de administrativo y otra de auxiliar. Finalizadas las mismas, y en el plazo dado por la corporación para presentar la documentación a los aprobados, dos vecinos del municipio solicitan, por escrito, que se les permita el acceso a la documentación relativa por los aprobados.
7. La última sesión plenaria fue grabada, con autorización del alcalde, con la finalidad exclusiva de uso interno para los miembros de la corporación. La grabación se acabó difundiendo a través de internet. En la misma, entre el público, se encontraba una persona que ha solicitado al alcalde, por escrito, que adopte las medidas oportunas para que se retire dicha grabación.
8. Un vecino pide al alcalde copia del acta de una sesión del pleno en la que se adoptó un acuerdo que afecta a la empresa en la que trabaja. ¿Se puede entregar el acta o hay que expurgar los datos?

Cuestiones planteadas:

1. Conteste de forma motivada a los argumentos utilizados por los concejales en el recurso contra la decisión del alcalde de cambiar el día de la sesión plenaria y cuantas circunstancias estime contrarias al ordenamiento jurídico en el relato de hechos.
2. ¿Resultan ajustadas a derecho las contrataciones realizadas por el alcalde? Indique los documentos que debe contener el expediente de contratación en esos contratos, el órgano encargado de la supervisión y la publicidad de los mismos.
3. Indique la naturaleza jurídica del contrato a que se refiere el relato de hechos en su punto 3 y si resulta ajustado a derecho lo realizado por el ayuntamiento y el expediente de revisión de oficio del contrato.
4. ¿Debe accederse a la petición del contratista que solicita información al órgano de contratación sobre la titularidad catastral de las parcelas del municipio donde se encuentran ubicadas varias viviendas?
5. Comente, desde la perspectiva jurídica, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el titular colindante.
6. ¿Resulta ajustado a derecho, de forma temporal, la elaboración de informes relacionados con el levantamiento de reparo realizados por la secretaría-intervención por un funcionario del subgrupo C1?
7. ¿Debe facilitarse la documentación solicitada por los dos vecinos relativa a los aprobados en la oposición?
8. Comente las circunstancias a que se refiere el punto 6 del relato de hechos y si debe accederse a lo solicitado o no.
9. ¿Qué informará la secretaría-intervención sobre la consulta del alcalde en el sentido de si se ha de acceder a lo solicitado por el vecino?

Solución

1. Conteste de forma motivada a los argumentos utilizados por los concejales en el recurso contra la decisión del alcalde de cambiar el día de la sesión plenaria y cuantas circunstancias estime contrarias al ordenamiento jurídico en el relato de hechos.

Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias preestablecidas, conforme al artículo 46.1 de la Ley 7/1985, RBRL. De acuerdo con

esta norma, el artículo 78 del Real Decreto 2568/1986, de 28 noviembre, de organización, régimen jurídico y funcionamiento de las entidades locales (ROF), declara que son sesiones ordinarias aquellas cuya periodicidad esté establecida.

Este acuerdo, fijando el régimen de sesiones, es uno de los primeros que deben adoptarse a cada cambio de corporación, si el reglamento orgánico municipal no lo tiene ya establecido.

Conforme al artículo 78.1 del ROF (en el mismo sentido el artículo 38 a), el alcalde, dentro de los 30 días siguientes al de la sesión constitutiva, deberá convocar sesión extraordinaria del pleno para determinar el régimen de sesiones.

La ley permite que cada corporación establezca su propia regulación respecto al día y hora. Tan solo señala la obligatoriedad, como mínimo, en que debe celebrarse ese tipo de sesión, correspondiendo al municipio a que se refiere el caso la celebración de una sesión al menos cada tres meses (aunque no haya asuntos a tratar, como ha significado el Tribunal Supremo de sentencia de 5 de junio de 1987).

Como se deduce de lo que acabamos de indicar, el órgano competente para decidir el día y hora de celebración de la sesión ordinaria es el pleno del ayuntamiento y no el alcalde, bien en la sesión extraordinaria celebrada a los 30 días de la sesión constitutiva, o bien porque lo fijara el reglamento orgánico municipal, como hace constar el caso, por lo que esta decisión del alcalde constituye un vicio de nulidad absoluta, contemplado en el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, LPAC, al ser órgano manifiestamente incompetente, en principio, por razón de la materia.

Por otra parte, no cabía la delegación del pleno en el alcalde para esta competencia, toda vez que es propia de reglamento orgánico municipal, que tiene el valor de disposición general, por lo que la delegación vendría prohibida por el artículo 9 de la Ley 40/2015.

Con respecto al cambio decretado por el alcalde, debemos señalar que, en circunstancias excepcionales, puede modificarse puntualmente el día y hora establecidos, siempre que lo haga el órgano competente para convocarla con la suficiente antelación y su finalidad no sea otra que permitir la asistencia de todos los miembros de la corporación. En este caso, recordamos que la causa era la intervención quirúrgica del alcalde, que no había podido cambiar de fecha. Ese cambio no supone nulidad y ni siquiera alterar el carácter ordinario de la sesión. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de enero de 1999 señala que

hemos de concluir que por sí misma la alteración de la fecha y hora de la celebración de la sesión ordinaria no supone la nulidad radical del acto, ya que la convocatoria se efectuó por el órgano competente, con la antelación legalmente prevista a estos efectos de que pudieran asistir los miembros de la corporación, se señaló un orden

del día y el recurrente no sufrió indefensión, ya que tuvo sobrado conocimiento de la cuestión. En consecuencia, se declara ajustada a derecho la citada sesión.

En el presente caso, la convocatoria de la sesión se realizó el día 12 de marzo y la sesión plenaria iba a celebrarse el último sábado de dicho mes, con lo que se anunció con suficiente antelación la modificación y, en principio, no se acredita que se produjera ninguna indefensión a los recurrentes, más bien todo lo contrario, puesto que dispusieron de más tiempo para el estudio de los asuntos que iban a tratarse en la referida sesión.

2. ¿Resultan ajustadas a derecho las contrataciones realizadas por el alcalde? Indique los documentos que debe contener el expediente de contratación en esos contratos, el órgano encargado de la supervisión y la publicidad de los mismos.

Se trata de la realización de varios contratos menores celebrados a lo largo del año con el mismo contratista. Desde el punto de vista de la competencia para celebrar los contratos, no ofrece duda alguna de que la tiene el alcalde, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP).

Respecto a los mismos, la regla general establecida en el artículo 118.1 LCSP es que los contratos menores del sector público son la forma con que pueden contratarse las obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y los contratos de suministro o de valor estimado inferior a 15.000 euros. Son cuantías mínimas, es decir, las comunidades autónomas pueden imponer mayores exigencias (disp. final primera LCSP).

Los contratos menores del sector público no pueden tener una duración superior a un año ni prorrogarse (art. 29.8 LCSP). Esto obliga al órgano de contratación a ser muy diligente en la previsión y control de las contrataciones que deben realizarse.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, podrán adjudicarse estos contratos menores directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131 LCSP).

Y respecto a los documentos que integran el expediente de los contratos menores, según el artículo 118 de la LCSP, el expediente debe contener como mínimo los siguientes documentos:

1. Informe motivado del órgano de contratación. Este informe debe contener la necesidad del contrato y, además, la justificación, primero, de que no se está fraccionando el objeto del contrato, y segundo, que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los importes límites

del contrato menor. Este límite no es de aplicación en los contratos menores, que solo pueden ser encomendados a un empresario determinado (art. 118.3 LCSP).

2. La aprobación del gasto.
3. La incorporación de la factura.
4. En el contrato menor de obras deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, el proyecto cuando así se requiera y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (art. 118.2 LCSP) (no tiene carácter de básico según la disposición final primera LCSP). No es el caso.

En cuanto a quién debe supervisar los contratos, será el órgano de contratación el encargado de supervisar y justificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 118.3 de la LCSP.

En relación con la publicidad de los contratos menores del sector público, deben publicarse trimestralmente, indicando, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. No tienen la obligación de publicarse los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar (art. 118.4 y 63.4 LCSP).

Sí, es posible celebrar varios contratos menores, ocurrido en el presente caso, con un mismo contratista dentro del mismo ejercicio presupuestario, siempre que la suma de las cuantías de todos ellos no supere la cifra establecida para el contrato menor, es decir, que sea inferior a 15.000 euros.

El hecho de realizar varios contratos menores, siempre que se cumpla con el límite indicado, no tiene por qué suponer un fraccionamiento ilegal. En este sentido la Sindicatura de Comptes de la Comunidad Valenciana en la «Guía de fiscalización de la contratación», referida a la regulación de fraccionamiento de los contratos, mantiene que no deberá considerarse vetado por la ley el racionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad. En este sentido, se pronuncia también la junta consultiva de contratación administrativa, en su informe 69/2008, de 31 de marzo de 2009.

El artículo 101.4 de la LCSP señala que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan o la publicidad de los mismos.

Ahora bien, no parece unánime lo indicado anteriormente, pues se señala que la idea fundamental

es el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido

[...]

cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra, suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad, existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes, [o sea que] todas las prestaciones orientadas a la consecución de una misma finalidad deben dar lugar a una sola respuesta contractual y no a una multiplicidad de ellas (Informe 1/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

3. Indique la naturaleza jurídica del contrato a qué se refiere el relato de hechos en su punto 3 y si resulta ajustado a derecho lo realizado por el ayuntamiento y el expediente de revisión de oficio del contrato.

El problema que se plantea es responder a la cuestión de si estamos en presencia ante un contrato de concesión de servicios del artículo 15 de la LCSP o de un contrato de servicios del artículo 17, con independencia de la denominación que se le hubiere dado al mismo.

En general, si no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizada ni a cubrir los costes en que hubiere incurrido como consecuencia de la explotación del servicio, habrá de considerarse y calificarse el contrato de concesión de servicios.

Por el contrario, si se garantiza por el órgano de contratación, mediante un canon o precio, devengado de modo regular, con tal que insuficiente para cubrir la prestación tal y como ha sido diseñada, con independencia de la demanda del servicio por los particulares, estamos en presencia de un contrato de servicios, ya se trate de un servicio público, como es el caso al tratarse del suministro domiciliario de agua potable, o de un servicio interno, como por ejemplo el mantenimiento de los servicios de refrigeración de la casa consistorial.

Los efectos que se derivan de una u otra categoría no son baladí, pues la prestación de un servicio público habitualmente requiere de la colaboración financiera privada, con importantes costes de inversión a realizar por el adjudicatario, que la Administración soporta durante la ejecución del contrato, generalmente de varios años, requiriéndose de la fórmula concesional y, por ende, del traslado del riesgo operacional. Si no puede justificarse este último, el órgano de contratación debe calificar el contrato como de servicios.

En el presente supuesto, en el que el ayuntamiento le va a abonar 75.000 euros del total de 90.000 euros que supuso el precio de adjudicación del contrato, no cabe duda de que no opera ese traslado del riesgo operacional y el contrato de ser calificado como de servicios.

Si se trata de un contrato de servicios, lo primero que tenemos que significar es que, en principio, la duración no puede exceder de cinco años, salvo que, según el artículo 29 de la LCSP, se justifique otro más amplio en función del periodo de recuperación de las inversiones relevantes directamente relacionadas con el contrato –cosa que no sucede en este caso–. Por ello, no es ajustado a derecho el establecimiento de la duración del contrato como de seis años.

Por otro lado, para aplicar las reglas del procedimiento abierto simplificado del artículo 159 de la LCSP es preciso que el valor estimado no sea igual o superior a 100.000 euros, mientras que en este caso se tuvo en cuenta para aplicar dicho procedimiento el precio de adjudicación, y no el valor estimado que según el artículo 101 de la LCSP es el importe total pagadero, sin incluir el IVA, incluyendo cualquier opción eventual, las prórrogas y las modificaciones.

Es decir, el valor estimado debe entenderse como una estimación de todos los compromisos económicos que pueden derivar del contrato, puedan o no finalmente darse, como es el caso de cualquier opción, las prórrogas y las posibles modificaciones (IVA excluido).

Pero en este caso no tiene mayor importancia, porque el valor estimado será superior siempre al precio de adjudicación del contrato, que en este caso fue de 90.000 euros. Por ello, si el valor estimado fue igual o superior a 100.000 euros, el procedimiento abierto simplificado podría utilizarse. En caso contrario, si fuese inferior, no hubiera sido ajustado a derecho la utilización de este procedimiento, pudiendo estar en presencia de un vicio de nulidad absoluta contemplado en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, consistente en prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Con respecto al expediente de resolución del contrato puesto en marcha por el ayuntamiento al haber sido sancionado con carácter firme por infracción muy grave medioambiental la empresa contratista, debemos significar que esta causa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71.1 b) de la LCSP, es causa de prohibición para ser contratista, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39.1 a) es un supuesto de nulidad del contrato que debería provocar la revisión de oficio contemplada en el artículo 41.

Ahora bien, esto sería así si el contrato se hubiese adjudicado estando ya en causa de prohibición para ser contratista, pero no cuando la causa de prohibición se produce con carácter posterior a la adjudicación y cuando ya se ha iniciado la ejecución del contrato.

Lo único que podría hacer la Administración es resolver el contrato, pero siempre que concurra alguna causa general de resolución del artículo 111, o bien especial, referido al contrato de servicios, del artículo 194.

4. ¿Debe accederse a la petición del contratista que solicita información al órgano de contratación sobre la titularidad catastral de las parcelas del municipio donde se encuentran ubicadas varias viviendas?

La información correspondiente a la titularidad catastral de una parcela contiene datos de las personas físicas titulares, protegidos por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, por lo que la cesión de los mismos solo puede llevarse a cabo en caso de consentimiento del afectado (art. 6) o cuando lo prevea una norma de derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley y los tipos de datos objetos del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal (art. 8).

El Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario señala que la titularidad catastral constituye parte del contenido de la descripción catastral de los bienes inmuebles, correspondiendo su formación y mantenimiento en exclusiva al Estado (art. 4).

Las entidades locales no son responsables de la información catastral, debiendo autorizar para las finalidades que sí son de su competencia, como es la gestión del impuesto de bienes inmuebles y del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

De modo que cualquier solicitud de información catastral por un tercero al ayuntamiento, referida a datos protegidos y que no guarde relación con las competencias municipales para la utilización de dicha información, debe someterse al régimen jurídico de obligaciones y responsabilidades previsto en la normativa de protección de datos personales, tal y como dispone el Real Decreto 417/2006 por el que se desarrolla la Ley del catastro.

Por tanto, consideramos que la empresa concesionaria del servicio de suministro de agua potable debe dirigir su solicitud a la administración catastral, como competente para el tratamiento de los datos protegidos del catastro, y no al ayuntamiento, aunque este tenga acceso a dicha información, pues este acceso está limitado al ejercicio de sus competencias en materia de gestión tributaria.

También puede acceder para el ejercicio de otras competencias como, por ejemplo, identificar al titular, al objeto de tramitar un procedimiento disciplinario urbanístico, imponer órdenes de ejecución o determinar la relación de bienes y derechos a efectos expropiatorios.

También el abastecimiento de agua potable es una competencia propia municipal, como resultado del artículo 25.2 c) de la Ley 7/1985, por lo que nada impediría que el ayuntamiento utilizase la información catastral en relación con dicha competencia, siempre y cuando se dé cumplimiento a los principios de idoneidad y proporcionalidad.

Pues bien, la relación entre el ayuntamiento, como competente para el servicio de abastecimiento de agua potable, y la empresa concesionaria puede articularse con base en la figura del encargado del tratamiento que la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trata de datos personales o por cuenta del responsable del tratamiento. El encargado del tratamiento, a diferencia de lo que ocurre con la figura del responsable del tratamiento, no decide sobre el tratamiento de los datos personales.

Por todo ello, el ayuntamiento podrá autorizar dicho tratamiento a la empresa concesionaria, en su condición de encargada del tratamiento, de acuerdo con los principios de competencia, idoneidad y proporcionalidad.

5. Comente, desde la perspectiva jurídica, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el titular de la parcela colindante.

La potestad de investigación en materia de bienes de las corporaciones locales constituye la prerrogativa reconocida en el artículo 4.1 d) de la Ley 7/1985, RBRL, cuyo ejercicio está sometido un procedimiento minuciosamente regulado.

En general, los artículos 41.1 a) y 45 de la Ley 33/2003, de patrimonios de las Administraciones públicas, que tienen la condición de básicos, reconocen esta facultad.

Se pretende concretar la titularidad de un bien o derecho del que el ayuntamiento carece de título, aunque haya base, ya sea por la posesión o la inscripción en el inventario, para presumir la titularidad municipal. Es presupuesto previo, en su caso, a la recuperación de oficio.

Ahora bien, el Real Decreto 1372/1986, de 13 junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales no contiene procedimiento alguno al respecto, aunque sí aparece recogida la potestad en el artículo 44, y el artículo 46 hace referencia a las modalidades de iniciación del procedimiento.

Es obvio que se trata de un procedimiento administrativo con otro más, en el que resulta imprescindible el trámite de audiencia del interesado.

Respecto a la duración del mismo, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será el fijado por la norma reguladora de cada procedimiento, que no podrá exceder de seis meses, excepto si una ley o la normativa comunitaria señalan otro mayor. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo de notificación, este será de tres meses.

En el caso concreto, resulta de aplicación el artículo 47 e) de la LPAP, que señala que si el expediente de investigación no fuese resuelto en el plazo de dos años, el órgano ins-

tructor acordará sin más trámite el archivo de las actuaciones. Es cierto que este precepto no tiene carácter de básico, pero es supletorio, tiene rango de ley y su aplicación está amparada por la inexistencia de precepto expreso aplicable.

Es preciso concretar también que el hecho de que la parcela esté como patrimonial en el inventario no supone, de forma indubitada, la titularidad municipal, puesto que el inventario no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo y, por tanto, sus efectos son fundamentalmente para la publicidad y organización municipal.

En relación con el recurso contencioso-administrativo planteado por el interesado, se resolverá no admitiéndose por dos razones: en primer lugar, no habían transcurrido los dos meses necesarios para que, en su caso, se produjera la figura del silencio administrativo y, en segundo lugar, porque al plantearse una cuestión relativa al derecho de propiedad el órgano jurisdiccional competente será la jurisdicción ordinaria y no la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, el artículo 41.2 de la LPAP señala que el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional.

Por otra parte, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, pues, según el artículo 46 del RBEL, el procedimiento se iniciará, primero, de oficio, por la propia corporación, a iniciativa, en su caso, de cualquier otra Administración que, en virtud de los deberes de información mutua y colaboración, ponga en su conocimiento los hechos, actos o circunstancias que sirvan de base al ejercicio de dicha acción o, segundo, por denuncia de los particulares, transcurrido el plazo para resolver, se producirá la caducidad y el archivo de las actuaciones, sin que suponga la estimación de ningún tipo de pretensión.

A la vía contencioso-administrativa podría haber recurrido el interesado en el caso de que se hubiese producido algún tipo de infracción en el procedimiento administrativo incoado que suponga la vulneración de normas de derecho administrativo, provocando la nulidad o anulabilidad el acto concreto.

6. ¿Resulta ajustado a derecho, de forma temporal, la elaboración de informes relacionados con el levantamiento de reparo realizados por la secretaría-intervención por un funcionario del subgrupo C1?

En cuanto a las funciones que se asignan a los funcionarios, entendemos que se hace en virtud de la potestad de autoorganización reconocida en el artículo 4 de la LRBR. La corporación tiene esta competencia de asignar funciones, pero siempre que entre dentro de lo que se considera conveniente para un funcionario de su competencia y nivel.

Esta competencia y nivel se establece en la relación de puestos de trabajo, donde se definen cuáles son los requisitos para el desempeño del puesto. Es cierto que no toda nueva

atribución de funciones requiere que se modifique la relación de puestos de trabajo, pero sí requiere que las funciones sean acordes a la titulación y a los méritos que han demostrado los funcionarios que ocupan los puestos de trabajo.

Si estamos a la definición de las funciones que hace el artículo 169 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, comprobamos que:

- a) Pertenerán a la subescala técnica de la Administración los funcionarios que realicen tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior.
- b) Pertenerán a la subescala de gestión y Administración general los funcionarios que realicen tareas de apoyo a las funciones de nivel superior.
- c) Pertenerán a la subescala administrativa de la Administración general, los funcionarios que realicen tareas administrativas, normalmente de trámite y colaboración.
- d) Pertenerán a la subescala auxiliar de la Administración general los funcionarios que realicen tareas de mecanografía, taquigrafía, despacho de correspondencia, cálculo sencillo, manejo de máquinas, archivo de documentos y otros similares.
- e) Pertenerán a la subescala de subalternos de la Administración general los funcionarios que realicen tareas de vigilancia y custodia interior de oficinas, así como misiones de conserje, portero u otras análogas en edificios y servicios de la corporación.

Por tanto, los administrativos, que constituyen actualmente el subgrupo C1, solo realizan funciones administrativas de trámite y colaboración con los grupos superiores, que son los que deben informar. Y esto es así porque no han demostrado –en el acceso, que es en el último momento en el que pueden hacerlo– que tienen capacidad y, por tanto, competencia para informar un expediente administrativo.

Por otro lado, tampoco tienen la titulación requerida para ejercer estas funciones, la actual, de grado, que es la que recoge el artículo 76 del Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público:

Grupo A: dividido en dos Subgrupos, A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos o escalas de este grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de grado. En aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será este el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos o escalas en cada subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

Por otro lado, conforme al artículo 4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, la función de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria y la función de contabilidad son propias de los funcionarios de habilitación de carácter nacional.

7. ¿Debe facilitarse la documentación solicitada por los dos vecinos relativa a los aprobados en la oposición?

Para responder a esta cuestión deben distinguirse dos posibles supuestos:

A) Que los solicitantes de la información hubieren participado como interesados en el procedimiento de selección, en cuyo caso, habría que aplicar lo previsto en el artículo 53.1 a), en el sentido de que tendrían derecho, como interesados en el procedimiento, a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos. El único problema es que pudiera vulnerar la Ley Orgánica 3/2018, de tratamiento de datos, cuyo artículo 8.1, referido al tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos, establece, con carácter general, que el tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 c) del Reglamento (UE) 2016/679 (supuestos de licitud del tratamiento) cuando así lo prevea una norma de derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo, así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, tales como la adopción de medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679. Por su parte, el artículo 10 del Reglamento comunitario 218/1725 señala que,

a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

El artículo 9 del reglamento referido a transmisiones de datos personales a destinatarios establecidos en la Unión distintos de las instituciones y organismos de la Unión señala:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 a 6 y 10, los datos personales solo se transmitirán a destinatarios establecidos en la Unión distintos de las instituciones y organismos de la Unión, cuando:

a) el destinatario demuestre que los datos son necesarios para el cumplimiento de una función de interés público o en el ejercicio de las potestades públicas conferidas al destinatario, o

b) el destinatario demuestre que es necesario que le transmitan los datos para una finalidad específica de interés público y el responsable del tratamiento, si existe alguna razón para suponer que se podrían perjudicar los intereses legítimos del interesado, demuestre que es proporcionado transmitir los datos personales para dicha finalidad específica, una vez sopesados, de modo verificable, los diversos intereses concurrentes.

2. Cuando la transmisión según el presente artículo se produzca por iniciativa del responsable del tratamiento, este deberá demostrar que la transmisión de datos personales es necesaria y proporcionada respecto de los fines de la transmisión, mediante la aplicación de los criterios establecidos en el apartado 1, letras a) o b).

3. Las instituciones y organismos de la Unión conciliarán el derecho a la protección de los datos personales con el derecho de acceso a los documentos, de conformidad con el Derecho de la Unión.

En el caso de que se faciliten los documentos pedidos solo podrán utilizarse con la finalidad para la cual han sido solicitados. Si se les da una finalidad distinta que la defensa de su derecho en el procedimiento de que se trate o, posteriormente, en vía judicial, puede constituir una infracción de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos.

B) Que no sean interesados en el procedimiento. En este caso, será un supuesto de derecho del acceso a la información, que se deberá ejecutar teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Señala el artículo 15:

1. Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

Por su parte, el artículo 16, referido al acceso parcial, señala:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.

8. Comente las circunstancias a que se refiere el punto 6 del relato de hechos y si debe accederse a lo solicitado o no.

En principio no hay problema a que se pueda grabar una sesión plenaria si es pública (carácter general de las sesiones según el artículo 88 del ROF). Será el alcalde el que deba decidir si se accede o no a la grabación.

Pero el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de 3 de diciembre, sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales reconoce, por un lado, el derecho de supresión señalando que:

1. El derecho de supresión se ejercerá de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679.
2. Cuando la supresión derive del ejercicio del derecho de oposición con arreglo al artículo 21.2 del Reglamento (UE), el responsable podrá conservar los datos identificativos del afectado necesarios con el fin de impedir tratamientos futuros para fines de mercadotecnia directa.

Por su parte, el artículo 17 del Reglamento (UE) se refiere al derecho de oposición o de olvido señalando que

El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2.

Por otro lado, el artículo 18 regula el derecho de oposición señalando que:

El derecho de oposición, así como los derechos relacionados con las decisiones individuales automatizadas, incluida la realización de perfiles, se ejercerán de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los artículos 21 y 22 del Reglamento (UE).

Respecto a si es el alcalde el competente para acceder a lo solicitado, el artículo 85.1 de la LOPDP señala que:

El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;
- c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2.

Además, el artículo 93 relativo al derecho al olvido en búsquedas de Internet señala:

Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

Por su parte, El Reglamento (UE) señala en su artículo 4, número 7, que es

«responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

Y en el número 8, que es

«encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

Por tanto, será el servidor de Internet que difunde la grabación el que deba suprimir su presencia en la grabación, no el alcalde, que ni siquiera cedió la grabación, sino que lo hizo para uso interno de la corporación.

Finalmente, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección

de datos de carácter personal, en su artículo 17 relativo a la revocación del consentimiento, que podemos aplicar por analogía, señala que:

1. El afectado podrá revocar su consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. En particular, se considerará ajustado al presente reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.

No se considerarán conformes a lo dispuesto en la [derogada] LO 15/1999, de 12 de diciembre, los supuestos en que el responsable establezca como medio para que el interesado pueda manifestar su negativa al tratamiento el envío de cartas certificadas o envíos semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste adicional al interesado.

2. El responsable cesará en el tratamiento de los datos en el plazo máximo de diez días a contar desde el de la recepción de la revocación del consentimiento.

3. Cuando el interesado hubiera solicitado del responsable del tratamiento la confirmación del cese en el tratamiento de sus datos, este deberá responder expresamente a la solicitud.

9. ¿Qué informará la secretaría-intervención sobre la consulta del alcalde en el sentido de si se ha de acceder a lo solicitado por el vecino?

Debemos partir de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 7/1985, el cual impone a los ayuntamientos el deber de facilitar la más amplia información sobre la actividad de las corporaciones locales. Precepto desarrollado por el artículo 196 del ROF, que exige la publicación de los acuerdos que adopten el pleno y la junta de gobierno; imponiendo a determinadas corporaciones locales que publiquen en el boletín de información un extracto de todos los acuerdos y resoluciones que se adopten.

Por su parte, el artículo 229 del ROF impone la publicidad del contenido de las sesiones plenarias y de todos los acuerdos del pleno y de la junta de gobierno, así como de las resoluciones del alcalde. A tal efecto, señala, a título meramente enunciativo, que podrán utilizarse, además del boletín de información, la publicación en los medios de comunicación social.

Es interesante traer a colación el Informe de 20 de diciembre de 2004 de la Agencia Española de Protección de Datos, del cual extractamos algunos de sus párrafos:

Como cuestión previa, debe recordarse que el 3.1 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales que deli-

mita su ámbito objetivo de aplicación, al disponer que «lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero».

El artículo 3 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 (Reglamento general de protección de datos) define en su apartado 1 como «datos personales»:

Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Y, en su número 2, como «tratamiento»:

Cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Dicho lo anterior, la publicación en Internet de los datos contenidos en las actas de los plenos y juntas de gobierno del ayuntamiento constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal.

Por lo tanto, partiendo de la regla general de que las sesiones del pleno son públicas (art. 70.1 LBRRL y 88 ROF) ha de velarse por la protección de datos personales, los cuales deben ser omitidos cuando un particular solicite copia del acta de pleno. Es decir, se deben eliminar los datos personales que puedan figurar en el acta.

Dicho esto, y refiriéndonos al caso concreto consultado, pensamos que no hay inconveniente en que figuren los datos de la empresa, porque la protección de datos se refiere a datos de personas físicas y no jurídicas.

En este sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (DOUEL de 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas

en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), deja claro que su objeto es establecer «las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos».

Y, por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2018 al referirse al objeto de la ley señala que:

La presente ley orgánica tiene por objeto:

a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones.

El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica.

b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución.

En conclusión, la secretaría-intervención debe informar al alcalde de que no existe problema alguno para facilitarle copia del acta en lo referente a la empresa para la que trabaja.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 18.4.
- Ley Orgánica 3/2018 (Protección de datos y garantía de los derechos digitales), arts. 1, 3.1, 6, 8, 15 y 93.
- Ley 7/1985 (reguladora de las bases del régimen local), arts. 4, 25.2 c), 46.1, 69, 70 y 88.
- Ley 33/2003 (patrimonios de las Administraciones públicas), arts. 41, 45 y 47.
- Ley 39/2015 (procedimiento administrativo común), arts. 21, 39, 41 y 47.1.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), art. 9.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 15, 29, 63.4, 71.1, 101, 111, 118, 131, 159, 194, disp. adic. segunda y disp. final primera.
- Real Decreto legislativo 781/1986 (texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local), art. 169.

- Real Decreto legislativo 1/2004 (texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario), art. 4.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 junio (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 44 y 46.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales), arts. 78.1, 88, 196 y 229.
- Real Decreto 128/2018 (régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 4.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), arts. 3, 6.1 c), 9, 16, 17, 18, 21 y 22.
- STSJ de Castilla y León de 15 de enero de 1999.

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 subepígrafos 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.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de aprobar la oposición con el #MétodoCEF.- ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

¡MATRÍCULA
ABIERTA!

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



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

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

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA