

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 254 | Marzo 2022

ISSN: 2697-1631

### **Accidentes e indemnizaciones: no siempre una ecuación inevitable**

Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

### **Regulación de las acciones de lealtad en la Ley 5/2021**

Miguel Ángel Villacorta Hernández

### **Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de cafetería y restauración**

Sonia Aranda Soria

### **La confidencialidad empresarial desde una perspectiva constitucional**

Manuel Pereiro Cárceles

# CURSOS

## Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

- Curso de Especialización en Derecho Deportivo
- Curso Intensivo de Preparación del Examen de Certificación de *Compliance*
- Curso de Arbitraje
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Demandas Colectivas y las ADR, Sector del Transporte (aspectos jurídicos, económicos y fiscales)
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Estrategia en Litigios Civiles y Derecho Procesal
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre International Legal & Tax English
- 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 sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)
- Curso sobre el Concurso de Personas Físicas y Autónomos. Exoneración Sujeto Pasivo

# Revista CEFLegal

Núm. 254 | Marzo 2022

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

## Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

## Consejo 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](mailto: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](http://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](mailto:revistacef@cef.es)

Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



## Imprime

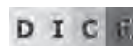
Artes Gráficas Coyve

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](http://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

Los accidentes de la vida cotidiana y el derecho a percibir una indemnización. (O de cómo la teoría de la responsabilidad civil es lo que es y no lo que el lesionado quiere que sea) 5-42

*Accidents of daily life and the right to receive compensation. (Or how the tort theory is what it is and not what the injured person wants it to be)*

Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

Regulación de las acciones de lealtad en la Ley 5/2021. Motivaciones, ventajas, desventajas y utilidades futuras 43-82

*Regulation of loyalty shares in Law 5/2021. Motivations, advantages, disadvantages and future utilities*

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Recurso indirecto contra los pliegos rectores de la licitación con motivo de la impugnación del acto de adjudicación del contrato 83-89

Jaime Pintos Santiago y Roberto Carrodegua Méndez

Motivación de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2021) 90-96

Casto Páramo de Santiago

#### Constitucional-administrativo

Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil 97-124

*Current debate on the legal nature of contracts the operation of a bar, cafeteria and restoration in public domain properties. Special reference to the military and Civil Guard*

Sonia Aranda Soria

El reconocimiento y protección constitucional de la confidencialidad empresarial <i>Business confidentiality from a constitutional perspective</i> Manuel Pereiro Cárceles	125-152
--	---------

## Casos prácticos

### Civil

Desahucio: validez de la consignación enervatoria subsidiaria Adelaida Medrano Aranguren	153-159
Inclusión en fichero de morosos por deudas con bancos José Ignacio Esquivias Jaramillo	160-168

### Administrativo

Competencia y procedimiento para la tramitación de subvenciones y bases de convocatoria Julio Galán Cáceres	169-198
--	---------

Normas de publicación	199-200
-----------------------	---------

*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>

# Los accidentes de la vida cotidiana y el derecho a percibir una indemnización

O de cómo la teoría de la responsabilidad civil es lo que es y no lo que el lesionado quiere que sea

**Matilde Vicente Díaz**

*Magistrada*

<https://orcid.org/0000-0001-9033-0860>

**Soraya Callejo Carrión**

*Magistrada y Doctora en Derecho*

<https://orcid.org/0000-0002-9581-559X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación 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.

## Extracto

El presente trabajo expone una serie de supuestos, los más habituales, aunque no todos, relacionados con los daños producidos en determinados *accidentes*; no son todos los que la vida diaria puede plantear, si bien todos ellos responden y, lo que es más importante, se resuelven de la misma forma: con la teoría general de la responsabilidad civil, que no pretendemos cuestionar, ni siquiera descubrir, pero sí delimitar a la luz de la jurisprudencia reciente, porque aun cuando en determinados escenarios haya calado el mensaje de «reclama que algo te darán» en alusión a la indemnización que pueda obtenerse, lo cierto es que nunca la indemnización cae del cielo; eso sin contar la desgracia de haber sufrido un accidente y resultar en verdad lesionado. Ello, no obstante, incluso en estos casos debe cumplirse una serie de presupuestos que hay que acreditar ante los tribunales de justicia. Por lo tanto, la carga de la prueba es fundamental, y a



**Cómo citar:** Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2022). Los accidentes de la vida cotidiana y el derecho a percibir una indemnización. (O de cómo la teoría de la responsabilidad civil es lo que es y no lo que el lesionado quiere que sea). *Revista CEFLegal*, 254, 5-42.



la hora de iniciar cualquier pleito debe calibrarse con qué prueba contamos y con la posibilidad de ser condenado en costas ante la hipotética desestimación de la demanda. Esto, que en el ámbito legal es tan evidente, en ocasiones no lo es tanto, unas veces porque cualquier pequeño percance se instrumentaliza con la intención de obtener rédito económico, y otras porque aun habiendo sufrido daños importantes no se da el elemento culpa, y es que, sencillamente, los accidentes existen y no siempre pueden imputarse responsabilidades. De eso nos ocupamos en el presente trabajo, que trata de ofrecer de una forma clara y directa una visión de cómo están las cosas en los juzgados y tribunales.

**Palabras clave:** accidente; indemnización; culpa; deportes; caídas; ascensores; perros; juegos; espectáculos; gimnasio; golf; *fitness*.

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





# Accidents of daily life and the right to receive compensation

Or how the tort theory is what it is and not what the injured person wants it to be

Matilde Vicente Díaz

Soraya Callejo Carrión

## Abstract

The present work exposes a series of assumptions, the most common, but not all, related to the damages produced in certain accidents; they are not all that daily life can raise, although they all respond and, what is more important, they are resolved in the same way: with the general theory of civil liability, which we do not intend to question, or even discover, but yes delimit in the light of recent jurisprudence, because even when in certain scenarios the message of «claiming that something will be given to you» in allusion to the compensation that can be obtained has permeated, the truth is that compensation never falls from the sky; that without counting the misfortune of having suffered an accident and being injured. However, even in these cases a series of assumptions must always be met that must be proven before the courts of justice. Therefore, the burden of proof is fundamental and when initiating any lawsuit, the evidence we have and the possibility of being ordered to pay costs should be calibrated in the event of a hypothetical dismissal of the claim. This, which is so obvious in the legal field, is sometimes not so, sometimes because any small mishap is exploited with the intention of obtaining financial gain, and others because even having suffered significant damage, there is no element of guilt and it is that accidents simply exist and responsibilities cannot always be attributed. That is what we are dealing with in this paper, which tries to offer a clear and direct vision of how things are in court.

**Keywords:** accident; compensation; fault; sports; falls; elevators; dogs; games; shows; gym; golf, fitness.

**Citation:** Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2022). Los accidentes de la vida cotidiana y el derecho a percibir una indemnización. (O de cómo la teoría de la responsabilidad civil es lo que es y no lo que el lesionado quiere que sea). *Revista CEFLegal*, 254, 5-42.

## Sumario

1. Introducción
2. Los accidentes de la vida cotidiana
  - 2.1. Caída en establecimientos
    - 2.1.1. Caída en un centro comercial al estar el suelo mojado por la lluvia
    - 2.1.2. Caída en las instalaciones de un hotel
    - 2.1.3. Caída en escaleras y escalones
    - 2.1.4. Caída por suciedad en el suelo
    - 2.1.5. Caída al chocar contra un perchero
    - 2.1.6. Caída en un almacén de patatas al ir a coger un saco
    - 2.1.7. Caída en una tienda al tropezar con unas cajas
  - 2.2. Caídas en los elementos comunes de la comunidad de propietarios
  - 2.3. Caídas a caballo
  - 2.4. Juegos y espectáculos
    - 2.4.1. Los castillos hinchables
    - 2.4.2. Lesiones de un espectador
  - 2.5. Lesiones en casas de familiares y amigos
    - 2.5.1. Caída al pisar un juguete con el que había estado jugando el hijo del anfitrión ante el lesionado
    - 2.5.2. Caída al pisar un juguete que estaba en el pasillo
    - 2.5.3. Caída por unas escaleras sin barandilla al pisar un cochecito
    - 2.5.4. Caída al resbalar por un líquido que había en el suelo
    - 2.5.5. Caída en la cocina del demandado al resbalar con una mancha de aceite
    - 2.5.6. Caída en la cocina por estar el suelo mojado
    - 2.5.7. Caída al vacío de una menor estando en la vivienda de sus abuelos
    - 2.5.8. Caída de menor al resbalar con una alfombra
    - 2.5.9. Corte en un dedo cuando limpiaba un vaso
  - 2.6. Daños causados por ascensores
    - 2.6.1. Cuando el lesionado es consumidor o usuario
    - 2.6.2. Lesiones causadas por las puertas del ascensor
    - 2.6.3. Caídas al salir del ascensor
    - 2.6.4. Desniveles al salir del ascensor
    - 2.6.5. Lesiones provocadas por la parada en seco del ascensor
    - 2.6.6. A vueltas con la correa del perro y las puertas del ascensor
    - 2.6.7. Caídas dentro del ascensor



- 2.7. La mordedura de un perro
  - 2.7.1. Mordedura al intentar separar a perros peleando
  - 2.7.2. Mordedura en pelea de perros: responsabilidad del dueño del animal
- 2.8. Corte de un pie con un cristal en la discoteca
- 2.9. Los deportes
  - 2.9.1. El esquí
  - 2.9.2. El parapente
  - 2.9.3. Atropello de un *buggy* en campo de golf
  - 2.9.4. Triatlón
- 2.10. El gimnasio
  - 2.10.1. Lesión en clase de aerobio
  - 2.10.2. Caída haciendo *fitness*
  - 2.10.3. Puñetazo practicando *kick boxing*
  - 2.10.4. Esguince haciendo *spinning*
- 3. A modo de conclusión



## 1. Introducción

*Versiones contradictorias, culpa, culpa in vigilando, creación de riesgo, actividades anormalmente peligrosas, concurrencia de culpas, objetivación de la responsabilidad, facilidad probatoria, previsibilidad del riesgo, pérdida de la oportunidad*, son conceptos todos ellos, y algunos más, que a buen seguro no resultan ajenos a quienes de una forma u otra se asoman al mundo de la responsabilidad civil, sea como letrados, jueces, profesores de universidad o sencillamente como justiciables sufridores. En este artículo no pretendemos descubrir la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, sobre la que se ha escrito mucho y muy sesudamente, sino presentar de forma muy concisa y directa las últimas resoluciones dictadas en este ámbito por nuestros tribunales. Por tanto, dejamos avisado desde este mismo instante que no encontrará el lector un trabajo doctrinal, pero sí un estudio, dentro de las limitaciones de extensión impuestas por las exigencias de las bases del premio, que pretende ser práctico y útil para delimitar los contornos actuales de la responsabilidad civil.

El porqué de este enfoque y de este tema viene propiciado, a la vista de la proliferación en los últimos tiempos de demandas buscando reparación, por la necesidad de enfatizar la idea de que no todo es reclamable y, por consiguiente, no todo daño indemnizable. Y es que en los últimos tiempos asistimos a una especie de *esquizofrenia social indemnizatoria*. Ciertamente el derecho a reclamar forma parte del fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, pero como el sistema de daños español no descansa sobre los mismos pilares que, por ejemplo, el norteamericano, que tan acostumbrados nos tiene, gracias a las películas, a ver reclamaciones de todo tipo, por más histriónicas que puedan llegar a ser, es necesario insistir en que al margen de aquellas actividades que de por sí implican un elevado riesgo, y producido el daño generan una responsabilidad objetiva, lo normal es que para los demás casos rija un sistema subjetivista basado en la culpa. Es la eterna pugna entre riesgo y culpa, entre daño e indemnización, entre accidente y reclamación. Pero que esta recla-

mación esté abocada al fracaso o tenga visos de prosperar no depende de la entidad del daño o la gravedad del percance, sino de las circunstancias concurrentes, y ahí es donde la casuística analizada a lo largo del trabajo puede ayudarnos a centrar el tema, a medida que vayan saliendo a la luz los argumentos jurídicos más relevantes. No están todos los casos que se pueden plantear ni son todos los que aparecen, por cuanto razones de extensión nos han obligado a seleccionar. Sin embargo, desde una perspectiva general, podría aventurarse que la resolución judicial de los asuntos se rige por los mismos parámetros y, por tanto, sin perder de vista la singularidad de cada supuesto concreto, serán extrapolables a otros casos no mencionados aquí. Así las cosas, nos centraremos en la casuística práctica con la intención de que todo lo relevante aparezca debidamente condensado en el trabajo, y en el intento creemos que servirá para hacer una buena aproximación (solo eso) a la materia y de paso, si se suscita algún debate, mejor que mejor.

## 2. Los accidentes de la vida cotidiana

### 2.1. Caída en establecimientos

Existe una variadísima casuística de caídas en diversos establecimientos abiertos al público. Bien es verdad que en ocasiones se consigue demostrar que se había incumplido alguna norma de seguridad, pero en la mayor parte de los casos esta demostración no se consigue. Parece que algunas personas se consideran totalmente a salvo cuando visitan un establecimiento público y depositan la responsabilidad completa de su seguridad a los dueños de los mismos. No toman conciencia de que en cualquier acto de la vida existe un riesgo y que no existe la posibilidad de adoptar medidas completas que aseguren la indemnidad de las personas. Supone el planteamiento de la responsabilidad objetiva o una inversión de la carga de la prueba.

No obstante, la jurisprudencia exige que se acrediten las circunstancias que permitan imputar a los demandados el resultado dañoso; es decir, solo existe responsabilidad del titular del negocio cuando sea posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad del mismo por omisión de las medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución considerada exigible<sup>1</sup>.

En relación con caídas en *edificios en régimen de propiedad horizontal* o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, se viene declarando la existencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un *criterio atributivo de responsabilidad* en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución

---

<sup>1</sup> STS núm. 1363/2007, de 17 de diciembre (rec. núm. 609/2001).

que debían considerarse exigibles. Pueden citarse, en esta línea, las sentencias de 21 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera), 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad), 12 de febrero de 2002 (caída durante un banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable), 31 de marzo de 2003 y 20 de junio de 2003 (caída en una zona recién fregada de una cafetería que no se había delimitado debidamente), 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no habían sido limpiados de un vómito en el suelo), 10 de diciembre de 2004 (caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas) y 25 de marzo de 2010 (caída al entrar en un restaurante y no advertir un escalón en zona de penumbra y sin señalización).

Por el contrario, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los *riesgos generales de la vida*, por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad, o tiene carácter previsible para la víctima. Así, sentencias de 28 de abril de 1997, 14 de noviembre de 1997, 30 de marzo de 2006 (caída en restaurante cuando se dirigía a los aseos por escalón que debía ser conocido por la víctima); 6 de junio de 2002, 13 de marzo de 2002, 26 de julio de 2001, 17 de mayo de 2001 y 7 de mayo de 2001 (caídas sin prueba de la culpa o negligencia de los respectivos demandados); 6 de febrero de 2003, 16 de febrero de 2003, 12 de febrero de 2003 y 10 de diciembre de 2002 (caídas en la escalera de un centro comercial, en las escaleras de un hotel, en el terreno anejo a una obra y en una discoteca, respectivamente); 17 de junio de 2003 (daño en la mano por la puerta giratoria de un hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo); 31 de octubre de 2006 (caída en exposición de muebles por tropiezo con escalón de separación de nivel perfectamente visible) y 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar); 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia) y 30 de mayo de 2007 (caída a la salida de un supermercado). Vamos a examinar algunos de los casos de los que se han ocupado nuestros tribunales recientemente.

### 2.1.1. Caída en un centro comercial al estar el suelo mojado por la lluvia

Los hechos declarados probados en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 595/2019, Sección 1.ª, de 11 de noviembre<sup>2</sup> son los siguientes: La actora se encontraba con dos amigos en el centro comercial y, como estaba lloviendo, decidieron ir a la zona de descanso situada en la planta -2, a la que se accede por las escaleras. En el trayecto, uno de sus amigos, bromeando, le quitó el teléfono móvil a la demandante y salió corriendo con él en la mano, entrando en la zona de aparcamiento situado junto a la zona de descanso. La actora le siguió para recuperar su móvil y, en el tira y afloja subsiguiente, cayó al suelo, produciéndose las lesiones. En cuanto al estado del suelo, ese día había llo-

<sup>2</sup> Recurso número 720/2018; ponente: D.ª Eva María Atarés García.

vido, si bien en escasa cantidad, por lo que no puede descartarse la presencia de agua en el suelo del parking, pero no se considera acreditado que lo fuera en cantidad superior a lo que resulta común en tales circunstancias y en una zona de paso continuado de vehículos. Considera la audiencia que no cabe efectuar reproche alguno al titular del establecimiento, pues dadas las características de la instalación, con un constante ir y venir de vehículos y de personas, hace inviable que haya personas continuamente dedicadas a limpiar el suelo durante toda la jornada comercial. Afirma la sentencia que

la presencia de agua en el suelo del aparcamiento, en un día de lluvia, se configura como un riesgo general de la vida cotidiana, sin que se haya justificado que existiesen elementos que incrementasen dicho riesgo que sean imputables a la demandada, como pudiera ser el mal estado del suelo, la falta de mantenimiento, el incorrecto estado de las instalaciones o una defectuosa iluminación. Tampoco la falta de una advertencia de «suelo mojado» es relevante, puesto que en este caso la presencia de agua se derivaba de un hecho ajeno al funcionamiento del parking, la lluvia, conocido por la demandante (ya que fue precisamente la lluvia lo que la llevó con sus amigos a bajar a esa zona del centro comercial), y no de una actuación propia de la demandada o de sus empleados. En estas circunstancias, no resulta exigible al centro comercial un deber de previsión mayor que a la propia accidentada, lo que implica la inexistencia del nexo causal entre la acción u omisión de la demandada y la producción del evento dañoso.

Un supuesto parecido fue examinado por la Audiencia Provincial de Alicante en la sentencia núm. 436/2017, Sección 9.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre<sup>3</sup>. En un día lluvioso, el suelo del acceso a un centro comercial estaba mojado, y considera que la caída que sufrió la actora en dicho punto es un accidente de la vida cotidiana. No considera probado que se tratase de un suelo especialmente deslizante, no ajustado a las normas constructivas pertinentes, defectuoso o que por estar dañado y sin reparar propiciase la caída sufrida por la demandante.

## 2.1.2. Caída en las instalaciones de un hotel

El supuesto visto por la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia núm. 505/2019, Sección 20.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre<sup>4</sup> trata de la caída de una mujer en la escalera de acceso a la piscina del hotel donde se hospedaba; afirma la actora que la zona era resbaladiza y no existía ningún tipo de señalización. Los demandados alegaron que la caída se había producido en una zona donde es inherente e inevitable la humedad y presencia de agua,

<sup>3</sup> Recurso número 336/2017; ponente: D. José Manuel Valero Díez.

<sup>4</sup> Recurso número 566/2019; ponente: D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez.

de lo que es conocedora la actora y, por tanto, asumió el riesgo. La sentencia de primera instancia atribuyó la causa del accidente a un comportamiento negligente por parte del hotel demandado, al considerar acreditado que el pavimento estaba mojado, no existir advertencia alguna de ese peligro y no haber acreditado que se hubieran realizado labores de limpieza y mantenimiento de la zona en el momento de ocurrir el siniestro. La audiencia confirma la sentencia, argumentando que si bien es lógico que la escalera, situada a tres metros de la piscina, estuviera mojada y que la actora no podía desconocer este hecho, no considera aplicable la *doctrina de los riesgos generales de la vida*, sino la del riesgo creado como consecuencia de la explotación de una actividad comercial, lo que obliga a quien se beneficia de ella y crea un incremento del riesgo normal y cotidiano a acreditar que actuó con la diligencia necesaria. Comparte el criterio del juez de instancia de que la demandada incurrió en un comportamiento imprudente en la causación del resultado, por no haber establecido un sistema de señalización, mantenimiento y limpieza previos y adecuados de la escalera, que hubiera evitado el resultado finalmente acaecido.

Otro caso de caída en las instalaciones de un hotel es el resuelto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 833/2018, Sección 17.ª, de 22 de noviembre<sup>5</sup>: la caída se produce en la terraza, al tropezar la actora con una de las patas de una hamaca. Era de noche, había una leve iluminación y en la terraza se encontraba gran número de personas, lo que hacía impracticable el tránsito. Afirma la demandante que el diseño de las tumbonas no es el más adecuado para la noche y cuando el entorno resulta de escasa luminosidad, y que la demandada no adoptó las debidas medidas de vigilancia y seguridad en la terraza. La demandada niega que la caída se produjese por tropezar con una tumbona; alega que la iluminación no era insuficiente, que no incumplía la normativa, que no se superaba el aforo de personas permitidas y que es una terraza de copas y no un mirador, por lo que lo habitual es que haya personas y mobiliario. La sentencia de instancia considera que ha existido *concurrencia de culpas* al valorar que la actora pudo constatar tanto el número de personas existentes como la visibilidad. La audiencia afirma que el mero hecho de que una persona sufra una caída en la terraza de un hotel no conlleva *per se* que deba declararse la responsabilidad del propietario de dichas instalaciones, siendo necesario acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar en todo o en parte el resultado lesivo por no haber adoptado las debidas medidas en orden a evitar que pudieran ocasionarse caídas de las personas que transitaban por la terraza en horario nocturno, y no considera acreditada la negligencia de la parte demandada (número de personas superior al permitido, ni que la iluminación fuese deficiente). Entiende que la caída, pese a que se produjo en las instalaciones de la demandada, no puede ser imputada a que la tumbona estuviese colocada de manera inapropiada o que fuese una tumbona que no pudiese estar en el lugar de los hechos en horario nocturno. Por ello, revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda.

<sup>5</sup> Recurso número 589/2018; ponente: D.ª Marta Elena Fernández Frutos.



### 2.1.3. Caída en escaleras y escalones

El primer caso que vamos a examinar trata de la caída de una mujer en las escaleras exteriores de acceso a un centro médico. La mujer salía del establecimiento y las escaleras, que eran de mármol, estaban mojadas porque estaba lloviendo. La responsabilidad imputada a la demandada es la falta de señalización de que la escalera estaba mojada, que la demandada no secó el suelo y que la escalera no cumplía los requisitos de antideslizamiento. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 750/2018, Sección 17.<sup>a</sup>, de 19 de octubre<sup>6</sup> desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda. Considera acreditado que los escalones cumplían con la normativa, disponiendo la escalera de pasamanos que no utilizó la actora, salvo para intentar agarrarse al mismo cuando resbaló. Afirma la sentencia que la señalización de que la escalera estaba mojada solo es necesaria cuando las escaleras están mojadas, bien por haberse fregado, bien por haber caído un líquido, pero no cabe pretender dicha señalización en un día lluvioso en que resulta previsible que las escaleras exteriores estén mojadas por la caída de lluvia. Impone las costas por no considerar la existencia de dudas de hecho ni de derecho.

En el segundo caso la actora se cae en un establecimiento comercial al bajar un escalón existente en su interior. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos núm. 23/2020, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de enero<sup>7</sup> declara como hechos probados que la actora se apercibió de la presencia del escalón en el que se produjo la caída, si bien pensó que su altura era mayor, de forma que, al iniciar su descenso y encontrarse el escalón a menor altura de la que pensaba, perdió el equilibrio y se cayó. La actora reconoció que padece lesión macular desde hace años, infiriendo la audiencia que esta circunstancia pudo tener influencia en su forma de bajar el escalón, en el cálculo realizado para ello y en definitiva en el hecho de su tropiezo y caída. Considera irrelevante la falta o defectuosa señalización del escalón, pues el mismo, además de ser visible por su diferente color respecto del suelo, la actora reconoce que lo vio, por lo que no se puede establecer la *relación de causa a efecto* de la caída en un defecto de señalización del escalón o iluminación del lugar. Por todo ello, al no considerar que la causa de la caída haya obedecido a la negligencia de la demandada, la demandante se quedó sin la pretendida indemnización.

En el tercer caso la actora se cae al entrar en el establecimiento de la demandada, en el que existe un escalón descendente en la entrada. Afirma la actora que la caída se produce porque el escalón está sin señalizar y en un lugar inesperado, que se confunde con el entarimado de la tienda, de madera muy oscura, existiendo una luz muy tenue en el establecimiento que contrasta con la luz exterior. El juzgado de primera instancia entiende que existe responsabilidad por considerar que el escalón implicaba un riesgo al estar

<sup>6</sup> Recurso número 410/2018; ponente: D.<sup>a</sup> Marta Elena Fernández Frutos.

<sup>7</sup> Recurso número 389/2019; ponente: D. Mauricio Muñoz Fernández.

realizado el inicio del escalón en madera oscura de la misma tonalidad que el suelo de la tienda, de tal manera que es fácil que cualquier persona que provenga del exterior no se aperciba de la existencia del escalón. Y afirma que, con independencia del hecho de que por las dimensiones del establecimiento no fuese posible hacer desaparecer el escalón o que la demandada no tuviese obligación de hacerlo, la presencia del escalón debió ser advertida debidamente para evitar daños. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga núm. 250/2019, Sección 5.ª, de 30 de abril<sup>8</sup> confirma la sentencia de instancia. El tribunal valora que la demandada colocó, con posterioridad al accidente, una banda metálica. En las resoluciones vistas anteriormente las alteraciones efectuadas con posterioridad, aun suponiendo una mejora en la seguridad, no se han considerado determinantes de la responsabilidad.

En este cuarto y último caso, visto por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia núm. 601/2020, Sección 1.ª, de 29 de diciembre<sup>9</sup> se reclaman las lesiones que padeció la actora al caer en los escalones interiores existentes en el restaurante demandado, que considera insuficientemente señalizados y no adaptados a la legalidad vigente. La sentencia de instancia desestimó la demanda, al considerar acreditado que el local cumplía con la normativa local aplicable en materia de seguridad de utilización y accesibilidad, habiéndose producido además la caída en los mismos escalones por los que había pasado la demandante cuando accedió anteriormente al restaurante. La cuestión analizada es la adaptación a la legalidad vigente en materia de accesibilidad de los escalones. La demandante no se cuestiona que el local incumpliese la normativa en materia de seguridad de utilización y accesibilidad vigente en el momento de realizarse las obras de reforma, sino que reprocha la falta de cumplimiento de las previsiones del Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. La audiencia pone de relieve que el local ya tenía concedida licencia con anterioridad a la entrada en vigor del Código Técnico de la Edificación, por lo que no han de adaptarse a las especificaciones del mismo, salvo si se produce un cambio de uso o bien se realizan obras de reforma. Por ello concluye que no puede considerarse que el local incumpliese, en el momento de los hechos, la normativa que le era de aplicación en materia de seguridad y accesibilidad, y confirma la sentencia de instancia.

#### 2.1.4. Caída por suciedad en el suelo

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 575/2018, Sección 14.ª, de 14 de diciembre<sup>10</sup> queda de manifiesto la dificultad de la prueba en estos supues-

<sup>8</sup> Recurso número 635/2017; ponente: D. Hipólito Hernández Barea.

<sup>9</sup> Recurso número 720/2019; ponente: D. Antonio Lechón Hernández.

<sup>10</sup> Recurso número 493/2017; ponente: D.ª Judit Peries Íñiguez.

tos, pues la existencia de suciedad en el suelo del establecimiento es algo puntual que solo podrá acreditarse a través de los *testigos presenciales*. Si estos testigos son familiares o amigos del lesionado, puede suponer que el tribunal no considere suficientemente probados los hechos. En este caso, la actora afirma que se cayó en el restaurante demandado cuando, al pasar por delante de la zona de cocina, donde existe un desnivel salvado por unos escalones y por una rampa de bajada, resbaló por la suciedad del suelo, en el que había restos de paillos, limón y grasa. El testigo presencial era su hijo, al que el tribunal no da credibilidad por considerar que tiene un evidente interés en el resultado del pleito y, aunque se presenta un informe de un *detective privado* que realiza una inspección en distintos días y constata que en el suelo se acumula restos de suciedad que pueden provocar una caída, considera que la condena no puede fundarse en el mismo, pues supondría aplicar el criterio de responsabilidad objetiva al establecer una conjetura de una posibilidad, y afirma que ello no es suficiente, sino que debe ser probado que efectivamente se dio esa causa en la caída (la suciedad del suelo), imputable a una omisión de las tareas de limpieza del restaurante.

En un supuesto similar, en el que la actora reclama al restaurante en el que se cayó por haber pisado una sustancia grasienta que había en el suelo, la testifical del encargado y socio del restaurante fue esencial, pues declaró que vio personalmente la mancha y que un camarero le había dicho que se le había caído de un plato y no le había dado tiempo a recogerlo. Por ello en este caso la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 393/2020, Sección 5.ª, de 13 de octubre<sup>11</sup> confirmó la sentencia de instancia que estimó la demanda.

No tuvo la misma suerte la clienta de una discoteca que, al entrar en la pista de baile resbaló y se cayó por estar el suelo resbaladizo. La demandada alego que la caída se produjo «bailando un eufórico tango» con otra persona que no pudo sujetarla al desprenderse en uno de los giros. La sentencia de instancia desestimó la demanda y, en el trámite de apelación, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia 375/2017, Sección 6.ª, de 27 de julio<sup>12</sup>, declara que

era necesaria una prueba clara y contundente que permitiese sostener sin duda alguna la existencia de líquidos o alguna otra sustancia que hiciese deslizante el suelo de la pista de baile, [y] solo hay un testigo que afirme la existencia de elementos líquidos en el suelo; se trata del testimonio del acompañante de la demandante, con quien había accedido a la pista de baile. Sin duda alguna, su testimonio es interesado en la medida en que, al margen de su relación de amistad, dicho testigo está, quiérase o no, implicado en la caída, toda vez que, según el resto de la prueba, aquel estaba bailando con ella en el momento de la caída. Por consi-

<sup>11</sup> Recurso número 132/2020; ponente: D.ª María Encarnación Aganzo Ramón.

<sup>12</sup> Recurso número 896/2016; ponente: D. Julio Cesar Picatoste Bobillo.

guiente, este testimonio, absolutamente teñido de interés, es inservible, y carece de credibilidad<sup>13</sup>.

### 2.1.5. Caída al chocar contra un perchero

Este caso puede ser paradigmático de la variedad de casos planteados en esta materia. Se trata de una señora que entra en una tienda de ropa y afirma que se tropezó con un taburete que estaba en medio del pasillo. La demandada alega que se trataba de un perchero y que era perfectamente visible. La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que no ha quedado acreditada la forma en que se produjo la caída, calificando el hecho de mero accidente fortuito. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 217/2019, Sección 5.ª, de 16 de abril<sup>14</sup> confirma la resolución al no considerar acreditado que existiera responsabilidad en la tienda, sino que la caída de la actora fue fortuita y accidental.

### 2.1.6. Caída en un almacén de patatas al ir a coger un saco

De nuevo nos encontramos dentro de los *riesgos ordinarios de la vida* y es que, a veces, la vida duele. Esta vez no hubo testigos de la caída, ocurrida en un almacén de venta de patatas, que se encontraban envasadas en sacos y estos agrupados en palés. Los sacos se sujetaban mediante una red que se iba retirando o apartando para acceder a ellos. La actora trataba de elegir un saco de patatas, y al moverse en la zona donde estos se encontraban cae al suelo. La sentencia de instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia núm. 121/2016, Sección 6.ª, de 7 de marzo<sup>15</sup> confirma la resolución al considerar que se trata de «una caída desdichada, debida al infortunio».

### 2.1.7. Caída en una tienda al tropezar con unas cajas

En este caso la actora tropezó con unas cajas que se encontraban en el suelo. Alega que las cajas dificultaban el tránsito por los pasillos. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao núm. 102/2015, Sección 5.ª, de 25 de mayo<sup>16</sup> considera que

<sup>13</sup> Tampoco prosperó la demanda de una persona que demandó al hotel en el que se organizaba el acto de entrega de diplomas del curso al que había asistido como alumna. SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, núm. 325/2917, de 30 junio (rec. núm. 783/2016; ponente: D. Julio César Picatoste).

<sup>14</sup> Recurso número 892/2017; ponente: D. José Javier Díez Núñez.

<sup>15</sup> Recurso número 426/2015; ponente: D. Julio César Picatoste Bobillo.

<sup>16</sup> Recurso número 36/2015; ponente: D.ª María Elisabeth Huerta Sánchez.

la caída de la actora se debió a que «tropezó con unas cajas que se encontraban en el suelo», cajas que lógicamente estaban a la vista y que debería haber visto de no ir circulando por los pasillos distraída o despreocupada, seguramente por ir pensando en lo que pretendía adquirir o por cualquier otra circunstancia similar, y ello con independencia de que pudiera calzar o no zapatos de tacón alto, como al parecer había comentado su esposo, poco después, según relató uno de los testigos en el juicio, siendo normal, por otra parte, como señala en la sentencia apelada, en esas fechas próximas a Navidad y Reyes, la afluencia de más clientela y la existencia de muchas más cajas de juguetes en ese tipo de establecimientos, pero, en cualquier caso, la existencia de bultos y cajas no precisaba de señalización, porque estaban manifiestamente a la vista, y buena prueba de ello es que la dependienta que acompañaba e iba un poco adelantada a la demandante no tropezó con ninguno de los bultos apilados, encontrándonos por todo ello ante un claro supuesto de *culpa exclusiva de la víctima*, que únicamente puede conducir a un pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

## 2.2. Caídas en los elementos comunes de la comunidad de propietarios

Las comunidades de propietarios deben efectuar los trabajos y obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento del edificio, incluyendo «las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal» (art. 10.1.a Ley de propiedad horizontal). Por lo tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones que genere daños puede dar lugar a la responsabilidad civil extracontractual de la comunidad.

Los accidentes más frecuentes (además de los producidos en los ascensores) son las caídas en el portal o las escaleras del edificio. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1014/2019, Sección 4.ª, de 9 de octubre<sup>17</sup> resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que estimaba la demanda de una copropietaria, que al dirigirse al ascensor se cayó al suelo al pisar un líquido resbaladizo que había en el suelo del vestíbulo. La comunidad se defendió alegando que el vestíbulo estaba en perfecto estado, y que lo que había en el suelo era «un leve goteo de origen desconocido, probablemente de una bolsa de basura que rezumaba». La audiencia considera que no tiene mayor trascendencia el hecho de que se tratara de una sucesión de gotas vertidas a lo largo del vestíbulo (posiblemente por alguna bolsa de basura que no cerrara herméticamente), o de una pequeña mancha. Lo que está admitido es que el líquido estaba en el pavimento y que, en cualquier caso, era de pequeñas dimensiones. Considera acreditado que existía un sistema

<sup>17</sup> Recurso número 215/2019; ponente: D. Vicente Conca Pérez.

de limpieza semanal por parte de cada propietario, que resultaba idóneo al no existir quejas sobre el mismo y entiende que no puede exigirse que la comunidad dispusiera de un sistema de limpieza permanente 24 horas al día, 365 días al año, que estuviera recorriendo continuamente el vestíbulo y la escalera y descansillos a fin de repasar cualquier vertido que se pudiera producir por acción de cualquier vecino o cualquier tercero visitante al inmueble. En definitiva, llega a la conclusión de que no existe una concreta atribución de *negligencia*, pues no entiende qué medida podía adoptar la comunidad para evitar que se produjera el hecho. Estima el recurso y desestima la demanda.

En el supuesto resuelto por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga núm. 701/2019, de 19 de diciembre<sup>18</sup> se examinó la demanda de una copropietaria que resultó lesionada al caerse por toparse con la escalera existente junto al portal del edificio en el que reside, por falta absoluta de visibilidad, al no estar operativa la instalación eléctrica. La demandada opuso que la iluminación de la zona es la misma desde hace varios años, conocida por todos los vecinos, sin que nunca haya existido queja alguna, y es suficiente para acceder y salir del edificio, contando además la escalera con una barandilla para asirse, cumpliendo así la normativa vigente. El tribunal razona que el lugar donde ocurre la caída es un pasillo exterior amplio, con un tramo de pasillo desde el portal del edificio hasta la puerta de salida a la vía pública. A la mediación de dicho pasillo existen tres escalones de escasa altura, con un pasamanos a la derecha, y unas jardineras escalonadas, de escasa altura, a la izquierda, según sentido de salida del portal; en la zona donde se produjo la caída nunca ha existido iluminación eléctrica propia de la comunidad, sino que proviene de la calle, situación que se remonta a años, llevando la actora viviendo en el edificio unos 13 años cuando se produjo la caída, por lo que debía conocer la situación del pasillo que conecta el portal y la puerta de salida a la vía pública, no constando queja alguna de los propietarios (ni de ella en particular) por insuficiente iluminación de la zona, lo que impide concluir que la caída se produjera por una falta de mantenimiento de la zona por parte de la comunidad de propietarios, ya que llevaba en el mismo estado años. No obstante, entiende que existen dudas de hecho y no impone las *costas*.

Valorando también el *conocimiento previo del copropietario* lesionado de la circunstancia a la que imputa su caída, fue desestimada la reclamación de un motorista que al bajar por la rampa del garaje se cayó de la moto por estar una parte de la rampa con un charco de agua. La sentencia núm. 221/2019, de 5 de abril, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>19</sup> indica que no puede entenderse intervención positiva u omisiva negligente por parte de las comunidades demandadas, pues si bien se ha acreditado que parte de la rampa de acceso al nivel 2 del parking se hallaba con agua, a consecuencia de un escape, tal extremo era conocido por el actor, existía espacio suficiente para que el

<sup>18</sup> Recurso número 1073/2018; ponente: D. Jaime Nogues García.

<sup>19</sup> Recurso número 251/2018; ponente: D.ª Isabel Adela García de la Torre Fernández.

mismo pudiera acceder a su plaza de aparcamiento sin pasar por la zona encharcada y, además, el agua, que no es por sí misma un elemento deslizante, se encontraba en la zona de salida, no de entrada, de la mencionada rampa, por lo que no solo pudo, sino que debió ser evitada por el actor si hubiera circulado correctamente. Respecto a esta cuestión no puede eximir de responsabilidad en la conducción al actor el hecho de que el mismo tuviera un hábito determinado para entrar en su plaza de aparcamiento, ya que hacía años que realizaba tal operación una o dos veces al día, pues, conociendo la situación en que se encontraba la rampa, lo lógico y prudente hubiera sido modificar este hábito para evitar rodar por la zona encharcada, sin que se haya acreditado que con una motocicleta tuviera que «abrirse» para acceder a su zona de aparcamiento.

La propia acción de la víctima en ocasiones se considera tan relevante que quedan relegadas otras cuestiones, como ocurrió en el caso de la copropietaria que tras acceder al patio de vecinos donde se le había caído un calcetín, haciendo uso de la llave que le facilitó el portero de la finca, como quiera que dicha prenda se encontraba depositada en el tejadillo de un cuarto de calderas allí existente, a una altura aproximada de entre 2 y 2,5 metros, y como no alcanzaba al lugar, tras subirse al zócalo de la claraboya más cercana, perdió el equilibrio y cayó sobre la claraboya, rompiéndose la misma y precipitándose desde una altura de 4 metros y medio. La actora alegaba que de haberse instalado y conservado la claraboya conforme a las exigencias legales, debería haber soportado perfectamente su peso. El asunto fue resuelto desestimando la demanda tanto en la instancia como en la apelación. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia núm. 361/2020, Sección 13.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre<sup>20</sup>, considera que la actora tuvo una actuación negligente y que hizo «un uso inadecuado de la claraboya», pues no constituye un elemento para ser transitado, ni tiene capacidad portante, siendo el fin al que están destinadas las claraboyas, dada su forma de semiesfera, con un zócalo de 10 o 12 cm, y una altura en su conjunto de casi medio metro, la de dar iluminación natural a la zona inferior sobre la que se encuentran<sup>21</sup>.

### 2.3. Caídas a caballo

Se trata aquí de una actividad que, objetivamente, implica un cierto riesgo, dado que hablamos de un ser vivo, cuyo comportamiento puede ser imprevisible, lo que no puede pasar desapercibido a aquel que pretende pasar un rato de ocio haciendo equitación. El

<sup>20</sup> Recurso número 618/2019; ponente: D.<sup>a</sup> María Jiménez García.

<sup>21</sup> En otro caso, una persona (en este caso un hombre) cayó al suelo al resbalar en una mancha de grasa cuando transitaba a pie por una rampa propiedad de la comunidad de propietarios, imputado a esta falta de limpieza y mantenimiento. La sentencia de primera instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia 147/2019, Sección 4.<sup>a</sup>, de 27 de febrero, confirmó la resolución. El tribunal pone de relieve que no hubo testigos presenciales de la caída y que no existe ninguna prueba de la existencia de grasa o sustancia resbaladiza.

poseedor del caballo es la persona que lo monta, sube voluntariamente al mismo y, por consiguiente, debe asumir los riesgos de la actividad en la que tiene una intervención directa y decisiva. No obstante, son abundantes las demandas consecuentes a los accidentes que se producen en este ámbito. La doctrina mayoritaria de las audiencias provinciales se inclina por resaltar los siguientes consideraciones sobre la responsabilidad derivada de la caída de un caballo: a) se trata de una *actividad de riesgo libremente asumida* por el usuario del servicio; b) no resulta de aplicación el artículo 1.905 del CC, por cuanto el poseedor del animal es el propio usuario; c) debe acreditarse la causa de la caída para determinar la posible responsabilidad del dueño del animal; d) no cabe invertir la carga de la prueba salvo que el riesgo haya sido intensificado por circunstancias no previstas<sup>22</sup>.

En el primer caso que examinaremos, una persona acudió a un centro que ofrece servicios de arriendo de caballos para paseos y excursiones y, en sus instalaciones, ante la monitora, se cayó por causas desconocidas, no constando ningún hecho o actividad de carácter anormal o extraordinaria imputable a la entidad ni a su monitora. Por ello, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga núm. 255/2020, Sección 5.ª, de 28 de mayo<sup>23</sup> entiende que desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual no existen elementos de imputación, por lo que no puede ser estimada la demanda, y tampoco desde la perspectiva contractual, al no constatar ningún incumplimiento contractual. En consecuencia, estima el recurso y revoca la sentencia de instancia que había estimado la demanda.

En el asunto visto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona núm. 385/2020, Sección 2.ª, de 16 de noviembre<sup>24</sup> tampoco prosperó la demanda formulada contra un centro hípico por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la caída de un caballo alquilado para la grabación de un *spot* publicitario. Declara la sentencia que

el deporte de la equitación, aun en las condiciones más favorables para su práctica, conlleva un grado de *riesgo inevitable* que surge por el hecho mismo de su práctica, que el jinete que alquila un caballo en una hípica, para ejercitarlo o simplemente pasear con él, lo asume. De forma que si ese riesgo deviene en un daño efectivo por caída del jinete, ello no da lugar a un derecho indemnizatorio a favor de quien lo sufre, frente al dueño del animal, ni por responsabilidad objetiva del art. 1905 del Código Civil, ni por culpa extracontractual o «aquiliana», del art. 1902, ni por responsabilidad contractual del art. 1101 y 1104, salvo en aquellos supuestos en que se den circunstancias particulares e imprevistas, que hayan incrementado el natural riesgo, provocando una interferencia causal en los parámetros normales y habituales en que se desenvuelve este tipo de contingencia. Y en el presente caso, no se ha acreditado ninguna incidencia que devalúe la ra-

<sup>22</sup> SAP de Málaga, Sección 4.ª, núm. 635/2013, de 12 de marzo.

<sup>23</sup> Recurso número 362/2018; ponente D.ª María Pilar Ramírez Balboto.

<sup>24</sup> Recurso número 394/2020; ponente D. José Isidro Rey Huidobro.



zonabilidad de la *asunción del riesgo* por parte del actor, jinete con experiencia al que se le cedió un espléndido animal (según se aprecia en el DVD acompañado con la demanda), para utilizarlo grabando un *spot* publicitario, que a todas luces era bien montado por el demandante mientras duró la grabación que obra en autos. Lo que ocurrió una vez concluida la grabación, bien sea que el animal se encabritó, sin motivo aparente, haciendo caer al jinete (versión de la parte actora); bien que la caída fue propiciada por la indumentaria de fantasía que utilizaba, al querer agarrar el sombrero mejicano que portaba y se le caía (versión de la parte demandada); o simplemente fue fortuita. Lo cierto es que todos estos supuestos entran dentro del riesgo asumido y no exigen una inversión de la carga de la prueba, para que sea el propietario del animal quien demuestre el cumplimiento de unas condiciones de diligencia y seguridad, que ni se citan ni se vislumbran como generadoras del nexo causal, con la correspondiente responsabilidad del titular del animal alquilado<sup>25</sup>.

Por el contrario, se obtuvo una estimación parcial de la demanda en el asunto visto por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, sentencia núm. 32/2020, de 6 de marzo<sup>26</sup> al estimar el tribunal la existencia de culpa compartida al 50 % entre las partes; de un lado, al constar que el mozo de cuadra se había ausentado, dejando a la menor con el poni y sin haberla prohibido subir al caballo en su ausencia; de otro, tampoco constaba que hubiera personal del centro hípico controlando la entrada y salida de caballos.

## 2.4. Juegos y espectáculos

Junto a los deportes de riesgo, los juegos en los que la persona interviene activamente tienen una gran aceptación. Seguramente la adrenalina tiene mucho que ver con ello. Estos juegos tienen un alto grado de riesgo que probablemente no es percibido al inicio, porque se presentan como eso, un juego.

### 2.4.1. Los castillos hinchables

La estadística judicial arroja un gran número de casos de lesiones en los aparentemente inofensivos castillos hinchables. Los argumentos utilizados para la interposición de la de-

---

<sup>25</sup> Tampoco prosperó la demanda interpuesta por las lesiones sufridas como consecuencia de la caída del caballo acaecida cuando la actora tomaba una clase de equitación para principiantes, al no estar acreditado que se omitieran las medidas de precaución o diligencia exigibles, ni fuese inadecuado el animal destinado a la clase, ni que tuviera un comportamiento anormal: SAP de Jaén, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 757/219, de 10 de julio (rec. núm. 890/2018; ponente: D. Rafael Morales Ortega).

<sup>26</sup> Recurso número 980/2018; ponente: D.<sup>a</sup> María Cristina Hermosilla Liu.

manda se fundamentan en la responsabilidad objetiva y son, en esencia, los siguientes: el menor se subió a la atracción con el convencimiento de que no iba a ocurrirle nada, pero resultó lesionado en su interior; que se golpeará con otro niño o no es irrelevante, pues el hecho de que el daño se produjera dentro de la atracción supone la responsabilidad del titular de la atracción; la ausencia de un protocolo de seguridad; existe responsabilidad objetiva, que conlleva una inversión de la carga de la prueba; no se dio información sobre el uso de la instalación; es el responsable de la atracción quien asume la carga de probar que el hecho que originó el accidente era imprevisible; quien desarrolla una actividad empresarial debe adoptar las medidas necesarias y desde que el niño accede a la atracción queda a su cuidado y garantiza su seguridad; es de aplicación la doctrina sobre la responsabilidad por riesgo.

En este contexto, las respuestas desestimatorias se basan esencialmente en la imposibilidad de aplicar la *doctrina de la responsabilidad objetiva*; estos son los argumentos más destacados que vamos a sintetizar seguidamente: primero, debe efectuarse un reproche culpabilísimo a la propietaria de la atracción<sup>27</sup>. Segundo, el principio de *competencia de la víctima* impide trasladar al propietario del elemento donde se produjo el daño la responsabilidad del mismo, sufrido por el menor cuando los padres del menor hubieran descuidado su vigilancia o no hubieran previsto el peligro<sup>28</sup>. Tercero, el principio denominado de *asunción del riesgo* por parte del usuario implica que si el usuario asume el riesgo que conlleva el uso de una instalación, aquel que explota el negocio queda eximido de responsabilidad y no ha de responder del daño. Ahora bien, la afirmación anterior tampoco es absoluta, en la medida en que la jurisprudencia ha ido matizándola, en el sentido de exigir que para que el usuario asuma el riesgo es necesario que se le advierta del mismo y de los medios que ha de adoptar para evitarlo o aminorarlo; siendo precisamente estos los extremos sobre los que se opera la *inversión de la carga de la prueba*, correspondiendo la misma a los demandados<sup>29</sup>. Cuarto, aunque el negocio tenga ánimo de lucro ello no conduce a una inversión de la carga de la prueba, pues el criterio de culpa continúa siendo básico en nuestro derecho positivo, siendo del todo punto improcedente que por el mero acaecimiento del daño se exija el deber de resarcir. A pesar de la evolución objetivista, no se excluye en modo alguno el principio de responsabilidad por culpa<sup>30</sup>. Quinto, los pro-

<sup>27</sup> SAP de Segovia, Sección 1.ª, núm. 281/2016, de 13 de junio (rec. núm. 465/2016); ponente: D.ª María Asunción Ramírez Sainz de Murieta.

<sup>28</sup> SAP de Gerona, Sección 1.ª, núm. 180/2016, de 29 de junio (rec. núm. 676/2015); ponente: D. Fernando Ferrero Hidalgo. Asimismo, debe considerarse que el hecho de que los padres del menor no puedan entrar en la atracción no convierte a los establecimientos en auténticos centros de control y seguridad y vigilancia que asuman el estado del menor (SAP de Toledo, Sección 2.ª, núm. 39/2019, de 11 de febrero (rec. núm. 350/2018; ponente: D.ª M.ª Isabel Ochoa Viadur).

<sup>29</sup> SAP de La Coruña, Sección 6.ª, núm. 371/2016, de 27 de diciembre (rec. núm. 287/2016); ponente: D. Alejandro Morán Llorden.

<sup>30</sup> SAP de Barcelona, Sección 14.ª, núm. 638/2017, de 12 de diciembre (rec. núm. 229/2016); ponente: D. Sergio Fernández Iglesias.

genitores o cuidadores de los menores que utilizan la atracción de castillos hinchables o similares son conscientes, o deben serlo, de que asumen el riesgo de que los menores se caigan al saltar y puedan hacerse daño; quiere ello decir que la responsabilidad del propietario de la atracción no deriva del hecho de la existencia de la lesión sufrida, sino que se ha de demostrar que la referida atracción no reunía las condiciones adecuadas para su uso y es la parte actora que ejercita una acción de responsabilidad extracontractual la que ha de probar los hechos de los que se deriva dicha responsabilidad. Y el hecho de que el castillo hinchable no cumpliera la normativa de aplicación en la fecha del hecho, en cuanto a su documentación y en cuanto a las inspecciones que deben realizarse del mismo, no ha de suponer necesariamente que a su propietario le sea imputable la lesión sufrida por el menor<sup>31</sup>.

Y es que allí donde hay muchos niños pequeños celebrando un cumpleaños es posible que sucedan los accidentes; en este sentido, y sin perjuicio de remitirnos a lo que se expone más abajo, procede recordar únicamente que los monitores deben vigilar, no basta con que estén presentes, y que los padres no dejan nunca de ser los máximos garantes de la seguridad de sus hijos<sup>32</sup>.

## 2.4.2. Lesiones de un espectador

El actor acudió a un evento de exhibición de coches tuneados y se encontraba entre el público asistente; fue llamado por el conductor de uno de los coches que estaba efectuando una demostración de habilidad al volante, que la sentencia califica de *arriesgadas maniobras* (acelerones, frenazos, circular haciendo ochos); en la pista ya estaban dos personas, colaboradoras del conductor situadas en fila, y el actor se situó detrás, pasando entonces a ser tres los integrantes; la maniobra que debía realizar el piloto era colocar el coche en marcha sobre dos ruedas laterales y lo hizo, pero al acercarse al actor circulando sobre las dos ruedas del lado izquierdo (delantera y trasera izquierda), cayó sobre sus cuatro ruedas,

<sup>31</sup> SAP de Cádiz, Sección 2.ª, núm. 300/2019, de 30 de septiembre (rec. núm. 222/2019); ponente: D.ª Concepción Carranza Herrera.

<sup>32</sup> Así, la SAP de Logroño, Sección 1.ª, núm. 374/2019, de 17 de septiembre, revoca la de instancia que desestimó la demanda. También por falta de vigilancia se produce la condena al responsable de la instalación en el asunto visto por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, núm. 370/2020, de 4 de noviembre. Considera que debe valorarse «la corta edad del lesionado que no deja de ser un irresponsable consumidor de los servicios del aparato del que se lucra el establecimiento del demandado», y en cuanto a la vigilancia indica que no se cumple el deber de cuidado con la mera presencia de una persona, sino que esta debe estar pendiente de los niños y, al margen de las normas administrativas reguladoras de este tipo de atracción, considera la existencia de un hecho que considera evidente: «la configuración del aparato no pudo evitar la lesión del niño tras caerse en su recinto».

de manera que fue golpeado por el vehículo, sufriendo el actor graves lesiones. Considera el tribunal que su causa directa e inmediata es la acción del conductor,

que no se condujo con la pericia que debía y de la que presumía en la verificación de dicha maniobra, ya peligrosa por sí misma, no solo para el mismo sino para las personas –tres– que se encontraban en la pista, situadas en línea, y que habían de ser superadas y esquivadas en su trayectoria.

El tribunal entiende también que, a pesar de que la participación del actor fue voluntaria, no asumió el riesgo, pues no se puede asumir lo que no se conoce, y afirma que «lo que la víctima conoce y acepta es exponerse a un accidente: este es el riesgo que el sujeto asume y no, necesariamente, el tipo de daño»<sup>33</sup>. Considera el tribunal que en este caso el actor «confiaba en la pericia y destreza del profesional al volante, en aras de no sufrir daño alguno, confianza en la que se vio defraudado».

## 2.5. Lesiones en casas de familiares y amigos

¿Puede acabar mal una cena entre amigos en esa casa tan maravillosa que tienen? Indudablemente.

Nos acechan infinidad de peligros: un escalón que divide el salón del comedor y que no vemos, las escaleras que bajan al jardín y que están resbaladizas, los juguetes de los niños, que están tirados por todas partes, o un suelo mojado, entre otros.

¿Incluso en esas circunstancias se pretende obtener del amigo o familiar una indemnización por el accidente? Pues sí. Algunas veces el tema se justifica porque a quien se reclama no es al amigo, sino a la compañía de seguros que cubre su responsabilidad civil. En algunas resoluciones, como veremos, el propietario de la vivienda incluso escribe documentos responsabilizándose del accidente y eximiendo de cualquier tipo de desatención o torpeza al amigo accidentado. A la aseguradora le queda poco margen de defensa o, al menos, lo tiene más comprometido. Suelen solicitar que no se tome en cuenta, por lo fácil que sería la comisión de fraudes.

¿Va a ser necesario hacer firmar a nuestros invitados un *documento de exención de responsabilidad* antes de que entren en nuestro domicilio?

---

<sup>33</sup> Indica el tribunal que la aceptación de los daños y la aceptación (asunción) de los riesgos son figuras completamente distintas. La asunción de riesgos se diferencia del consentimiento del perjudicado en que no hay voluntad de aceptar un daño actual, sino la voluntad de aceptar la exposición a un daño eventual.

### 2.5.1. Caída al pisar un juguete con el que había estado jugando el hijo del anfitrión ante el lesionado

El caso ha sido resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 58/2015, Sección 9.ª, de 16 de febrero<sup>34</sup> y nos coloca ante el concepto de *riesgo normal u ordinario de la vida*. El actor, que se define como amigo del demandado, fue a su casa de visita. El demandado tenía dos niños de 5 y 8 años que jugaban a su alrededor, entrando y saliendo. Cuando concluyó la visita, el actor se levantó para irse sin darse cuenta de que en el suelo había un tractor de juguete de 12 cm, es decir, perfectamente visible. Lo pisó y cayó al suelo, causándose lesiones. El actor responsabiliza a su amigo, por considerar que debía conocer el tipo de juguetes que usaban sus hijos y el peligro que representaban si se dejaban abandonados. El demandado alega que la presencia de un juguete en un lugar donde juegan niños es algo normal y previsible, y que no se puede enjuiciar la conducta de menores en términos de negligencia de la que hayan de responder los padres, e imputa falta de atención al actor.

La sentencia de instancia condena al demandado al pago por considerar que los padres debieron extremar la precaución para retirar los juguetes que los niños que jugaban a su alrededor habían dejado en el suelo, evitando que su visitante pisara uno y cayera al suelo.

Recurrida en apelación, la audiencia revoca la sentencia por considerar que siendo el actor amigo del demandado, debía conocer perfectamente la composición de la familia y, por lo tanto, la existencia de dos niños pequeños. Afirma que el hecho de que los niños, que están en su casa, jueguen en el suelo con juguetes tan normales como el tractor que pisó el actor responde a la cotidianidad de la vida. No impone las costas, a pesar de revocar la sentencia para desestimar la demanda, por considerar que existen dudas de derecho, dado lo casuístico de la jurisprudencia.

### 2.5.2. Caída al pisar un juguete que estaba en el pasillo

En este caso, que resuelve la sentencia del Tribunal Supremo núm. 831/2007, de 17 de julio<sup>35</sup>, la actora había acudido a cenar a casa de los demandados junto a unos amigos comunes, y al entrar en el domicilio pisó un juguete con ruedas que se encontraba en el pasillo que estaba a oscuras, cayendo al suelo y lesionándose.

<sup>34</sup> Recurso número 598/2014; ponente: D. Andrés Montalbán Avilés.

<sup>35</sup> Recurso número 2727/2000; ponente: D. Francisco Marín Castán. La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 1 de septiembre de 1999, dictada en el rollo de apelación núm. 875/1999.

La sentencia de instancia desestimó la demanda con imposición de costas a la actora. Razona, de un lado, que la actora se había adentrado por el pasillo oscuro por su propia voluntad, sin encender la luz ni pedirselo a los demandados, asumiendo así «el riesgo inherente al deambular sin luz siendo presumible, por tratarse de una casa habitada, que sus estancias se hallan ocupadas por muebles u otros objetos»; y de otro, que «disponer de juguetes con ruedas en un domicilio no puede calificarse como ejercicio de una actividad de riesgo».

Recurrida en apelación, la audiencia revoca la sentencia y condena a los demandados por considerar que son responsables por no haber encendido la luz del pasillo y no haber procurado que este se encontrara despejado de todo obstáculo que pudiera poner en peligro el estado físico de los invitados. Ahora bien, recurrida en casación, el Tribunal Supremo casó la sentencia y confirmó la de primera instancia, que desestimó la demanda por considerar que

la conducta de la demandante, recibida por el marido demandado a la entrada de la casa pero encaminándose en seguida por su cuenta hacia la cocina para ver a la esposa codemandada, revela un importante grado de proximidad o especial confianza con sus anfitriones, que hace inexigible en estos una diligencia tan extrema que les obligara a encender el tramo intermedio o en ángulo del pasillo, además del inicial y el final que sí estaban iluminados, y a haber reiterado de este tramo cualquier juguete por pequeño que fuera, pues nunca llegan a describirse mínimamente las características del juguete en cuestión, salvo que tenía ruedas.

### 2.5.3. Caída por unas escaleras sin barandilla al pisar un cochecito

El asunto al que alude la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 273/2009, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de junio es un claro ejemplo de cómo en ocasiones la amistad puede ser muy subjetiva; por difícil que resulte entender, un amigo demanda a otro porque se cayó por las escaleras de su casa, a la que acudía regularmente y conocía sobradamente<sup>36</sup>. De nuevo, la sentencia trae a colación el concepto de riesgo general de la vida, aludiendo a una especie de esquizofrenia *social indemnizatoria* que vendría a operar al modo del derecho anglosajón, pero, desde luego, desconocida por nuestro derecho.

### 2.5.4. Caída al resbalar por un líquido que había en el suelo

En el caso al que expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 184/2017, Sección 11.<sup>a</sup>, de 19 de mayo<sup>37</sup>, el actor fue a pasar la noche de fin de año junto

<sup>36</sup> Recurso número 336/2009; ponente: D.<sup>a</sup> María Begoña Rodríguez González.

<sup>37</sup> Recurso número 664/2016; ponente: D.<sup>a</sup> María de los Desamparados Delgado Tortosa.

con su esposa y otros amigos a casa de la demandada, de la que también era amigo. En un momento dado, se levantó de la mesa donde se hallaba para dirigirse a otro extremo del salón, y cuando estaba caminando, resbaló sobre unos restos de refrescos y comida que había en el suelo, cayendo por tal motivo y sufriendo fractura de radio distal izquierdo. Afirma que la caída fue consecuencia de la falta de diligencia de la demandada, por no limpiar los restos de comida y líquidos vertidos en el suelo de su casa.

La sentencia de instancia desestimó la demanda con imposición de costas al actor, al considerar que no puede apreciarse conducta negligente en la demandada; pero fue recurrida en apelación y la audiencia revocó la sentencia solo en el extremo relativo a la imposición de costas, al entender que había dudas de hecho y de derecho que aconsejaban su no imposición, dado que la amiga demandada suscribió un documento en el que reconocía que había sido poco diligente al no proceder a la inmediata limpieza del suelo.

### 2.5.5. Caída en la cocina del demandado al resbalar con una mancha de aceite

Verdaderamente las visitas pueden terminar mal a causa de las caídas en casa ajena, convirtiendo lo que tenía que haber sido una buena velada en una auténtica pesadilla, y buena muestra de ello la encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, núm. 375/2016, Sección 3.<sup>a</sup>, de 4 de noviembre<sup>38</sup>, en la que el actor fue a visitar a un tío suyo, resbalando con una mancha de aceite existente en el suelo de la cocina, que se produjo porque este se encontraba trasvasando aceite de una garrafa a otra. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y la audiencia la confirmó con fundamento en que se trataba de una situación de *peligro previsible*.

### 2.5.6. Caída en la cocina por estar el suelo mojado

La actora fue a casa de sus cuñados (a los que no demanda, pues dirige la acción solo frente su aseguradora), para comer con ellos. Le abre la puerta una hija del propietario y se fue a la cocina para saludar a su cuñada, cayendo al suelo, al estar este mojado por una avería en el fregadero, que se había producido a primera hora de la mañana y no había podido ser reparada por ser festivo. Nadie le advirtió de la existencia de agua en el suelo de la cocina. La sentencia de instancia desestima la demanda.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia núm. 596/2014, Sección 9.<sup>a</sup>, de 26 de diciembre<sup>39</sup>, revoca la sentencia y condena a la aseguradora argu-

<sup>38</sup> Recurso número 599/2016; ponente: D. Enrique Emilio Vives Reus.

<sup>39</sup> Recurso número 735/2014; ponente: D. José Antonio Pérez Nevot.

mentando, en apretada esencia, que si bien no nos encontramos ante *expedientes paliativos de culpabilidad*, el asegurado no actuó con la diligencia de un buen padre de familia, ya que debió velar por que se advirtiera a su cuñada del estado del suelo de la cocina, y el accidente no puede subsumirse en el concepto de *caso fortuito*.

### 2.5.7. Caída al vacío de una menor estando en la vivienda de sus abuelos

El asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia núm. 245/2019, Sección 17.<sup>a</sup>, de 4 de abril<sup>40</sup> es el fiel reflejo de un drama familiar, que concluyó con el fallecimiento de una niña de año y medio que se encontraba en la vivienda de sus abuelos paternos y súbitamente salió corriendo hacia el balcón desde la cocina, cayendo al vacío. La madre demandó a los abuelos, pero el pleito no prosperó en esencia porque la diligencia debida en la custodia de la menor no puede significar un control exhaustivo de su movilidad que impidiese a la misma incluso moverse por la vivienda (lo contrario implicaría tanto como exigir que se mantuviese a la menor inmovilizada); debe llegarse a la conclusión que el lamentable suceso fue un hecho fortuito respecto del que la demandada no puede ser responsabilizada (art. 1105 Código Civil).

### 2.5.8. Caída de menor al resbalar con una alfombra

Hecho similar, aunque no tan grave como el anterior, lo resuelve la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia núm. 358/2017, Sección 4.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre<sup>41</sup> que, de nuevo, no da lugar a indemnización solicitada con base en la doctrina conocida como los *riesgos generales de la vida*, que excluye el que se deba asumir por el titular de una vivienda el resarcimiento de un daño que no tiene el deber jurídico de soportar. No obstante, no impone las costas de la instancia.

### 2.5.9. Corte en un dedo cuando limpiaba un vaso

La actora fue de visita a casa de su suegro y se puso a limpiar un vaso. En ese momento su suegro quiso dejar una taza en el fregadero, pero golpeó el vaso, rompiéndolo, lo que causó a la actora un corte sobre el tercer dedo de la mano izquierda, estando 143 días de baja impeditiva. Entiende que existe *culpa* siquiera mínima o *levísima* por encontramos ante un accidente doméstico, ya que el demandado debería haber prestado más atención a la hora de depositar el plato, con la taza, en el fregadero, debiendo haber sujetado los objetos

<sup>40</sup> Recurso número 1032/2018; ponente: D. Juan León Reina.

<sup>41</sup> Recurso número 235/2017; ponente: D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.



con las dos manos y dejarlos en la encimera hasta que la actora terminara lo que estaba haciendo, evitándose así el resultado. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

La sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 244/2014, Sección 3.<sup>a</sup>, de 24 de octubre<sup>42</sup>, confirma la de instancia y fundamenta su decisión en lo siguiente:

No es de apreciar ninguna clase de culpa o negligencia en el demandado propietario de la vivienda donde ocurre el siniestro que ahora se enjuicia. Nos encontramos ante un accidente que se produce en el contexto de una actividad doméstica ordinaria y cotidiana, como es la recogida y depósito de la vajilla en la fregadera para su lavado, sin que pueda decirse que comporte ningún riesgo especial ni por consecuencia exija extremadas medidas de protección o vigilancia, entrando la rotura de un vaso de cristal, un plato o cualquier otro elemento de vajilla de similares características en las circunstancias concurrentes del caso concreto, tal y como se señalan en el escrito de demanda, dentro de la absoluta normalidad de un hogar, siendo por ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ha sido citada anteriormente, correcta la calificación que realiza el juez de instancia del suceso acaecido como un desgraciado accidente.

## 2.6. Daños causados por ascensores

Verdaderamente, parece que coger un ascensor para desplazarse dentro de un determinado edificio no implica actividad de riesgo alguno, sin embargo, no son pocos los pleitos incoados a cuenta de puertas que se cierran inopinadamente golpeando al sufrido perjudicado o de cabinas que se precipitan al vacío generando entonces daños de mayor calado. En este contexto, la respuesta que están dando los tribunales podemos decir que no difiere de la que ya se ha analizado en relación con otros casos concretos de accidentes de la vida cotidiana. Es decir, que la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC impone un criterio subjetivista, basado en la culpa o la imprudencia, de manera que exceptuando actividades que implican de por sí un elevado nivel de riesgo, no cabe imponer una responsabilidad objetiva<sup>43</sup>.

### 2.6.1. Cuando el lesionado es consumidor o usuario

Ahora bien, si el sufrido lesionado asume la condición de consumidor o usuario, manteniendo el criterio subjetivista anteriormente expuesto, hemos de recordar la inversión de la carga de la prueba que postula el artículo 147 del texto refundido de la Ley general de defen-

<sup>42</sup> Recurso número 3294/2014; ponente: D.<sup>a</sup> María del Carmen Bildarraz Alzuri.

<sup>43</sup> La STS de 17 de diciembre de 2007.

sa de los consumidores y usuarios, en cuya virtud son los prestadores de servicios quienes deben probar que cumplieron con todas las exigencias de seguridad, poniendo el acento no tanto en la actuación negligente de estos, sino en la seguridad que todo ciudadano o usuario puede legítimamente esperar, apartándose de la clásica concepción culpabilística. En particular, y por poner varios ejemplos citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 553/2019, de 21 de octubre<sup>44</sup>, en todo caso se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Pese a ello, la responsabilidad no llega a ser objetiva, puesto que mantiene como premisa que los daños originados lo fueran en el correcto uso de los *servicios*.

### 2.6.2. Lesiones causadas por las puertas del ascensor

Partiendo de lo anterior, en el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 131/2020, Sección 8.<sup>a</sup>, de fecha 28 de septiembre<sup>45</sup> la demandante reclamó por las lesiones sufridas al cerrarse la puerta automática del ascensor de un centro comercial en el que había estado realizando unas compras, y el juzgado de primera instancia le dio la razón, condenando a la entidad demandada al abono de la correspondiente indemnización. Se da la circunstancia de que el hijo menor de la demandante pudo intervenir accionando uno de los botones del elevador, pese a lo cual el juzgado consideró que tal intervención no tuvo reflejo en el hecho probado del funcionamiento anormal de las puertas del ascensor que, sin dejar trascurrir tiempo suficiente, se cerraron sorpresivamente golpeando a la demandante. La audiencia provincial confirmó la sentencia de primera instancia, al declarar que, pese a que el ascensor contara con las medidas y mecanismos de seguridad adecuados y de que la entidad demandada hubiera cumplido las medidas de control y mantenimiento reglamentarios, de la grabación en la cámara de seguridad del ascensor se observa que nada más abrirse la puerta y salir la actora del ascensor esta se cierra casi de forma inmediata, apenas dos segundos después. Se impone, por tanto, la responsabilidad de la apelante al no haber acreditado que el ascensor, concretamente el mecanismo o temporizador de cierre de la puerta, funcionara correctamente en el momento del accidente, evidenciando el cierre en escasos segundos, sin tiempo hábil para permitir la salida del usuario, su *anómalo funcionamiento*.

Por el contrario, en el supuesto de la sentencia de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 332/2019, Sección 5.<sup>a</sup>, de 5 de julio, en el que también se reclamaban daños con fundamento en un cierre sorpresivo de las puertas del ascensor, el resultado fue desestimatorio, es decir, absolutorio para la comunidad, la empresa de mantenimiento y la aseguradora

<sup>44</sup> Recurso número 200/2018; ponente: D. Gonzalo Ferrer Amigo.

<sup>45</sup> Recurso número 130/2020; ponente: D.<sup>a</sup> María Esther Martínez Saiz.

demandada<sup>46</sup>. Para la audiencia fue correcta la desestimación de la demanda que hizo el juzgado de primera instancia, por no haber quedado acreditado el nexo causal entre una acción u omisión negligente de los codemandados y el resultado dañoso, al considerar que el desprendimiento del audífono del hijo de la demandante no puede atribuirse a un defectuoso funcionamiento del cierre automático de las puertas del ascensor. Por lo tanto, si alega que el audífono de su hijo se cayó y se estropeó a consecuencia del cierre inopinado de las puertas del ascensor, más allá de su simple afirmación (interesada por otra parte), debe aportar elemento probatorio del que pueda colegirse que en verdad existió la culpa de la parte demandada, pues de lo contrario correrá el riesgo de meterse de lleno en un proceso judicial que le supondrá gastos y quebraderos de cabeza.

Y atención, porque lo que no cabe en ningún caso es pretender un resarcimiento económico cuando ha sido la conducta de la propia lesionada la que ha causado el daño; en el supuesto al que alude la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, núm. 606/2018, Sección 1.ª, de 12 de junio<sup>47</sup>, la demandante refería haber sido golpeada por las puertas del ascensor en El Corte Inglés; sin embargo la demanda no prosperó porque quedó probado que fue ella quien se precipitó hacia el interior de la cabina cuando las puertas ya se estaban cerrando. Ello sin perjuicio de que en la sentencia se alude a la escasa verosimilitud de las lesiones invocadas, dada la levedad del golpe, lo que se trae a colación para recordar que aun cuando exista tentación de sobrevalorar las lesiones presuntamente provocadas, engordando con ello las indemnizaciones solicitadas, quizás no sea lo más conveniente por cuanto repercutirá finalmente en las costas del procedimiento si se pierde el juicio<sup>48</sup>.

### 2.6.3. Caídas al salir del ascensor

De otro lado, de nuevo nos topamos con una indemnización que pudo ser y no fue; es el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 522/2017, Sección 13.ª, de 5 de octubre<sup>49</sup>, en que lo que acontece es una caída al salir de un ascensor por existencia de desnivel entre el rellano y la puerta del elevador; pero en este supuesto, el tribunal consideró que el *riesgo era previsible* (todos los vecinos eran conocedores de la existencia del desnivel) y la caída fue producto de los riesgos normales de la vida que acechan en cada esquina. En particular, la audiencia consideró que no excediendo el riesgo del uso del ascensor de los normales de la vida y siendo el desnivel una circunstancia

<sup>46</sup> Recurso número 112/2018; ponente: D. Carlos Augusto García Van Isschot.

<sup>47</sup> Recurso número 1783/2017; ponente: D.ª Ana Manella González.

<sup>48</sup> Igualmente, hubo pronunciamiento desestimatorio en la SAP de Valladolid núm. 264/2019, Sección 1.ª, de 25 de junio de 2019, por no haberse acreditado negligencia en relación con el funcionamiento y el mantenimiento del ascensor, o que las puertas funcionaran incorrectamente (rec. núm. 16/2019; ponente: D.ª Emma Galcerán Solsona).

<sup>49</sup> Recurso número 1034/2016; ponente: D.ª María Pilar Ledesma Ibáñez.

conocida, y con ello previsible para todos los vecinos del inmueble, no cabía la inversión de la carga probatoria, debiendo ser la actora la que acreditara la responsabilidad de la comunidad de propietarios demandada, lo que al no haber conseguido supuso la desestimación de la demanda, posteriormente confirmada por la audiencia provincial. Y es que, no todo daño es susceptible de ser indemnizado. Buena muestra de esto último es lo que resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, núm. 499/2017, Sección 3.ª, de 20 de diciembre<sup>50</sup>, atinente a un supuesto en que la demandante aducía haber sufrido una caída dentro de la cabina del ascensor al desplomarse esta dentro de su comunidad, pero sin prueba de cómo sucedió en verdad el percance; en el caso quedó demostrado que el ascensor en cuestión había estado sufriendo averías, paradas e interrupciones, si bien cosa distinta es que la cabina se desplomara al vacío, lo que al no haber sido debidamente acreditado determinó la desestimación del recurso de apelación. En definitiva, que la presunta «precipitada» no obtuvo su ansiada indemnización, como tampoco aconteció en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 348/2919, Sección 5.ª, de 24 de octubre, que eximió de responsabilidad a la empresa de mantenimiento del ascensor<sup>51</sup>.

#### 2.6.4. Desniveles al salir del ascensor

Volviendo con los temidos, a la par que socorridos, desniveles, a la misma conclusión desestimatoria llega la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 120/2017, Sección 3.ª, de 14 de marzo de 2018<sup>52</sup>, en la que se dilucidaba la posible responsabilidad de la empresa de mantenimiento con motivo de la caída de una vecina al quedar un desnivel tras la parada del ascensor. En el caso, la conclusión fue que, dada la antigüedad del aparato y la imposibilidad de evitar el desnivel, siendo la única solución la modernización del ascensor, desechada por los copropietarios, lo que no cabía era imputar responsabilidad a la empresa de mantenimiento de la comunidad. En el caso, hubo continuas incidencias, teniendo conocimiento la comunidad de propietarios de las mismas, pero a esta le correspondía haber tomado la decisión de modernizar el ascensor, y la no ejecución de dicha voluntad fue la circunstancia determinante para que el juzgado desestimase la demanda contra la empresa de mantenimiento<sup>53</sup>. Y es que con los desniveles hemos topado; son muchos los juicios que se han desarrollado con motivo de caídas provocadas por el desnivel que queda tras la parada del ascensor, pero, como venimos comentando, no todas susceptibles de generar indemnización por daño causado<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Recurso número 454/2017; ponente: D.ª M.ª Concepción Marco Cacho.

<sup>51</sup> Recurso número 40/2019; ponente: D. Julio Tasende Calvo.

<sup>52</sup> Recurso número 1/2018; ponente: D.ª M.ª Concepción Marco Cacho.

<sup>53</sup> En el mismo sentido, confirmando la sentencia de instancia en un supuesto de caída de un vecino al salir del ascensor por la existencia de un desnivel se pronuncia la SAP de Barcelona núm. 201/2018, Sección 19.ª, de 3 de mayo de 2018 (rec. núm. 896/2016; ponente: D. José Juan Moreno Ruiz).

<sup>54</sup> En el sentido de confirmar la desestimación de la demanda, SAP de Vizcaya núm. 853/2018, Sección 4.ª,

Llegados a este punto, quizás podamos extraer una conclusión no jurídica: visto lo visto, parece que los ascensores los carga el diablo, pues en un momento dado tan peligroso puede ser salir del ascensor, como entrar en semejante artefacto; ello no obstante, no perdamos de vista, pese a lo contundente de esta última afirmación, que montar en ascensor no llega a la consideración de actividad peligrosa o especialmente peligrosa susceptible de provocar una objetivación de la responsabilidad. Así las cosas, en el supuesto al que alude la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, núm. 442/2018, Sección 4.ª, de 5 de julio<sup>55</sup>, la víctima se disponía a entrar en el ascensor de su comunidad de vecinos cuando al existir un elevado escalón de unos 30 o 40 centímetros cayó a su interior, sufriendo lesiones de distinta consideración. La lesionada demandó a la empresa de mantenimiento, que esta vez sí resultó condenada, al haberse probado su falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación de mantener el ascensor en estado normal que impidiera incidentes como el acontecido.

### 2.6.5. Lesiones provocadas por la parada en seco del ascensor

Igual suerte condenatoria sufrieron la comunidad demandada y la empresa de mantenimiento competente en el caso al que alude la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila núm. 143/2019, Sección 1.ª, de 21 de marzo<sup>56</sup>; en este supuesto, el ascensor se paró en seco entre dos plantas cuando estaba llegando al final, provocando lesiones por corte en el demandante. En dicho ascensor viajaban varias personas, y aunque las demandadas trataron de eximirse de toda responsabilidad argumentando que el lesionado pesaba mucho (véase la falta de enjundia jurídica del argumento) y que hubo *culpa exclusiva de la víctima*, por cuanto intentó salir del ascensor forzando las puertas, sin esperar a que llegara el técnico, los esfuerzos defensivos fueron en vano. La audiencia provincial declaró probado que el ascensor falló, bien por su antigüedad, o bien debido a que le fallaran piezas esenciales. En cualquier caso, no es culpa de las personas que iban en el mismo, sino de la comunidad, que debiera de haber sustituido el ascensor por uno nuevo o bien reparado el mismo.

### 2.6.6. A vueltas con la correa del perro y las puertas del ascensor

Si malo es quedarse encerrado en un ascensor, mucho peor parece quedarse atrapado dentro con el perro fuera mientras se sostiene la correa del can; en este punto, procede avisar: cuidado con las averías ordinarias de los ascensores a las que no damos importancia. En el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 553/2019, Sección 19.ª de 21 de octubre, la «broma» terminó con la amputación de un dedo de una mano de la demandante, y dada la relación causal entre la situación del ascensor previa y

---

de fecha 4 de diciembre de 2018 (rec. núm. 816/2018; ponente: D.ª María Lourdes Arranz Freijo).

<sup>55</sup> Recurso número 128/2017; ponente: D. Jaime Nogues García.

<sup>56</sup> Recurso número 489/2018; ponente: D. Miguel Ángel Callejo Sánchez.

simultánea al siniestro con afectación de su funcionamiento, detectado o no, y las graves lesiones de la consumidora, la audiencia provincial revocó la sentencia del juzgado de primera instancia que había absuelto a la aseguradora, para esta vez condenarla.

### 2.6.7. Caídas dentro del ascensor

Que se precipita usted dentro del ascensor y eso le ocasiona daños, ya puede demostrar que fue por culpa de la comunidad o de la empresa de mantenimiento; en el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria núm. 212/2019, Sección 1.<sup>a</sup>, de fecha 16 de diciembre<sup>57</sup> no quedó acreditado que por parte de la comunidad de propietarios que se hubiere incurrido en algún tipo de acción u omisión impregnada de la necesaria falta de diligencia en el mantenimiento del servicio, dado que tenía suscrito un contrato de mantenimiento con una empresa especializada, no se había detectado ninguna anomalía previa y se encontraba dentro del periodo ordinario de revisiones que realizaba regularmente la empresa de mantenimiento. No se aprecia omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o de precaución que deban considerarse exigibles a la comunidad de propietarios. En definitiva, la instalación de un ascensor, acorde a la normativa, con mantenimiento adecuado, por parte de una empresa especializada, no permite atribuir a la comunidad de propietarios una conducta imprudente o negligente en el mantenimiento y conservación de sus instalaciones<sup>58</sup>.

## 2.7. La mordedura de un perro

¿Pasear al perro constituye actividad de riesgo? A estas alturas cualquiera podría responder que en principio no, y que es una actividad de lo más placentera. Sin embargo, también puede terminar mal. Veamos someramente algunos ejemplos.

### 2.7.1. Mordedura al intentar separar a perros peleando

En el supuesto que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 71/2020, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de febrero<sup>59</sup>, el demandante se vio involucrado en una pelea

<sup>57</sup> Recurso número 230/2019; ponente: D. José Manuel Sánchez Siscart.

<sup>58</sup> ¿Y si me caigo por el hueco del ascensor de un edificio en construcción? La SAP de Valencia núm. 234/2019, Sección 8.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2019 (rec. núm. 28/2019; ponente: D. José Luis Gómez Moreno-Mora) confirmó la desestimación de la demanda; bien es cierto que el demandante se había precipitado por el hueco del edificio a una hora intempestiva, en un edificio abandonado y con intenciones nada claras.

<sup>59</sup> Recurso número 139/2019; ponente: D. Alfonso Merino Rebollo.

entre su propio perro y otro can, y al intentar separarlos, cogiendo en brazos a su perro, recibió un mordisco del pastor alemán propiedad de la demandada, que le supuso la amputación de un dedo. Atención porque nos encontramos ante un posible ejemplo de *responsabilidad objetiva*, de esos que constituyen una excepción a la regla que aboga por el criterio culpabilista. Decimos posible porque aun cuando, en efecto, el artículo 1905 del CC impone una responsabilidad cuasi objetiva al imputarla al poseedor del animal, aunque se le escape o extravíe, alberga también espacio para la culpa si la conducta del perjudicado contribuyó a la causación del daño o concurrió con la del demandado; a este último le incumbe la carga de la prueba. Tal es lo que aconteció en el presente caso, en el que la audiencia aprecia *conurrencia de culpas* de ambas partes en igual medida: en el actor por llevar el perro suelto y sin bozal, no haber actuado cuando su perro corrió a donde se encontraba el de la demandada y haber intentado separar a los perros cogiendo al suyo en brazos, y en la demandada porque su hijo llevaba a su perro, pastor, sin bozal y correa inadecuada.

## 2.7.2. Mordedura en pelea de perros: responsabilidad del dueño del animal

El supuesto a que hace referencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 276/2018, de 14 de mayo<sup>60</sup> es muy parecido al anterior (perro que se escapa y corre hacia otro), pero termina con un resultado diferente en la medida que el tribunal, confirmando la sentencia de primera instancia, estima la demanda y aprecia *responsabilidad objetiva* en el dueño del perro mordedor; al no haber podido acreditar el demandado que la actora incurriera en culpa o negligencia le condena a indemnizar al demandante. La sentencia toma como fundamento el artículo 1905 del CC, partiendo de la premisa de que basta con que un animal cause daño para que su poseedor responda civilmente del daño causado, aunque no exista ni el más mínimo o insignificante atisbo de culpa por parte del poseedor del animal, siendo, por tanto, un más que manifiesto caso de responsabilidad objetiva. Para que el poseedor quede exonerado de responsabilidad civil por el daño causado por el animal, tendría que acreditar (le incumbe la *carga de la prueba*) que el daño proviene de *fuerza mayor* o de culpa del que lo hubiese sufrido, y ello por cuanto la fundamentación de responsabilidad según el indicado precepto se encuentra en el potencial peligro que todo animal representa, lo que exige que deba ser continuamente controlado por quien está en disposición de hacerlo, esto es, su poseedor o quien se esté sirviendo de él, presunción de culpabilidad que encuentra encaje en el hecho de que tener y disfrutar de animales en interés propio entraña riesgos, de modo que el propietario o el poseedor debe asumir sus consecuencias negativas.

<sup>60</sup> Recurso número 1092/2016; ponente: D.<sup>a</sup> Isabel Adela García de la Torre Fernández.

## 2.8. Corte de un pie con un cristal en la discoteca

¿Puede ser que alguien se corte un pie por los cristales de un vaso roto en una discoteca? Es evidente que sí; puestos a imaginar fatalidades, basta con leer jurisprudencia, pues en muchísimas ocasiones la realidad supera a esta a base de pleito. Ahora bien, ir a la discoteca no puede calificarse como actividad anormalmente peligrosa y tampoco como riesgo general de la vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado que sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales; tanto es así que impone la obligatoriedad de un seguro por daños a los concurrentes y a terceros, por lo que la empresa que explota el local debe implementar medidas específicamente dirigidas a eliminar o reducir el riesgo de que sus clientes se corten. Al no hacerlo incurre en responsabilidad<sup>61</sup>.

## 2.9. Los deportes

### 2.9.1. El esquí

La actora sufrió un accidente de esquí cuando descendía por una de las pistas de la estación de la parte demandada, calificada como fácil o intermedia, al llegar a un punto donde la nieve desaparecía para dar paso a una zona de tierra y piedras, donde se cayó, resultando con importantes lesiones. La zona estaba señalizada con unas banderolas de color naranja situadas a una distancia de 8 o 10 metros. El juzgado desestima la demanda al considerar que la actora debía estar advertida del peligro por la existencia de las banderolas y porque se trataba del mes de abril, con escasa nieve en las pistas. La Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia núm. 392/2017, de 20 de julio<sup>62</sup>, por el contrario considera que los propietarios de las pistas debieran haber extremado las medidas de precaución. En particular la advertencia de la poca nieve en las pistas se hallaba situada en otros lugares, y no en el sitio donde sucedió el accidente. Además, las banderolas, de color naranja, y no amarillo, estaban colocadas a poca distancia de la zona de peligro, no dejando a los esquiadores mucho tiempo para reaccionar.

### 2.9.2. El parapente

Para la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2.<sup>a</sup>, sentencia núm. 130/2020<sup>63</sup> en la medida en que el daño causado pueda considerarse asumido por quien participa volun-

<sup>61</sup> STS de 18 de marzo (NCJ061055).

<sup>62</sup> Recurso número 413/2015; ponente: D. Federico Holgado Madruga.

<sup>63</sup> Recurso número 928/2018; ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Carmen Bernat Álvarez.



tariamente en la actividad, en cuanto inherente a su práctica, la responsabilidad del organizador quedará excluida, y solo cuando el daño, teniendo en cuenta las circunstancias, no pueda reputarse asumido por quien práctica ese tipo de deportes, ya sea porque concurren circunstancias en su producción que ponen de manifiesto la existencia de una agravación o incremento del riesgo propio de la actividad o evidencien que incidió en su producción una falta de diligencia en la empresa organizadora, puede ser apreciable en la misma la existencia de causa de imputación de responsabilidad. En este supuesto, el demandante no obtuvo indemnización; alega que el accidente se produjo porque la cuerda se rompió, pero, sin haber podido acreditar este extremo, su demanda estuvo condenada finalmente al fracaso.

### 2.9.3. Atropello de un *buggy* en campo de golf

Dos amigos se encuentran jugando una bola en el campo cuando uno de ellos atropella al otro con el carrito eléctrico, causándole rotura de tibia y peroné; el conductor fue condenado porque la única acción negligente fue la suya; sin mirar previamente a iniciar una marcha atrás con un carrito eléctrico, no se cercioró de la presencia en la parte trasera de su compañero de juego. Ninguna negligencia puede ser apreciada en la conducta del demandante, el cual se situó en la parte trasera del carrito para poder coger el palo adecuado, cuando aún estaban jugando el hoyo, siendo esa ubicación la correcta para poder coger los palos, pues las bolsas en esos tipos de carritos se colocan en la parte trasera. Este hecho, y que el juego aún no había terminado, exige una mayor diligencia del conductor del carrito sobre la ubicación del resto de jugadores en el momento en que el carrito se pone en marcha. Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 344/2019, Sección 13.<sup>a</sup>, de 25 de octubre<sup>64</sup>. En el caso el demandante demandó también al club de golf, pero la demanda fue desestimada respecto del club.

### 2.9.4. Triatlón

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca núm. 428/2018, Sección 3.<sup>a</sup>, de 6 de noviembre de 2018<sup>65</sup> resuelve un supuesto atinente a una competición de triatlón en el que las demandantes se caen cuando montaban en bicicleta debido a que un coche invadió el circuito, provocando a su vez la caída de la ciclista que iba delante de estas y esta la de las propias demandantes. El juzgado y la audiencia estiman la demanda apreciando la responsabilidad de las dos organizadoras del evento porque, aunque el deportista asume el riesgo propio de la competición, no debe asumir aquellos que sean derivados de una defectuosa organización, que fue lo que aconteció, al no haber evitado la presencia de coches en el circuito.

<sup>64</sup> Recurso número 227/2019; ponente: D.<sup>a</sup> María del Carmen Royo Jiménez.

<sup>65</sup> Recurso número 481/2018; ponente: D. Miguel Álvaro Artola Fernández.

## 2.10. El gimnasio

### 2.10.1. Lesión en clase de aerobico

La demandante sufrió rotura de peroné cuando se encontraba ejercitándose en el *step*, y demanda al gimnasio por considerar que la caída y consiguiente lesión se produjo debido al mal estado del aparato en cuestión. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda y la audiencia confirmó tal pronunciamiento, dado que la única prueba que aportó la demandante fue la *testifical* de su hijo, que además no vio el accidente; se da la circunstancia de que el percance se produjo en la clase de aerobico, que la demandante no estaba sola sino en compañía de la monitora y otras clientas, y ninguna vio nada ni manifestó nada; en definitiva, dada la escasez de prueba presentada por la lesionada, no se pudo determinar la existencia de un vínculo o *nexo de causalidad* entre la lesión y una conducta negligente del titular del gimnasio demandado, lo que supuso la exoneración del mismo. Conclusión: el accidente fue uno de esos riesgos que suelen ser inherentes a la práctica de deportiva, sin que pudiera proclamarse la responsabilidad de nadie, más que a la fatalidad. Así lo estableció la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 240/2019, de 25 de julio<sup>66</sup>.

### 2.10.2. Caída haciendo *fitness*

¡Cuidado con el *bosu*, que lo carga el diablo! Sirva la expresión para distender el relato y de paso precisar que cuando alguien se cae en el gimnasio utilizando este aparato de *fitness* tiene que acreditar (cómo no) que la lesión vino producida por culpa del gimnasio en cuestión. En este punto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 270/2020, Sección 11.ª, de 14 de septiembre<sup>67</sup>, confirmando la desestimatoria de la demanda que en su día dictó el juzgado de primera instancia, declara que la puesta a disposición de los socios y usuarios de máquinas de *fitness* no constituye *per se* un riesgo extraordinario que justifique la *inversión de la carga de la prueba* respecto de la culpabilidad en la producción del resultado, y precisamente en las actividades deportivas realizadas en salas de musculación y *fitness* de los gimnasios, se genera riesgo de lesiones, que simplemente debe ser asumido por los usuarios. La sentencia representa un claro ejemplo de cómo muchas veces el lesionado quiere trasladar su propia torpeza a un tercero imputándole una responsabilidad inexistente: el *bosu* ni es un elemento potencialmente peligroso, ni su utilización exige la presencia de un monitor; no requiere formación específica y además la lesionada contrató el uso de las máquinas del gimnasio sin monitor, y era consciente y aceptó que no hubiera ninguno en la sala. Pareciera que quisiera instrumentalizar una des-

<sup>66</sup> Recurso número 254/2018; ponente: D. Marcos Antonio Blanco Leira.

<sup>67</sup> Recurso número 593/2019; ponente: D.ª M.ª de las Nieves Osuna Barcia.

gracia para sacar rédito económico, pero claro, seguro que cuando interpuso la demanda lo hizo «cargada de razón». Quizás eso sea lo más sorprendente.

### 2.10.3. Puñetazo practicando *kick boxing*

En este caso el demandante recibió un puñetazo practicando *kick boxing*, pero su demanda no prosperó por cuanto este deporte debe considerarse una *actividad de riesgo*, en la que el peligro de lesión es inherente a su práctica y, por tanto, es o debería ser conocido y asumido por el deportista (máxime cuando es un experimentado practicante de dicha disciplina deportiva, con más de cuatro años de experiencia). De este modo, no pudiendo considerarse que el entrenamiento de *kick boxing* en un gimnasio y bajo la supervisión de un monitor experimentado constituya una circunstancia de incremento del riesgo o de especial diligencia debida por parte del organizador de la actividad, debe concluirse que solo en aquellos casos en que el resultado lesivo tenga carácter extraordinario (por deberse a la negligencia o impericia de los monitores o al estado defectuoso de las instalaciones o los materiales empleados) podría excluirse (por aplicación de la doctrina del riesgo asumido) la exoneración de responsabilidad de los organizadores de la actividad. En el caso que nos ocupa, la demandante no acreditó la existencia de ninguna irregularidad, negligencia o mala praxis por parte del monitor que supervisaba la sesión y, por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 17/2019, de 16 de enero<sup>68</sup> confirmó la desestimación de su demanda.

### 2.10.4. Esguince haciendo *spinning*

¿La caída se produjo por el mal estado de la bicicleta o por el mal uso de la misma por parte del demandante? ¿Caso fortuito? En el caso que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 576/2020, de 4 de septiembre<sup>69</sup> vuelve a salir a colación la idea de que no nos encontramos ante una actividad anormalmente peligrosa que justifique la inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, en principio, corresponde al demandante lesionado la carga de probar que el daño se le ocasionó a consecuencia del mal estado de la bicicleta o de las instalaciones del gimnasio. Ahora bien, mucho cuidado con esto último que decimos, porque como quiera que el cliente de un gimnasio es consumidor o usuario, hemos de tener en cuenta la norma del artículo 147 del TRLGDCU, que exige a los prestadores de servicios que prueben haber cumplido con la reglamentación, cuidados y diligencia que exige la naturaleza del servicio. En este caso, la actora sostenía que la caída se produjo al desprenderse el manillar de la bicicleta, y dado que el gimnasio no pudo demostrar que la bicicleta estaba en buen estado, fue condenado al pago de la oportuna indemnización.

<sup>68</sup> Recurso número 319/2018; ponente: D. Juan León Reina.

<sup>69</sup> Recurso número 483/2019; ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Elena Boet Serra.



### 3. A modo de conclusión

A la vista de lo expuesto, y especialmente de ciertos supuestos, podríamos decir que existe cierto *furor indemnizatorio*. Resulta cuando menos chocante que alguien pueda interponer un pleito contra su amigo o familiar porque se cayó en su casa. Puede que en la sociedad actual se haya instalado la sensación de que todo es reclamable, de que todos tenemos derecho a todo (valga la redundancia) y andamos siempre buscando responsables, olvidando que el infortunio no tiene indemnización posible. El afán exagerado por ser reparados nos puede llevar a identificar falsas culpas y falsos culpables, y esto tiene fiel reflejo en la práctica judicial, dado que en no pocas ocasiones el concepto mismo de culpa gravita sobre accidentes que solo son debidos a la mera adversidad, y, por eso, no siempre justifican el derecho a una reparación económica. Ahí es donde hemos de recordar que la culpa no ha cedido terreno a la responsabilidad objetiva, hasta el punto de dejar de ser pilar básico en nuestro sistema de responsabilidad civil; desde esa perspectiva hay mucho trecho entre demandar con fundamento y convertirse en un auténtico querulante, y ello sin negar la legitimidad que tiene todo agraviado que desee ejercitar judicialmente las acciones que considere oportunas. Obviamente, todo aquel que ejercita una acción ante los tribunales se encuentra «cargado de razón» y, desde ese prisma, todo resulta relativo; lo llamativo es que alguien se crea con derecho en determinados casos y decida invertir tiempo y dinero buscando en una tercera reparación ante los tribunales de justicia que al final del camino resultan ser, como siempre, los «malos de la película».

En definitiva, y para concluir, si la responsabilidad civil extracontractual es, y en qué medida, subjetiva o por culpa u objetiva o por riesgo, dependerá de cuál sea el nivel de pericia y diligencia exigibles para no incurrir en culpa; y de la distribución de la carga de la prueba sobre la existencia o no de culpa. Nada nuevo, por lo tanto, al menos de momento.

# Regulación de las acciones de lealtad en la Ley 5/2021. Motivaciones, ventajas, desventajas y utilidades futuras

**Miguel Ángel Villacorta Hernández**

*Universidad Complutense de Madrid*

mianvi@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0003-2515-2126>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación 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.

## Extracto

La Ley 5/2021, de 12 de abril, que modifica la Ley de sociedades de capital, regula por primera vez en España las acciones de lealtad.

Tras el primer apartado que analiza la incorporación de la figura, en el segundo y tercer apartados se realiza el análisis del tratamiento mercantil realizado anteriormente en Francia e Italia, mientras que el cuarto se centra en el realizado ahora en España. El apartado quinto desarrolla las motivaciones expresadas por las tres legislaciones para introducir esta figura. El sexto y séptimo apartados analizan respectivamente las ventajas y desventajas de la figura para emisores, inversores y sociedad en general. El apartado octavo incluye algunas propuestas de mejora legislativa, para culminar con las reflexiones finales en el apartado noveno.

La principal conclusión es que las dudas y reticencias de la incorporación en nuestra legislación de la figura se basan en que no compensan las teóricas ventajas de tipo proteccionista y para atenuar el cortoplacismo, que son las que han sido observadas por los diferentes legisladores. Por el contrario, la necesidad y oportunidad de incorporación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico se basa en una razón de tipo financiero, a pesar de que no han sido explicitadas como motivación expresa por el legislador español, y anteriormente tampoco por los legisladores italianos y franceses.

**Palabras clave:** acciones de lealtad; voto doble; dividendo de lealtad.

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

**Cómo citar:** Villacorta Hernández, M. Á. (2022). Regulación de las acciones de lealtad en la Ley 5/2021. Motivaciones, ventajas, desventajas y utilidades futuras. *Revista CEFLegal*, 254, 43-82.



# Regulation of loyalty shares in Law 5/2021. Motivations, advantages, disadvantages and future utilities

Miguel Ángel Villacorta Hernández

## Abstract

Law 5/2021, of April 12, which modifies the capital companies Law, regulates loyalty shares for the first time in Spain.

After the first section that analyzes the incorporation of the figure, in the second and third sections the commercial treatment carried out previously in France and Italy is analyzed, while the fourth focuses on the one carried out now in Spain. The fifth section develops the motivations expressed by the three laws to introduce this figure. The sixth and seventh sections respectively analyze the advantages and disadvantages of the figure for issuers, investors and society in general. The eighth section includes some proposals for legislative improvement, to culminate with the final reflections in the ninth section.

The main conclusion is that the doubts to the incorporation of the figure into our legislation are based on the fact that they do not compensate for the theoretical advantages of a protectionist type and to attenuate short-termism, which are those that have been observed by the different legislators; on the contrary, the need and opportunity to incorporate the figure into our legal system is based on a financial reason, although they have not been specified as an express motivation by the Spanish legislator, and previously not by the Italian and French legislators.

**Keywords:** loyalty shares; double vote; loyalty dividend.

**Citation:** Villacorta Hernández, M. Á. (2022). Regulación de las acciones de lealtad en la Ley 5/2021. Motivaciones, ventajas, desventajas y utilidades futuras. *Revista CEFLegal*, 254, 43-82.

## Sumario

1. Incorporación de las acciones de lealtad al ordenamiento español
2. Regulación de las acciones de lealtad en Italia
  - 2.1. Multiplicidad de voto de las sociedades no cotizadas
  - 2.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Italia
3. Regulación de las acciones de lealtad en Francia
  - 3.1. Dividendo de lealtad
  - 3.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Francia
4. Regulación de las acciones de lealtad en España
  - 4.1. Previsión estatutaria de acciones con voto adicional doble por lealtad
  - 4.2. Mayorías necesarias para su aprobación y su extinción
  - 4.3. Computo del voto doble por lealtad
  - 4.4. Libro registro especial de acciones con voto doble
  - 4.5. Voto doble por lealtad en sociedades que soliciten la admisión a negociación en un mercado regulado
  - 4.6. Cómputo y acreditación del periodo de lealtad
  - 4.7. Transmisiones de las acciones por el accionista con voto doble
5. Motivaciones de cada una de las legislaciones
  - 5.1. Motivaciones de la regulación italiana
  - 5.2. Motivaciones de la regulación francesa
  - 5.3. Motivación de la regulación española
6. Ventajas de las acciones de lealtad
7. Desventajas de las acciones de lealtad
  - 7.1. Inexistente problema de cortoplacismo
  - 7.2. No es necesariamente positivo dar más poder a los accionistas de control
  - 7.3. Falta de efectividad de las acciones de lealtad para involucrar más a los accionistas
  - 7.4. Existen medidas alternativas más eficaces para involucrar más a los accionistas
8. Propuesta de mejora legislativa
  - 8.1. Ampliación de las acciones de lealtad a las empresas no cotizadas
  - 8.2. Incorporación legislativa de acciones con voto plural



## 9. Conclusiones

- 9.1. Necesidad de realizar estudios previos a la legislación
- 9.2. Razones para incorporar las acciones de lealtad a nuestra legislación
- 9.3. Cambio de paradigma
- 9.4. Condicionantes para que las empresas españolas emitan masivamente acciones de lealtad

## Referencias bibliográficas



## 1. Incorporación de las acciones de lealtad al ordenamiento español

La Ley 5/2021, de 12 de abril (basada en el anteproyecto de ley de 24 de mayo de 2019), modifica el texto refundido de Ley de sociedades de capital (TRLSC) y otras normas financieras, para adaptarlas a la normativa europea en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las cotizadas. En concreto, tiene por objeto transponer parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE<sup>1</sup>.

Entre otros aspectos, la Ley 5/2021 incorpora por primera vez una nueva figura: las acciones de lealtad<sup>2</sup>, similares a las *loyalty shares*, *time-phased voting rights*, *tenured voting rights*, *droits de vote doublé* o *maggiorazione del voto* utilizadas en la práctica internacional.

Las sociedades cotizadas pueden incluir en sus estatutos sociales (solo es posible para las empresas que facultativamente hayan incluido esa posibilidad en los estatutos) la emisión de las acciones de lealtad con voto doble; el voto doble será asignado a todas las ac-

---

<sup>1</sup> Han transcurrido cuatro años desde que se aprobara la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017. Dicha directiva fija como fecha límite para su transposición el 10 de junio de 2019, lo que, en el caso de España, se ha incumplido.

<sup>2</sup> Las acciones de lealtad se intentaron introducir timidamente con ocasión de la revisión de la directiva sobre derechos de los accionistas a través de una enmienda a la propuesta de 2015. Cuando el texto fue finalmente aprobado, no las recogió. Llama la atención que el anteproyecto y la Ley 5/2021 opten por introducirlas cuando no era obligada la introducción de la figura al transponer la directiva.

ciones que hayan mantenido su titular ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido (un periodo de tiempo mínimo de dos años, aunque se permite que los estatutos aumenten ese plazo, pero no que se disminuya).

Desde que entró en vigor<sup>3</sup>, las acciones de lealtad rompen el principio de proporcionalidad, pues atribuyen el doble de votos que las acciones que no cumplan de que haya sido titular un mismo accionista ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido.

Un principio fundamental del derecho mercantil es la necesaria proporción que debe guardar el porcentaje de la participación en el capital con los correspondientes derechos de voto<sup>4</sup>. El «principio de proporcionalidad», «de igualdad entre acción y voto» o de «una acción un voto», consiste en que a una misma participación en el capital de una compañía se le debe atribuir los mismos derechos de voto.

Todas las legislaciones tienen previsto desde el inicio de su regulación el «principio de proporcionalidad», de forma que el capital suscrito por cada accionista da la medida de sus derechos en la gestión de la sociedad, en el reparto de los dividendos y finalmente en la cuota de liquidación. No obstante, la admisión de emisiones de acciones que rompan la regla de «una acción, un voto» está admitida en estos momentos internacionalmente: en el derecho anglosajón su emisión es permitida sin restricciones conforme el enfoque contractualista del derecho societario, mientras que las legislaciones del derecho continental han ido incorporando progresivamente clases de acciones con diferenciación en el derecho de voto.

El legislador español expresamente establece, en el apartado VIII del preámbulo de la Ley 5/2021, que el régimen es similar al que tenían establecido desde hace años dos países: Francia e Italia<sup>5</sup>. Por esta razón, en los dos apartados siguientes se analizan ambas legislaciones.

<sup>3</sup> La Ley 5/2021, de 12 de abril entró en vigor 20 días después de su publicación en el BOE, la cual se produjo el 13 de abril de 2021.

<sup>4</sup> El «principio de proporcionalidad» constituye una de las más importantes demandas de los inversores institucionales en el mercado de capitales. Por ejemplo, el Council of Institutional Investor, una de las principales asociaciones de inversores institucionales de los Estados Unidos, lo considera uno de sus principios fundamentales entre los derechos de los accionistas. Asimismo, los fondos involucrados en la defensa de los derechos de los inversores institucionales han incluido, como principio fundamental, el principio de igualdad entre acción y voto; tal es el caso de CALPERS (California Public Employees Retirement System), el fondo de pensión más importante de los Estados Unidos. Este tipo de inversores institucionales se opone a planes de reestructuración que impliquen la alteración de los derechos políticos de los inversores en favor de los grupos de control.

<sup>5</sup> Aunque la Ley 5/2021 no lo toma como referencia, también existe regulación de la figura en los Países Bajos, menos flexible que la italiana y la francesa. La legislación neerlandesa, además de prever la posibilidad de emitir acciones de lealtad, permite a las compañías emitir «acciones prioritarias». Este

## 2. Regulación de las acciones de lealtad en Italia

A través del *Decreto-Legge* núm. 91, de 24 de junio de 2014, *Capo III: disposizioni urgenti per le imprese*, artículo 20 (conocido como *Decreto Competitività*) se modificaron los artículos 2351 del *Codice Civile* y 127 del *Testo Unico della Finanza*. Con esta reforma se dispuso un régimen legal para la emisión de acciones de lealtad en las sociedades cotizadas.

Aunque los códigos de 1865 y 1882 nunca limitaron este tipo de fórmulas, su prohibición expresa en 1942 había eliminado la posibilidad de implantarlas (Ventoruzzo, 2015, p. 7). Con la reforma del año 2014, el artículo 127 del *Testo Unico della Finanza* configuró un tipo de acciones ordinarias que conceden un derecho de voto adicional a su titular tras haber sido poseídas y registradas durante un plazo mínimo de dos años.

En el artículo 127 quinquies.5 del *Testo Unico della Finanza*, las acciones no constituyen una categoría especial, por lo que los acuerdos que les afecten no requieren su aprobación en una junta separada.

La ventaja que confieren es subjetiva, es decir, unido al socio, por lo que la cesión del título supone la desaparición del privilegio (Gandía Pérez, 2016a, p. 189). No obstante, la pérdida del derecho solamente tendrá lugar en los casos de transmisión, pero no en los de sucesión, fusión o escisión del socio que ostenta la titularidad de las acciones. Es decir, el derecho prevalece en aquellos casos en que, por ejemplo, un accionista que goza del doble voto se fusiona con otra compañía. Si los estatutos de la entidad emisora no han dispuesto otra cosa, la sociedad resultante de la fusión poseerá las acciones de lealtad (Ventoruzzo, 2015, p. 14). Lo mismo ocurre si se trata de una sucesión *mortis causa*<sup>6</sup>. Cuestión distinta será si la compañía emisora de las acciones de lealtad –no uno de sus socios– forma parte de un proceso de fusión o absorción. Para este supuesto, la ley prevé la extinción del privilegio de los accionistas de las sociedades participantes al incorporarse a la entidad de nueva creación, salvo que se hubiese dispuesto lo contrario en el proyecto de fusión<sup>7</sup>.

El acuerdo que introduzca en los estatutos las acciones de lealtad debe ser aprobado en una junta extraordinaria por al menos dos tercios del capital representado, tanto en primera como en segunda convocatoria<sup>8</sup>.

---

tipo de títulos otorga facultades especiales de todo tipo a los socios, lo que les permite vetar modificaciones estatutarias, nombrar varios consejeros ejecutivos en el órgano de administración o tener derechos de voto múltiples. Ello «convierte a estas acciones en una medida antiopía completamente insuperable». (Alfaro Águila-Real, 2010, p. 483).

<sup>6</sup> Vid. artículo 127 quinquies.3 a) del *Testo Unico della Finanza*.

<sup>7</sup> Vid. artículo 127 quinquies.4 del *Testo Unico della Finanza*.

<sup>8</sup> Vid. artículos 2368 y 2369 del *Codice Civile*.

No se ha reconocido a los socios no beneficiados por el voto doble un derecho de separación<sup>9</sup>, siendo esta previsión objeto de discusión entre los académicos. El principal argumento en contra se basa en que supone una alteración del régimen general establecido en el *Codice*, en virtud del cual se reconoce el derecho de separación en caso de modificaciones del derecho de voto (Guizzi, 2015; Giampaolino, 2015; Gandía Pérez, 2016b, p. 190). Sin embargo, la previsión también ha sido justificada, alegándose que la alteración de los derechos políticos no es tal, puesto que para obtener el voto privilegiado simplemente deberán poseerse las acciones durante el plazo establecido (Marchetti, 2014; Ventoruzzo, 2015, p. 14).

Por último, existe la obligación de formular una oferta pública de adquisición si como resultado del incremento de los derechos de voto pasa a ostentarse un porcentaje superior al 30 % de los mismos<sup>10</sup>. No obstante, cabe la renuncia a los votos concedidos por las acciones de lealtad, renuncia que en todo caso tendrá la cualidad de irrevocable<sup>11</sup>.

Cuando se realizó la reforma fue considerada por el legislador y la doctrina como una manera de hacer más atractiva la legislación italiana, en un contexto de progresión de los sistemas jurídicos europeos hacia una mayor libertad contractual y de incremento de los mecanismos de control a disposición de los accionistas (Ventoruzzo, 2015, p. 4). Sin embargo, parte de la doctrina criticó fuertemente la reforma de 2014, llegando a calificarla como «inofensiva aunque discutible» (Enriques, 26 de diciembre de 2014).

Los intentos de mejora posteriores fueron decepcionantes, teniendo que volver a la reforma de 2014 por ser más adecuada. La principal fue la realizada mediante la modificación del artículo 20.1 bis del *Decreto Competitività*. En ella, la mayoría requerida para la aprobación de la modificación estatutaria pasó de ser cualificada de dos tercios a simple, con lo que el peso de los accionistas minoritarios en la votación del acuerdo menguaba considerablemente. La escasa protección proporcionada a las minorías quedó patente en un informe<sup>12</sup> elaborado por académicos, inversores institucionales y empresas de asesoramiento financiero, en total 144 personas físicas y jurídicas. Los firmantes de este informe solicitaron a las autoridades la restitución de la mayoría cualificada<sup>13</sup>. Finalmente, el régimen previsto para la deliberación de acuerdos en junta extraordinaria fue repuesto, per-

<sup>9</sup> Vid. artículo 127 quinquies.6 del *Testo Unico della Finanza*.

<sup>10</sup> Vid. artículo 107 del *Testo Unico della Finanza*.

<sup>11</sup> Vid. artículo 127 quinquies.1 del *Testo Unico della Finanza*.

<sup>12</sup> Gobierno Corporativo Eumedion: <<https://www.eumedion.nl/en/public/knowledgenetwork/letters/2015-02-statement-on-italian-multiple-voting-rights.pdf>>.

<sup>13</sup> En el informe, los ponentes hacen referencia a las barreras administrativas que dificultan a los accionistas minoritarios la obtención del voto doble, a la necesidad de atraer capitales extranjeros para la recuperación de la economía y solicitan una vuelta a la protección de las minorías establecida en el *Testo Unico della Finanza*.

maneciendo la mayoría cualificada de dos tercios como requisito para la implantación de las acciones de lealtad.

## 2.1. Multiplicidad de voto de las sociedades no cotizadas

A continuación se analizan dos medidas alternativas establecidas en diferentes momentos del tiempo por el legislador italiano para complementar a las acciones de lealtad<sup>14</sup> que suponen alteraciones de la regla «una acción, un voto».

En Italia, las acciones de lealtad están referidas exclusivamente a sociedades cotizadas, existiendo dos tipos de figuras distintas, ajenas a ellas: la multiplicidad de votos de las empresas no cotizadas y las clases de acciones.

Las acciones de lealtad solamente están permitidas en las sociedades cotizadas. En Italia también está regulada una figura similar para las sociedades no cotizadas. La Ley n.º 216, de 11 de agosto reconoce a las sociedades no cotizadas la posibilidad de emitir acciones con voto múltiple, entre más de un voto y menos de tres votos (art. 2351 *Codice Civile*). Esta ley insta para las sociedades no cotizadas un régimen de voto múltiple muy potente (susceptible de otorgar el triple de votos por título), permitiendo configurar un título «con características muy similares al de las acciones de lealtad» (Gandía Pérez, 2016b, p. 188).

## 2.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Italia

Las acciones con privilegios en el voto fueron emitidas por empresas italianas antes del 1942, aunque no existía regulación expresa al respecto<sup>15</sup>.

El *Codice Civile* de 1942 permite crear clases de acciones con un contenido diverso, no solo en el ámbito de los derechos patrimoniales del accionista, sino también, aunque con muchas más cautelas, en el plano de los derechos administrativos (Mossa, 1948, p. 161).

<sup>14</sup> En otros países, por ejemplo los Estados Unidos, se relaciona la vinculación del accionista con otras figuras del gobierno corporativo. La regla 14-8 de la SEC prevé que aquellos accionistas que tengan participaciones por valor de 2.000 dólares o un 1 % de los derechos de voto, con una antigüedad de al menos un año, podrán presentar propuestas a la junta. Por su parte, la regla 14-11 de la SEC facilita el nombramiento de los administradores por parte de los accionistas que tengan un 3 % de los derechos de voto con una antigüedad de al menos tres años.

<sup>15</sup> Las primeras emisiones de acciones privilegiadas, realizadas por empresas italianas, fueron realizadas en el año 1884. (Gasparoni, 1950, p. 162).

El texto opta por prohibir la emisión de nuevas<sup>16</sup> acciones de voto plural, sin embargo, introduce las acciones de voto limitado (*Codice Civile*, art. 2351.2). Esta particular clase de acciones, privilegiadas en derechos patrimoniales pero con un derecho de voto limitado<sup>17</sup>, se considera un medio de financiación contrapuesto a las acciones ordinarias con características de instrumento de control.

El debate sobre la reforma de la sociedad anónima en Italia en la década de 1970, respecto a la introducción de las acciones sin voto, dio lugar a prolongadas discusiones doctrinales<sup>18</sup>. Al final triunfa la opinión mayoritaria, que considera a la emisión de acciones sin voto como una solución al absentismo accionarial, lo cual culmina con la introducción, en 1974, de las *azioni di risparmio*: acciones sin voto pero con un dividendo mayor que las ordinarias. Estas acciones fueron reformadas en 1998, obteniendo un estatuto jurídico más flexible cuando la sociedad emisora tiene la condición de cotizada<sup>19</sup> (el mismo año y la misma regulación que la española).

El Dlgs 24-2-2003 aprobado el 10 de enero de 2003 (derivado de la Comisión Mirone) permite a la sociedad anónima recurrir a una tipología amplia de instrumentos financieros, ya no restringidos al binomio acciones-obligaciones, sino extendida a acciones sin voto, acciones sin voto limitado a asuntos determinados y acciones con derecho de voto subordinado (Mattei, 2003, p. 616)<sup>20</sup>. A pesar de que permite cualquiera de las limitaciones de voto, prohíbe las acciones de voto plural (art. 2351 *Codice Civile*).

Los artículos 145 del *Testo Unico della Finanza* y 2351.2.º del *Codice Civile* configuran el tratamiento vigente en la actualidad, donde se permite la emisión de acciones sin voto por un importe inferior a la mitad del capital social, tanto en sociedades cotizadas como en no cotizadas (al igual que las acciones de lealtad), sin permitir la emisión de acciones con privilegios en el derecho de voto.

<sup>16</sup> Exclusivamente pueden conservarse las existentes antes del 27 de febrero de 1942 o las emitidas con ocasión de un aumento de capital acordado con anterioridad a la entrada en vigor del libro V, el 21 de abril de 1942 (*Codice Civile*, art. 212).

<sup>17</sup> Las acciones no pueden denominarse «sin voto», porque sí tienen voto en la adopción de las decisiones más importantes en la asamblea extraordinaria. Por ello, es más adecuado denominarlas con voto limitado.

<sup>18</sup> Estas discusiones doctrinales están «recogidas en los trabajos parlamentarios y en los diferentes proyectos presentados: Proyecto Villabruna, La Malfa e Lombardi, Alpino, Ferioli e Trombetta». (Scotti, 1966, p. 275).

<sup>19</sup> *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, al sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996* (Decreto Legislativo [Dlgs] de 24 febrero de 1998, n.º 58) arts. 145-147, 2346.6, 2349.2 y 2351.

<sup>20</sup> Con esta reforma se ha pasado de un sistema cerrado de clases de acciones a uno abierto. (Pisano Massamormile, 2003; Notari, 2003).

### 3. Regulación de las acciones de lealtad en Francia

Desde 1933, la *Loi du 13 novembre, réglementant le droit de vote dans les assemblés d'actionnaires des sociétés par actions* (art. 1.1.º) dispone que, mediante la previsión estatutaria correspondiente, se atribuya un derecho de voto doble a aquellas acciones inscritas a nombre de un mismo socio durante al menos dos años. Esta misma línea se mantuvo en la Ley de sociedades mercantiles de 1966 y en la reforma del *Code de commerce* de 2000.

La legislación vigente, Ley 2014-384 de 29 de marzo, conocida como *Loi Florange*, modifica la L225-123 *Code de commerce*. El artículo 7 de la *Loi Florange* confiere, de manera automática, doble voto a todas las acciones que han sido poseídas y registradas (Delvoie y Clottens, 2015, p. 21) ininterrumpidamente durante al menos dos años<sup>21</sup> por un mismo socio, salvo cláusula estatutaria en contrario establecida a partir de la entrada en vigor de la Ley. Únicamente es de aplicación en aquellas compañías cuyos valores se encuentren admitidos a negociación en un mercado secundario.

Las sociedades que con anterioridad a la promulgación de la ley ya incluyesen las acciones de lealtad en su régimen interno, no precisan realizar modificación estatutaria alguna (anexo II). Por el contrario, aquellas compañías que no las hubiesen integrado previamente en sus estatutos, deberán aprobar el acuerdo con una mayoría de dos tercios de la asamblea extraordinaria. Si desearan suprimirlas tras la entrada en vigor de la ley, deberán hacerlo respetando los requisitos establecidos para su aprobación en asamblea extraordinaria, esto es, mayoría cualificada de dos tercios (AMF, 2014, p. 33).

La ley obliga a los socios a lanzar una oferta pública de adquisición, pero introduce un supuesto de exención. La dispensa es de aplicación a todo socio que detente un porcentaje superior al 30 % de los derechos de voto como resultado de la concesión automática de las acciones de lealtad. El periodo de exoneración se extiende hasta el 31 de diciembre de 2018, siempre y cuando el porcentaje de participación no supere el detentado en el momento de entrada en vigor de la Ley (2 de abril de 2014).

Al igual que ocurre en Italia, el privilegio del doble voto se extingue con la transmisión de los títulos, a excepción de los casos de sucesión por causa de muerte y de modificaciones estructurales –salvo previsión estatutaria en contrario– (art. L. 225-124 *Code de commerce*).

<sup>21</sup> Se ha debatido si establecer un periodo superior a dos años para conceder el voto doble es contrario al propósito de la norma. Pese a que el Conseil Constitutionnel se ha pronunciado sobre algunos aspectos de la ley, no ha hecho ninguna mención relativa a esta cuestión. Parece que, del sentido literal del precepto, se desprende que el periodo de duración puede ser «al menos» dos años (art. L. 225-213 *Code de commerce*, párr. 1.º). (ANSA 2014, p. 2).

El *Code de commerce* no prevé supuestos de ejercicio del derecho de separación de los socios en la sociedad anónima. Eso sí, la empresa puede configurar estatutariamente causas de separación de los socios<sup>22</sup>, para lo cual deberá constituirse como una sociedad de capital variable (arts. L231-1 a 231-8 *Code de commerce*).

La diferencia con el régimen italiano estriba en que el sistema se ha diseñado para que la adhesión al régimen de concesión de acciones de doble voto sea automática.

A la luz de esta normativa, muchas compañías optaron por prever las acciones de lealtad en sus estatutos, tanto que a finales de junio de 2015, 28 compañías del CAC 40 poseían derechos de voto doble (APE, 2015, p. 20). La recurrencia es relevante, pero debe tenerse en cuenta que muchas compañías ya contenían la previsión en sus estatutos. En 2013 –el año previo a la reforma– más de la mitad de las sociedades cotizadas en Francia otorgaban derechos de voto doble (Ernst & Young, 2013).

El régimen francés ha sido objeto de numerosas críticas, pues ha sido considerado como excesivamente proteccionista (Conac, 2014, p. 265)<sup>23</sup>. Igualmente, se sostiene que realmente no constituye un beneficio para los socios minoritarios, ya que los trámites derivados del registro de las acciones son un obstáculo que dificulta la obtención del privilegio (BlackRock, 2015).

### 3.1. Dividendo de lealtad

Entre las medidas complementarias a las acciones de lealtad destaca, por un lado, el dividendo de lealtad y, por el otro, la utilización de clases de acciones con diferenciación en el derecho de voto que suponen alteraciones de la regla «una acción, un voto».

La legislación francesa dispone de otro instrumento para incentivar la fidelidad de los inversores: el dividendo de lealtad –*dividende majoré* o *prime de fidélité*–, regulado en el artículo L. 232-14 del *Code de commerce*.

Si la sociedad lo prevé en sus estatutos –para cuya modificación se requiere también mayoría cualificada de dos tercios–, podrá otorgarse un dividendo adicional a aquellas acciones registradas a nombre de un mismo socio durante al menos dos años, cuyo importe deberá ser inferior al 10 % del dividendo ordinario. Los accionistas de las sociedades cotizadas podrán poseer un número de acciones con dividendo de lealtad que no supere el 0,5 % del capital social.

<sup>22</sup> Ello ha sido objeto de crítica por la doctrina. Cf. Georges (2005).

<sup>23</sup> También los organismos oficiales se han posicionado a favor del principio «una acción-un voto». (Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, 2007).



La regulación de este instrumento surgió en 1994 como respuesta a las previsiones que algunas compañías habían introducido en sus estatutos<sup>24</sup>, pues hasta entonces el legislador no se había pronunciado al respecto<sup>25</sup>. Pese a que no alcanza la difusión de la que gozan las acciones de lealtad, varias sociedades cotizadas han incorporado el dividendo de lealtad a sus regímenes internos. Entre ellas, Air Liquide, Crédit Agricole, GDF Suez, Lafarge y L'Oréal<sup>26</sup>.

### 3.2. Regulación de las acciones con diferenciación en el derecho de voto en Francia

La Ley francesa de 9 de julio de 1902 autorizó la emisión de acciones que confirieran privilegios a sus titulares, salvo que los estatutos lo prohibieran directa y expresamente<sup>27</sup>. Así aparecen reguladas por primera vez las *actions de priorité* o *actions privilégiées*, acciones que disfrutaban de ventajas sobre el resto de acciones: ya sea porque confieren derechos de preferencia sobre los beneficios o el activo social, o porque establecen privilegios sobre el voto. Las leyes de 16 de noviembre de 1903 y 22 de noviembre de 1913 también autorizaron la emisión de acciones que confirieran privilegios económicos o sobre el derecho a voto a sus titulares, salvo que los estatutos lo prohibieran (Danos, 1922, p. 19; Cordonnier, 1924, p. 5).

Como no existe impedimento legal, durante los años 1925 y 1926, con la caída del franco, se produce una avalancha de acciones de voto plural (Hamel, Lagaboe y Jauffret, 1980, p. 242); ante esta situación, comienza una continua y acusada censura doctrinal a las acciones de voto plural (Danos, 1922, pp. 26-27, 31-34; Thaller, 1930, p. 380; Hamel, Lagaboe y Jauffret, 1980, p. 242). A estas críticas responde la Ley de 26 de abril de 1930 que, basándose en el principio de proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto, prohíbe por primera vez la emisión de nuevas acciones de voto plural.

<sup>24</sup> Una de las primeras fue Michelin, en 1991, que buscaba premiar la lealtad de sus accionistas tras una época de resultados negativos recurrentes. (Bolton y Samama, 2013, p. 43).

<sup>25</sup> Pese a su falta de regulación, muchos consideraron los dividendos de lealtad legales. Cf. Peltier (1993 pp. 551-553). En la misma línea, el jurista Canard (3 de mayo de 1993) defendía que no se trataba de una clase separada de acciones, puesto que todos los accionistas podían acceder al privilegio, y que por lo tanto no se alteraba el principio de igualdad de trato. Además, explicaba que no tendría que haber obstáculos de carácter técnico distintos de los planteados por las acciones de voto doble, reguladas en Francia con anterioridad.

<sup>26</sup> Belinfanti (2014, p. 860) muestra cómo la compañía Air Liquide –que implantó el dividendo de lealtad en 1993– mantuvo entre 2004-2014 en torno al 40 % del capital social de accionistas minoritarios.

<sup>27</sup> La Ley francesa de 9 de julio de 1902 modificó el Código de Comercio estableciendo que «salvo disposición contraria de los estatutos, la sociedad puede crear acciones privilegiadas, investidas del derecho de participar antes que las otras acciones en la repartición de los beneficios, o en la distribución del activo social».

La Ley de 13 de noviembre de 1933 hace extensiva la prohibición a las acciones ya existentes, pues fija un plazo de dos años para la adaptación de aquellas acciones de voto plural que, creadas con anterioridad a 1930, sobrevivían aún en la práctica. La Ley de 13 de noviembre de 1933 prohíbe la existencia de cualquier clase de acciones que implique una desproporción entre el poder de voto y el valor nominal. La única excepción contemplada expresamente es la referida a la posible concesión de un voto doble a los titulares de acciones nominativas de lealtad, siempre y cuando se hubiera realizado dos años antes (Pottier, 1934, pp. 30 y 172; Gaillard, 1938, p. 5). La Ley 66-537 de 24 de julio de 1966 de sociedades comerciales mantiene la situación anterior<sup>28</sup>.

Las acciones sin voto (*actions a dividende prioritaire sans droit de vote*) no se admiten con carácter general en el derecho francés hasta la Ley de 13 de julio de 1978 relativa a la «orientación al ahorro a la financiación de empresas» (*Loi Monroy*), cuyo régimen fue flexibilizado en 1983 por la Ley de 3 de enero de desarrollo de inversiones y protección del ahorro (arts. 269.1-269.9 *Loi sur les Sociétés Commerciales*).

La situación actual es la misma desde la *Ordonnance n.º 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières*: sí se admite la emisión de acciones sin voto<sup>29</sup> pero no las acciones con voto plural.

## 4. Regulación de las acciones de lealtad en España

La Ley 5/2021 añade al título XIV, capítulo VI, sección 3.ª del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de sociedades de Capital, una nueva subsección 4.ª: Acciones con voto por lealtad.

### 4.1. Previsión estatutaria de acciones con voto adicional doble por lealtad

La reforma únicamente afecta a las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado que esté domiciliado u opere en un Estado miembro de la Unión Europea (art. 527 ter TRLSC). Por lo tanto, las acciones de lealtad no pueden emitirse por sociedades anónimas no cotizadas, por sociedades de responsabilidad limitada o por cualquier otra tipología jurídica societaria.

<sup>28</sup> Artículos 174-176 de la *Loi sur les Sociétés Commerciales*.

<sup>29</sup> El artículo L. 288-11 del *Code de Commerce* francés establece que no se pueden poseer acciones sin voto por encima del 50 % del capital social en sociedades no cotizadas y del 25 % en empresas cotizadas.

El legislador español establece que la sociedad anónima cotizada podrá modificar la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto si establece en los estatutos la posibilidad de emitir acciones con voto privilegiado (no es automático, como en Francia). Parece un acierto que un mecanismo de control como las acciones de lealtad sea introducido con carácter dispositivo, en vez de obligatorio, puesto que cada compañía posee unas características propias, y la facultad de decidir la organización de su estructura que más convenga a su modelo de negocio es fundamental para su óptimo desarrollo<sup>30</sup>.

Estas acciones podrán conferir un voto doble<sup>31</sup> (ni más ni menos que dos votos por acción al igual que en Francia, de forma que no está permitida la alternativa italiana de elegir una capacidad de voto por acción de entre uno o dos votos), siempre que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos desde la fecha de inscripción en el libro registro especial de acciones con voto doble establecido en el artículo 527 septies del TRLSC. 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. Este plazo de dos años<sup>32</sup> podrá ser ampliado estatutariamente, aunque nunca disminuido<sup>33</sup>.

Las acciones asignadas gratuitamente por un incremento de capital liberado tendrán la misma antigüedad que las que han dado derecho a dicha asignación.

El apartado 4 del artículo 527 ter del TRLSC establece que las acciones de lealtad no son una clase de acciones<sup>34</sup>. La inclusión de este apartado es muy acertada, porque la peculiaridad no la posee el título (como en las clases de acciones), sino la condición del accionista por ser titular durante más del plazo establecido.

## 4.2. Mayorías necesarias para su aprobación y su extinción

En España su aplicación requerirá siempre una decisión expresa de la compañía introduciendo la figura en los estatutos sociales (como requiere el legislador italiano, al contrario que

<sup>30</sup> Sáez Lacave (2011, p. 11): «La libertad contractual debería amparar la decisión de los socios de elegir la estructura de propiedad y los ajustes de capital que mejor se avengan a sus intereses».

<sup>31</sup> La Ley 5/2021 denomina voto doble a lo que el anteproyecto denominaba voto adicional.

<sup>32</sup> La Ley 5/2021 no recogió la enmienda propuesta por el Grupo de Ciudadanos para establecer un periodo de carencia de cinco años para los títulos que comenzaran a cotizar.

<sup>33</sup> El artículo 527 ter regula la atribución de voto doble por lealtad. 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. Los estatutos podrán ampliar pero no disminuir el periodo mínimo de titularidad ininterrumpida.

<sup>34</sup> La mayoría de la doctrina francesa, y española previa a su entrada en vigor de la Ley 5/2021, participa de la idea de que no son clases de acciones. (Valuet, 2014; Fernández Torres, 2017, p. 76).

el francés, que si no establece nada al contrario, es posible emitirla). La incorporación estatutaria de los deberes de lealtad deberá aprobarse con requisitos de *quorum* y mayoría de votos especialmente exigentes, con la finalidad de proteger al accionista minoritario; por el contrario, se facilita su supresión, que se podrá acordar con *quorum* y mayorías menos exigentes.

Para que la junta general de accionistas pueda acordar válidamente la inclusión de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad será necesario el voto favorable de, al menos, el 60 % del capital presente o representado en la junta si asisten accionistas que representen el 50 % o más del capital total suscrito con derecho a voto y el voto favorable del 75 % del capital presente o representado si concurren accionistas que representen el 25 % o más del capital, lo que será en todo caso necesario, sin alcanzar el 50 %<sup>35</sup>. Los estatutos sociales podrán elevar estas mayorías y *quorums* previstos (art. 527 quáter TRLSC), pero nunca disminuirlos.

Establecer una mayoría reforzada parece una medida adecuada, porque los mecanismos de control que depositan gran parte del poder de decisión en manos de un grupo reducido de socios pueden derivar en excesos que dejen a un lado los intereses de los accionistas minoritarios (Bebchuk, 1999). A pesar de que parece una medida pertinente, la forma de materializarla es mejorable.

La redacción de la ley es confusa, pues no distingue entre primera y segunda convocatoria de la junta general. Relacionándolo con el [artículo 194 de la TRLSC](#) que regula los *quorums* de asistencia para la constitución de la junta, se infiere que el primer *quorum* de asistencia se refiere a la primera convocatoria (50 %) y el segundo (25 %) a la segunda. Interpretado esto, se observa que el reforzamiento no se produce en el *quorum* de asistencia sino en el *quorum* de votación. Si en los supuestos ordinarios una vez constituida válidamente la junta basta la mayoría simple o absoluta, según los casos, para tomar acuerdo (salvo el caso del [art. 201.1 TRLSC](#) que exige el 66,66 %), aquí será necesario en primera convocatoria el 60 % de los votos y en segunda convocatoria el 75 % de esos mismos votos.

La propuesta, tal y como está formulada, es equivocada. Si lo que se pretende reforzando el *quorum* de votación es proteger al minoritario, evitando que la mayoría adopte el acuerdo en contra de la minoría, no parece que se consiga, pues el *quorum* de asistencia es el mismo que para la modificación de estatutos u otras temas trascendentales de la sociedad (aumento, reducción capital, transformación, fusión, etc.); la experiencia muestra que las cotizadas alcanzan ese *quorum* de asistencia en segunda convocatoria con relativa

<sup>35</sup> En el anteproyecto el límite del artículo 527 quater era diferente. Para su aprobación era necesario el voto favorable de al menos dos tercios del capital presente o representado en la junta si asisten accionistas que representen el 50 % o más del capital total suscrito con derecho a voto y el voto favorable del 80 % del capital presente o representado si concurren accionistas que representen el 25 % o más del capital, lo que será en todo caso necesario, sin alcanzar el 50 %.

facilidad y, por tanto, una vez conseguida la válida constitución de la junta, no le será excesivamente difícil a la mayoría convencer al accionariado de la conveniencia de la medida como forma de atraer nuevos accionistas o como forma de que los actuales permanezcan en la sociedad (García Valdecasas, 2019). Si de verdad lo que se quería era dificultar la creación de las acciones de lealtad, se debería haber reforzado el *quorum* de asistencia, aunque el de votación hubiera sido el ordinario. En las sociedades cotizadas, donde el capital está muy atomizado, hubiera sido difícil conseguir esa asistencia, y en las ya dominadas por un grupo o una familia o núcleo duro de accionistas, si no llegan a esas cifras, también se dificulta la adopción del acuerdo. Tal y como está definido es una medida aparentemente severa sin influencia real; el reforzamiento del artículo no es tal, parece una medida de apariencia para poner un límite sin querer limitar. Otro tema es intentar atisbar la motivación del legislador para poner dificultades a la emisión de una figura por parte de las empresas del mercado, cuando ha introducido el legislador voluntariamente la figura sin estar obligado a incorporarla.

Las mayorías necesarias para establecer la extinción y eliminación de la previsión estatutaria de la figura es mucho más laxa. La previsión estatutaria de voto doble por lealtad deberá ser renovada en las condiciones contenidas en el artículo 527 quáter del TRLSC transcurridos cinco años desde la fecha de aprobación estatutaria por la junta general de accionistas<sup>36</sup>. La eliminación de la previsión estatutaria de voto doble por lealtad podrá acordarse en cualquier momento por la junta general con los *quorums* y mayorías previstos en el artículo 201.2 del TRLSC. En el caso de que hubieran transcurrido más de 10 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 *quorums* y mayorías necesarios, los derechos de voto dobles (art. 527 sexies TRLSC).

### 4.3. Computo del voto doble por lealtad

Salvo disposición estatutaria en contrario, los votos dobles por lealtad se tendrán en cuenta a efectos de determinar el *quorum* de las juntas de accionistas y del cómputo de las mayorías de voto necesarias para la adopción de acuerdos. Según lo establecido en el artículo 527 quinquies del TRLSC, el voto doble de lealtad es doblemente privilegiado, pues se tiene en cuenta tanto para fijar los *quorums* de asistencia como para fijar los *quorums* de votación. No solo atribuyen un voto doble, que es lo que aparentemente pretendían la ley y la directiva, sino que adicionalmente atribuyen un privilegio en cuanto al capital de la sociedad; si se tiene en cuenta para determinar el capital asistente, no solo se le atribuye una ventaja de voto, sino también una ventaja en cuanto al capital, que será el valor nominal de

<sup>36</sup> Este primer párrafo no estaba recogido en el anteproyecto. Se incluye en el Informe de la ponencia (Congreso de los Diputados, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de marzo de 2021, p. 23).

la acción. Esta disposición puede ser modificada en estatutos, aunque es la redacción legal establecida por defecto<sup>37</sup>.

#### 4.4. Libro registro especial de acciones con voto doble

La legislación obliga a la sociedad emisora a crear un libro registro especial de acciones con voto doble por lealtad<sup>38</sup>. Para obtener la atribución del derecho de voto doble, el accionista deberá solicitar su inscripción en el libro registro especial, indicando el número de acciones respecto de las que pretende el reconocimiento del derecho de voto doble, y mantener la titularidad de ese número de acciones ininterrumpidamente durante un periodo mínimo de dos años desde la fecha de inscripción.

El socio que alcance las condiciones para obtener un voto doble en la junta de accionistas deberá comunicar y justificar ante la sociedad, para su debida constancia en el libro registro, cualquier transmisión de acciones que minore el número de votos por lealtad inscritos a su nombre. La sociedad deberá facilitar sin demora la información que conste en este libro registro a cualquier accionista que lo solicite. 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.

El artículo 527 septies.3 del TRLSC califica a los accionistas que poseen el voto doble como «accionistas privilegiados», denominación errónea por asemejarse a una clase de acciones con privilegios en el derecho económicos.

#### 4.5. Voto doble por lealtad en sociedades que soliciten la admisión a negociación en un mercado regulado

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

---

<sup>37</sup> Quizás lo más adecuado es que el voto adicional que se atribuye a la acción de lealtad se limite al acto de votar, pero no se compute para determinar el capital asistente a la junta. Ello puede desvirtuar la forma de computar el capital social asistente a la junta para la adopción de toda clase de acuerdos, e incluso provocar que los accionistas que no dispongan de ese voto de lealtad tengan 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.

<sup>38</sup> 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.

adoptado con las mayorías de constitución y votación, creando asimismo el libro registro especial de acciones con voto doble.

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 (art. 527 octies TRLSC). 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.

#### 4.6. Cómputo y acreditación del periodo de lealtad

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 registro de anotaciones en cuenta (art. 527 nonies TRLSC).

Con anterioridad a la finalización del plazo de legitimación anticipada previo a una reunión de la junta general, el accionista inscrito en el registro especial de acciones con voto doble deberá acreditar la titularidad del número de las acciones con doble voto durante un periodo mínimo ininterrumpido de dos años computados desde la fecha de su inscripción. La acreditación 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.

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. Igualmente, las sociedades cotizadas cuyos estatutos contemplen la atribución de voto doble deberán notificar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la misma información.

#### 4.7. Transmisiones de las acciones por el accionista con voto doble

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.

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, siem-

pre y cuando ello se acredite ante la sociedad una de las tres condiciones establecidas en artículo 527 decies del TRLSC:

- 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, excepto cuando se trate de accionistas de control, en cuyo caso se someterá a votación la condición de accionista con voto doble en los términos que se determinen estatutariamente.
- b) Cualquier modificación estructural, 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.

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.

## 5. Motivaciones de cada una de las legislaciones

### 5.1. Motivaciones de la regulación italiana

La regulación de la figura en Italia intenta satisfacer tres tipos de intereses económico-financieros del gobierno que en ese momento emitió la norma. El primero es el intento del Estado de reducir su participación económica en empresas importantes sin perder el control, como ocurrió en los casos de Enel, Eni y Finmeccanica (Gandía Pérez, 2016a, nota 32).

El segundo es el intento del legislador italiano de evitar la huida de grandes grupos empresariales para que no cayeran en manos de inversores extranjeros, como sucedió en el caso de Chrysler-Fiat, cuando su sede se trasladó en 2014 a los Países Bajos, perdiendo la familia Agnelli el control de la sociedad. La compañía italiana Chrysler-Fiat era propiedad de la familia Agnelli, y a través de la sociedad *holding* Exor controlaba muchas otras compañías, entre ellas Ferrari, el grupo The Economist y el club de fútbol Juventus. La familia Agnelli es un claro exponente del nivel de concentración que presenta el control de las empresas en el mercado italiano<sup>39</sup>. Las voces más críticas con las acciones de leal-

---

<sup>39</sup> El traslado de la compañía italiana Chrysler-Fiat a los Países Bajos en 2014 ha sido calificado como una de las razones de fondo de la enmienda legislativa italiana por Ventoruzzo (2015, p. 3).



tad sostienen que el riesgo de fuga de los capitales extranjeros aumenta con el excesivo fortalecimiento de la posición de control de los grupos familiares (Cariello, 2015; Gandía Pérez, 2016b, p. 177).

El tercer motivo que parece haber movido al legislador italiano es un afán proteccionista, como puede observarse en el caso MFE (resultado de la fusión de Mediaset Italia y Mediaset España). Las acciones de lealtad en la sociedad MFE permiten, a los actuales accionistas de ambas sociedades, ejercer un poder reforzado por el hecho de haber permanecido durante varios años en su estructura accionarial. Este blindaje beneficiará notablemente al principal accionista de la compañía, la familia Berlusconi. De acuerdo con los acuerdos de fusión, la familia Berlusconi pasará a controlar el 35 % del capital de MFE, pero con el doble de derechos de voto desde el primer momento, y cinco años después podrá multiplicar estos derechos de voto por 10, haciéndose, en consecuencia, con más del 50 % de los derechos de voto de la compañía como premio a su estabilidad en la estructura accionarial<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Vivendi, SA, socio minoritario de Mediaset España, SA interpuso demanda de impugnación de acuerdos sociales en la que solicitaba la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la junta extraordinaria de Mediaset de 4 de septiembre del 2019 relativos a la fusión tripartita transfronteriza entre la sociedad española, Mediaset Italia, y la matriz holandesa, solicitando la suspensión cautelar de los referidos acuerdos. El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 10 de octubre del 2019 estimó parcialmente la demanda y acordó la suspensión cautelar de estos acuerdos. Presentado por Mediaset España recurso de apelación contra este auto, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) dictó Auto de 14 de febrero del 2020 por el que confirmaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid. El 6 de febrero del 2020, Mediaset solicita de este juzgado que declare el sobreseimiento parcial de las acciones ejercidas por el socio minoritario relativas al carácter abusivo de los acuerdos relativos a la fusión, debiendo continuarse el procedimiento únicamente respecto de la infracciones de ley invocadas por este socio en su escrito de demanda. Pues bien, en el Auto de 28 de julio del 2020, el magistrado recoge la estructura que se hubiera puesto en funcionamiento de prosperar la fusión; existirán 3 clases de acciones especiales de voto múltiple. Las acciones especiales de voto A, con 3 derechos de voto, bien por asignación inicial tras la fusión o bien por el transcurso de 3 años de permanencia en el accionariado. Las acciones especiales de voto B, con 5 derechos de voto, bien por el transcurso de 2 años de permanencia en el accionariado tras la asignación inicial tras la fusión o 5 años de permanencia para nuevos accionistas. Las acciones especiales de voto C, con 10 derechos de voto, bien por el transcurso de 5 años de permanencia en el accionariado tras la asignación inicial tras la fusión u 8 años de permanencia para nuevos accionistas. Si se hubiera ejecutado la fusión, de forma consecutiva, transcurridos dos años desde la tenencia ininterrumpida de las acciones de la clase A, el socio podría acceder a las acciones de la clase B y, tras otros tres años, a las de la clase C. Como se indica en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid número 32/2020, de 14 de febrero, citando el informe de un banco elaborado a instancia del socio minoritario, de haberse ejecutado la fusión, la evolución de la estimación del voto a 2 años y 30 días y de 5 años y 30 días, esto es, teniendo en cuenta las acciones especiales de voto B y C, es la siguiente: con las acciones especiales de voto B, Fininvest (sociedad familiar que controla el grupo Mediaset) pasaría a tener el 53,2 % y, con la acciones especiales de voto C, el 56,35 %, frente al 34,56 % y al 36,85 %, respectivamente, de Vivendi. Lo que supondría tener la mayoría absoluta de los votos.

## 5.2. Motivaciones de la regulación francesa

La regulación llevada a cabo en Francia tiene una doble motivación. La primera es el intento del Estado de reducir su participación económica sin perder el control, como ocurrió con Renault (The Economist, 2 de mayo de 2015). La proteccionista regulación de las acciones de lealtad ha servido al Estado francés para controlar un porcentaje elevado de los derechos de voto de varias compañías en las que participa<sup>41</sup>.

En segundo lugar, el legislador francés emitió la *Loi Florange* para intentar incrementar la influencia de los accionistas antiguos, frente al poder de los inversores y fondos centrados en favorecer políticas cortoplacistas (Rontchevsky y Torck, 2014, p. 363).

## 5.3. Motivación de la regulación española

Las acciones de lealtad son una fórmula pensada para premiar la permanencia de los accionistas en las empresas<sup>42</sup>.

El preámbulo de la Ley 5/2021 (apartado I) parte del axioma de que las estrategias de inversión cortoplacistas tienden a afectar negativamente al potencial desarrollo sostenible de las sociedades cotizadas. Por un lado, la presión por generar y distribuir beneficios financieros en el corto plazo presiona a las direcciones de las empresas cotizadas a centrarse excesivamente en los resultados financieros trimestrales. Al centrarse fundamentalmente en maximizar los resultados financieros en el corto o muy corto plazo, las sociedades cotizadas adoptan en numerosas ocasiones estrategias corporativas que solo persiguen revalorizar sus acciones lo antes posible. «Este tipo de estrategias y medidas generan beneficios financieros efímeros, que sin embargo pueden perjudicar la sostenibilidad futura de la sociedad cotizada y de sus accionistas, trabajadores, acreedores y clientes». En el mismo apartado I del preámbulo se establece otro problema, pero siempre desde la motivación de la eliminación del cortoplacismo: otro potencial efecto adverso de las estrategias de inversión cortoplacistas radica en que influyen en la sociedad cotizada para que se centre esencialmente

<sup>41</sup> A finales de junio de 2015, 28 compañías del CAC 40 poseían derechos de voto doble. La actuación del estado de promoverlas se encuadra en una política destinada a «promover el crecimiento a largo plazo de compañías en sectores estratégicos para Francia». (APE, 2015, p. 20).

<sup>42</sup> En España, hasta la inclusión de las acciones de lealtad, solo está vigente una emisión de acciones con voto plural, la de Amadeus, con domicilio social fuera de España aunque realiza su actividad empresarial en nuestro país. La sociedad Amadeus posee 598.000.000 acciones privilegiadas, de un céntimo de euro de valor nominal (clase A), y por 171.443.700 acciones ordinarias, de 10 céntimos de euro de valor nominal (clase B). Cada acción confiere a su titular el derecho a un número de votos proporcional a su valor nominal; en consecuencia, cada acción de la clase A dará derecho a un voto, mientras que cada acción de la clase B dará derecho a diez votos. (Vid. Amadeus Global Travel Distribution: Estatutos, art. 6).

en el rendimiento financiero en beneficio exclusivo de sus accionistas. Los demás objetivos no financieros de la sociedad cotizada y los intereses de trabajadores y otros grupos de interés pasan así a un segundo plano de la estrategia corporativa.

Por el contrario, las estrategias de inversión a largo plazo integran de forma natural otros objetivos no financieros, como el bienestar de los trabajadores y la protección del medio ambiente, garantizando la sostenibilidad de las empresas en el largo plazo. Y es que aquellas empresas viables en la sociedad y en el medio ambiente son también más sostenibles económicamente en el medio y largo plazo<sup>43</sup>.

En consonancia con todo lo anterior, en el apartado VIII del preámbulo se afirma que, al introducir en nuestro derecho societario las acciones de lealtad, el legislador establece «un mecanismo que puede ser utilizado para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas».

Por tanto, la motivación del legislador al permitir su emisión es única. A través de esta medida, el legislador pretende fomentar la implicación de los accionistas en el gobierno corporativo de las empresas, así como contribuir a la generación de valor a largo plazo protegiendo a los administradores de posibles presiones de inversores cortoplacistas.

De esta forma, al contrario que los gobiernos italianos y franceses, la regulación de 2021 no tiene ninguna motivación proteccionista de mantener control de empresas antes públicas, ni de proteger la deslocalización de empresas españolas<sup>44</sup>. Existen muchas empresas antes públicas en las que el Estado no ha mantenido el control y otras que han dejado la domiciliación española, e incluso varias como Iberia, que han pasado por los dos estadios, primero pública, luego privada y por último deslocalizada. Las acciones de lealtad podrían haber sido una buena medida para frenar ambas situaciones.

## 6. Ventajas de las acciones de lealtad

Es posible identificar siete ventajas teóricas de la utilización de las acciones de lealtad: una para atenuar el cortoplacismo, dos de tipo proteccionista y cuatro más de tipo financiero.

<sup>43</sup> Igualmente, se afirma que este «capitalismo trimestral» (en referencia a la presión por maximizar los resultados financieros en cada uno de los informes financieros trimestrales) tiene efectos sobre el crecimiento económico, el empleo y la productividad del capital: «La crisis financiera de 2008 es, entre otros factores, el resultado de una visión excesivamente cortoplacista de la economía».

<sup>44</sup> El legislador español no está pensando en garantizarse una parte de control público en privatizaciones ni en deslocalización, pero tampoco en fusiones como la de CaixaBank-Bankia.

La primera ventaja es la pretendida por el legislador español (también por las legislaciones francesa e italiana), pues promueve la estabilidad del accionariado, con el control de grupos de capital consolidados, así como la implantación de políticas más sólidas a largo plazo. El objetivo explicitado por el legislador español (apartado VIII del preámbulo Ley 5/2021) es paliar los efectos negativos que en la gestión de las empresas está teniendo la cada vez menor permanencia de los accionistas en el capital. La sensibilidad hacia el tema tiene su origen en la preocupación de las autoridades comunitarias (introducción Directiva 2017/828, L 132: 3) por el aumento de la gestión de las compañías basada en el corto plazo, provocada por los intereses de determinados grupos inversores, que influyen sobre los gestores de las sociedades para la obtención de beneficios inmediatos a costa de sacrificar el interés a largo plazo del accionariado más tradicional. De esta forma, se pretende incentivar a los accionistas a mantener sus inversiones a largo plazo<sup>45</sup>, y al mismo tiempo contribuir a que los administradores actúen persiguiendo el interés social, la estabilidad societaria, la gestión prudente y las políticas largoplacistas.

Pero esta no es la única ventaja teórica de la utilización de las acciones de lealtad, identificamos otras dos, explicitadas por otras legislaciones europeas, aunque no por la española, ambas de carácter proteccionista:

- Pueden servir a los accionistas de control para reforzar su posición sin coste (pretendida por la legislación francesa e italiana). Los sujetos potencialmente más beneficiados serían el Estado, para mantener su control en compañías públicas privatizadas, y determinadas familias propietarias tradicionales tras la entrada de nuevos inversores en su capital.
- Relacionado con el anterior, intenta proteger el gobierno frente a inversores extranjeros, lo que puede evitar que escapen del país grandes grupos empresariales (pretendida por la legislación italiana).

Además de las analizadas en las legislaciones española, francesa e italiana, existen otras cuatro ventajas teóricas, todas ellas basadas en criterios financieros.

- Incentiva la entrada de nuevos recursos financieros, al incorporar un instrumento de inversión-financiación con características diferentes a los ya existentes. Esta idea se basa en que los títulos de las empresas están en competencia directa con títulos de otras empresas para conseguir fondos y para ser más valorados. Por tanto, está derivada de la innovación financiera y del marketing financiero, para diversificar a los potenciales titulares de acciones. El marketing financiero genera soluciones a problemas del mercado y las empresas que lo componen. Las ac-

---

<sup>45</sup> La doctrina defiende que la utilización de la figura favorece la estabilidad accionarial bajo el control de grupos de accionistas consolidados, así como la implantación de políticas sólidas a largo plazo y la consecución del interés social. (Álvaro, Ciabella, D'Eramo y Linciano, 2014).

ciones de lealtad pueden ser un instrumento fundamental para edificar un equilibrio societario de poderes sin necesidad de emitir clases de acciones sin voto o con privilegios en el derecho de voto (que en muchos países están limitados o prohibidos). En concreto, algunos inversores potenciales elegirán los títulos de una empresa que estatutariamente tenga reconocido el voto doble si mantiene la cartera durante el plazo establecido, respecto a otros títulos, igualmente ofrecidos en el mercado financiero, pero que sus emisores no tengan establecido esta disposición estatutaria.

- Fomenta la transparencia e incentivan la salida a Bolsa de sociedades con buenas perspectivas de crecimiento, manteniendo los fundadores el poder de control o de decisión. Esto puede ser especialmente interesante en negocios tecnológicos, en los que la reputación, prestigio y capital intelectual de los promotores constituye el factor clave para el desarrollo empresarial<sup>46</sup>.
- Favorece una mayor estabilidad bursátil, puesto que se reduce la volatilidad de los precios.
- Fomenta la competencia entre las bolsas de valores, al permitir invertir en instrumentos similares anteriormente existentes en otros mercados bursátiles.

## 7. Desventajas de las acciones de lealtad

A pesar de todas las ventajas teóricas, gran parte de la doctrina se ha posicionado en contra de la incorporación en nuestra legislación de las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas españolas, al no resultar necesarias ni eficaces para el cumplimiento de los fines que pretende el Gobierno, y, además, generar diversos perjuicios para las empresas y el mercado de valores en España<sup>47</sup>.

Para esta doctrina, al permitir que las acciones de lealtad sean adoptadas por las sociedades cotizadas, existe un mayor riesgo de oportunismo de los administradores y socios de control, no solo por los mayores problemas de acción colectiva que afrontan los accionistas minoritarios en una sociedad cotizada, sino también por los menores incentivos que tendrán los socios de control para implementar la solución que resulte más deseable para todos.

Basándose en la experiencia en otros países, parte de la doctrina (García Valdecasas, 2019) afirma que no se ha demostrado que un mecanismo que introduce asimetría en la re-

<sup>46</sup> Gandía Pérez (2016a) se refiere a las operaciones de Google y Facebook.

<sup>47</sup> Los argumentos para intentar evitar que el legislador finalmente incluyera la figura fueron recogidos por Fernández Torres (2017).

lación entre propiedad y voto, y una alteración de la democracia accionarial, sea instrumento útil para aumentar el dinamismo del mercado o reforzar su transparencia, incluso que sirva para aumentar la implicación del accionista en la gestión de la empresa.

A continuación se amplían los argumentos doctrinales para afirmar la innecesaria incorporación de las acciones de lealtad a la legislación mercantil en España.

## 7.1. Inexistente problema de cortoplacismo

El principal argumento esgrimido por el legislador español para implementar las acciones de lealtad consiste en promover la maximización a largo plazo del valor de la compañía, evitando así las presiones cortoplacistas. Este argumento está basado en la existencia de un cortoplacismo, que, según la doctrina más reconocida (Roe, 2013 y 2018), es solo una ilusión. Si no parece existir cortoplacismo en los Estados Unidos, donde la mayor dispersión del accionariado y la mayor presencia de inversores institucionales provocan que las sociedades cotizadas estén más expuestas a las presiones, todavía con menos motivo existirá cortoplacismo en España.

## 7.2. No es necesariamente positivo dar más poder a los accionistas de control

La duplicación del voto supondrá una mayor acumulación de poder en los accionistas de control –ya de por sí muy poderosos–, lo que puede favorecer la consecución de los intereses particulares y redundar en una gestión abusiva y negligente. Con esta medida se incrementa el riesgo de atrincheramiento y oportunismo de los socios de control, perjudicando de esta manera la tutela de los accionistas minoritarios y, con ello, el atractivo de las empresas y los mercados de valores.

En consecuencia, no solo existirán menores posibilidades de que un potencial inversor externo proponga cambios que resulten deseables o, si obtuviera el control, implementara una estrategia empresarial potencialmente superior, sino que, además, agravará el riesgo de que los accionistas mayoritarios puedan realizar determinadas conductas oportunistas en perjuicio de los minoritarios<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Las prácticas de *tunneling* se producen cuando un accionista mayoritario, o un ejecutivo de alto nivel dentro de la compañía, orienta los activos o negocios de la compañía para conseguir una ganancia personal. Actuaciones como compensaciones excesivas, desvíos en el pago de dividendos, ventas de activos a precios infravalorados y autopréstamos son ejemplos de prácticas consideradas como *tunneling*. (Johnson, La Porta, López de Silanes y Shleifer, 2000).

Derivado de ello, posibles accionistas minoritarios se pensarán mucho si invertir o no en una compañía española que tenga establecido en estatutos la existencia de acciones de lealtad<sup>49</sup>, máxime, cuando, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, los accionistas minoritarios de las sociedades españolas: (a) no pueden nombrar en la práctica a ningún consejero (salvo que tengan la mayoría necesaria para hacerlo a través del sistema de representación proporcional, que es algo improbable en una sociedad cotizada), como sí se permite en Italia; (b) no tienen el poder de aprobar transacciones con partes relacionadas, como sí acontece en Israel o Hong Kong; (c) no pueden bloquear el nombramiento de los consejeros independientes aprobados por la junta general, tal y como ocurre en el Reino Unido; y (d) no tienen a su disposición los mecanismos de protección de mercado y procesales que existen en los Estados Unidos. Por tanto, la implementación de acciones de lealtad provocará un mayor riesgo de oportunismo de las personas que, debido a su posición dentro de los órganos de dirección, gozan del conocimiento de información privilegiada y de las decisiones presentes y futuras de una empresa, perjudicando de esta manera la confianza de los inversores y, con ello, la financiación de empresas y el desarrollo del mercado de valores en España.

Parte de la doctrina (Gurrea Martínez, 2016) considera que dar más poder a los accionistas de control con acciones de lealtad es una medida innecesaria, ineficaz y no contribuye a los objetivos pretendidos por el Gobierno, sino que, de hecho, puede perjudicar la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de valores y el gobierno corporativo de las empresas españolas.

De igual forma, también hay autores (Fried, 2015) que alegan que beneficiar expresamente a los accionistas a largo plazo podría perjudicar el valor de la compañía, sobre todo de aquellas que realicen transacciones con acciones propias. Incluso, puede ocurrir que reforzar el poder de los accionistas de control, con la existencia de acciones de lealtad, obstaculice la realización de actividades cortoplacistas beneficiosas para la entidad (Fernández Torres, 2017, p. 182).

### 7.3. Falta de efectividad de las acciones de lealtad para involucrar más a los accionistas

Parte de la doctrina considera que las acciones de lealtad no son eficaces para promover la involucración de los accionistas (Fernández Torres, 30 de mayo de 2019), por lo que las acciones de lealtad no solucionan el hipotético problema de la pasividad racional de los accionistas minoritarios. La pasividad o apatía racional se produce cuando el coste que

---

<sup>49</sup> Estos argumentos, y la relación comparativa con otros ordenamientos, son ofrecidos por Gurrea Martínez (13 de junio 2019).

tiene para el accionista conseguir o analizar la información societaria para emitir su voto de forma fundamentada es superior a los beneficios que de ello se extraen, tanto más cuanto su capacidad de influencia en la sociedad es muy reducida.

Tres son los principales motivos que provocan esta pasividad racional: accionistas con participación escasa en la compañía, accionistas diversificados y altos costes para coordinarse con otros accionistas que dificultan que las decisiones de los accionistas sean influyentes. Como consecuencia de los tres factores anteriores, será racional para muchos accionistas minoritarios no participar en el gobierno de la compañía. Los costes de involucrarse –en términos de tiempo, información, asesoramiento y coordinación–, aunque se redujeran por el legislador, serían superiores a los beneficios que podrían obtener los titulares. Por tanto, será racional adoptar una actitud pasiva en el gobierno de la compañía<sup>50</sup>.

En la medida en que las acciones de lealtad favorecen por igual a mayoritarios y minoritarios, y, por tanto, no incrementan el poder relativo de estos últimos, los incentivos de los minoritarios a involucrarse en el gobierno de una compañía no se verán alterados por la implementación de acciones de lealtad. En consecuencia, la adopción de estas acciones constituye un mecanismo poco efectivo para lograr la implicación de los accionistas.

## 7.4. Existen medidas alternativas más eficaces para involucrar más a los accionistas

Los legisladores europeos y nacionales están preocupados con las estrategias de inversión cortoplacistas, pues contrastan con el objetivo fundamental de un buen gobierno corporativo: el desarrollo de políticas a largo plazo que mantengan un negocio sostenible en el tiempo. No obstante, la sostenibilidad a largo plazo puede promoverse mediante la adopción de otras medidas distintas: (a) actuando sobre la remuneración de los administradores, de tal manera que se alineen los intereses de los administradores con los de la sociedad y los socios, (b) fomentando la transparencia informativa y (c) adoptando incentivos fiscales que tengan en cuenta el perfil del inversor y desincentiven la especulación (Fernández Torres, 2019).

Por tanto, si lo que el legislador pretende es fomentar la involucración de los socios en la gestión de la sociedad, quizás hubiera sido más efectivo introducir medidas que favore-

---

<sup>50</sup> Una alternativa peligrosa es que los inversores minoritarios recurran a asesores de voto (*proxy advisor*), cuyos intereses pueden ser contrarios a los planteamientos largoplacistas de la compañía. Los asesores de voto prestan servicios relativos al ejercicio de voto (emisión de recomendaciones y elaboración de informes), pero también ofrecen otros servicios accesorios (alerta de excesos de participaciones significativas, coordinación de acciones judiciales colectivas y plataforma de delegación de voto).



cieran el control de los socios sobre la gestión y administración social, y no la concesión de mayores derechos de voto por el simple hecho de permanecer en la sociedad durante un determinado periodo de tiempo.

## 8. Propuesta de mejora legislativa

El objetivo esencial que se persigue con la introducción de las acciones de lealtad es que nuestro régimen societario, y en definitiva nuestro mercado bursátil, ofrezca las mismas opciones de inversión-financiación que permiten otras legislaciones europeas (apartado VIII del Preámbulo Ley 5/2021).

Este objetivo ha sido conseguido porque el legislador español recoge un régimen similar al que tienen desde años países como Francia e Italia. Es más, la regulación de las acciones de lealtad en España es una mezcla de la establecida en ambos países para elegir la que el legislador considere más adecuada.

Aunque el régimen que se propone es similar al introducido en Francia e Italia, la regulación de ambos no es idéntica. En Francia, la legislación establece que las empresas pueden emitir las salvo que la junta de accionistas decida lo contrario. Por su parte, en Italia el mecanismo es el opuesto: existe la posibilidad legal, pero la junta de accionistas debe aprobar expresamente su aplicación. Por otro lado, en Francia el voto es siempre el doble, mientras que en Italia será lo que establezca la empresa entre uno y dos votos. La tabla 1 recoge las diferencias entre la regulación de las acciones de lealtad en las legislaciones española, italiana y francesa.

Tabla 1. Diferencias de la regulación de las acciones de lealtad entre las legislaciones española, italiana y francesa

	Italia	Francia	España
<b>Año de la regulación</b>	2014	2014	2021
<b>Motivación de la legislación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evitar huida de grandes grupos nacionales al extranjero</li> <li>• El Estado reduce la participación en empresas sin reducir el control</li> <li>• Protección de accionistas antiguos, frente a inversores centrados en favorecer políticas cortoplacistas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Estado reduce la participación en empresas sin reducir el control</li> <li>• Protección de accionistas antiguos, frente a inversores centrados en favorecer políticas cortoplacistas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mantener la inversión de las sociedades a largo plazo y reducir las presiones cortoplacistas</li> </ul>
<b>Utilización previa antes de la incorporación a la legislación</b>	Utilizada por las empresas antes de ser legislada	Utilizada por las empresas antes de ser legislada	No utilizada por las empresas antes de ser legislada
<b>Ámbito de aplicación</b>	Empresas cotizadas	Empresas cotizadas	Empresas cotizadas
<b>Calificación de las acciones</b>	No son clases de acciones	No son clases de acciones	No son clases de acciones
<b>Previsión estatutaria</b>	Existe la posibilidad legal, pero la junta de accionistas debe aprobar expresamente su aplicación	La legislación establece que las empresas pueden emitir las acciones que la junta de accionistas decida lo contrario	Existe la posibilidad legal, pero solo pueden utilizarse si se incluye en los estatutos expresamente
<b>Votos concedidos</b>	Entre uno o dos votos	Doble voto	Doble voto
<b>Periodo mínimo de titularidad</b>	Dos años	Dos años	Dos años. Los estatutos pueden aumentar este plazo, pero no disminuirlo



	Italia	Francia	España
Año de la regulación	2014	2014	2021
▲			
<b>Quorum aprobación</b>	2/3 en primera y segunda convocatoria de la junta de socios	2/3 de la junta de socios	60 % si asiste el 50 % o más y el 75 % si asiste al menos el 25 %
<b>Excepciones al derecho subjetivo (Salvo previsión estatutaria en contra)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sucesión</li> <li>• Fusión</li> <li>• Escisión</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sucesión</li> <li>• Modificaciones estructurales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sucesión</li> <li>• Modificaciones estructurales</li> <li>• Transmisión entre sociedades del grupo</li> </ul>
<b>Dividendo de lealtad</b>	Prohibido	Permitido	Prohibido
<b>Utilización en sociedades no cotizadas</b>	Permitida	Prohibida	Prohibida
<b>Clases de acciones</b>	Permite acciones sin voto. Prohíbe las acciones con voto plural, aun- que las empresas sí las utilizaban	Permite acciones sin voto. Prohí- be las acciones con voto plural, pero antes sí estaban legalmente permitidas	Permite acciones sin voto. Prohíbe las acciones con voto plural, aun- que las empresas sí las utilizaban
			<b>Fuente:</b> Elaboración propia.

A continuación se aportan dos propuestas de mejora del texto legislativo español a la luz del análisis de la regulación italiana y francesa: ampliación de las acciones de lealtad a las empresas no cotizadas e incorporación legislativa de acciones con voto plural.

## 8.1. Ampliación de las acciones de lealtad a las empresas no cotizadas

Tanto en Francia como en España las acciones de lealtad solamente están permitidas en las sociedades cotizadas. Sin embargo, la regulación italiana de las acciones de lealtad está complementada por otra norma que instaura para las sociedades no cotizadas un régimen de voto múltiple muy flexible, de forma que estatutariamente puede establecerse para que posea un privilegio igual al de las acciones de lealtad. Esta medida podría ser incorporada por el legislador español, ya sea ampliando las acciones de lealtad a las empresas no cotizadas, o complementándola con otra legislación específica para las no cotizadas.

## 8.2. Incorporación legislativa de acciones con voto plural

Las acciones con voto privilegiado pueden definirse como las que tienen un derecho de voto superior al de otras, con relación a la cuota del capital que ellas representan<sup>51</sup>. Ambos conceptos son bien diferentes. Las acciones de lealtad son cualquier acción ordinaria (todas las acciones de la empresa son de la misma clase) de la que haya sido titular un mismo accionista ininterrumpidamente durante el plazo legalmente establecido, atribuyéndole una característica única posible: un voto doble. Por su parte las acciones con voto plural forman una clase de acciones en la que una parte de las acciones tiene cualquier privilegio en el derecho de voto, incluido el de tener un voto doble o mayor, y el resto de clases de acciones de la empresa no lo tiene.

El artículo 38 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 prohibía de forma expresa la creación de acciones de voto plural<sup>52</sup>. Ni antes ni después ninguna legislación mercantil española la ha admitido, aunque voces doctrinales reclamaron la utilidad de esta medida (Pedrol Rius, 1948, p. 2)<sup>53</sup>. Dicho esto, analizando las acciones con derecho de voto plural, es

<sup>51</sup> Las acciones con voto privilegiado han recibido un gran número de denominaciones: de voto plural, de voto desigual, de voto acumulativo, de voto múltiple, de voto preferencial, de voto superior, de voto mayor, de dirección, de gestión, de control, de protección, de comando o predominante.

<sup>52</sup> Garrigues y Uría (1952, pp. 390-391) hacen un recorrido por la doctrina europea en torno a las acciones de voto plural, predominando los autores contrarios a su incorporación y utilización.

<sup>53</sup> El autor las propugnó como instrumento para dar estabilidad a la administración de las sociedades y evitar tomas de control no deseadas. No veía razón suficiente el hecho de que pudiesen utilizarse de forma abusiva para prohibirlas. Además, propuso algunos requisitos para su implantación en España, como

posible observar que ocurre una circunstancia peculiar. El legislador español nunca ha admitido la inclusión de acciones o participaciones con este privilegio, sin embargo, a pesar de no estar permitidas, varias empresas incluyeron una diferenciación de sus acciones con derecho al voto plural. Esto puede observarse en la disposición transitoria séptima de la Ley de sociedades anónimas de 1951, donde se concedía, a las sociedades que poseyeran acciones de voto plural reconocidas en sus estatutos, válidamente emitidas, la posibilidad de conservarlas temporalmente durante un plazo máximo de dos años.

Pues bien, ahora es un buen momento para admitir la posibilidad de emitir acciones de voto plural, y que vuelvan a ser utilizadas por empresas españolas, porque hasta ahora el principal argumento para rechazar su implantación es que incumplía la regla «una acción, un voto», profundamente arraigada en el derecho societario español. No obstante, la existencia de acciones sin voto y acciones de lealtad cambia las reglas del juego, porque ambos instrumentos modifican la proporcionalidad entre capital y voto, y cada vez deja de tener sentido que un título con una posible potencialidad y utilidad futura esté prohibida porque no cumple un tradicional dogma teórico ya incumplido por varias figuras.

A pesar de estar prohibidas, parte de la doctrina ha sido partidaria de su inclusión, basándose en que, a efectos prácticos, las alteraciones producidas por las acciones sin voto no serían distintas a las originadas por las acciones de voto plural (Gandía Pérez, 2016b, p. 178). Ahora podemos completar la idea con que ambas figuras son compatibles con las acciones de lealtad, y los presuntos problemas societarios son similares entre las tres.

## 9. Conclusiones

### 9.1. Necesidad de realizar estudios previos a la legislación

En las sociedades de capital concentrado, las acciones de lealtad favorecen que una minoría sea la que controle la sociedad, que si no va unido a un fuerte sistema de control de la gestión puede generar conflictos de interés entre accionistas minoritarios y administradores y, por tanto, la consecución de intereses personales en detrimento del interés general.

El legislador español ha basado su regulación en la idea de que la atribución de un derecho de voto reforzado a accionistas largoplacistas conllevará un mayor nivel de involucración o implicación de los accionistas en la vida societaria. Sin embargo, no hay consenso en los resultados de trabajos empíricos respecto a cuatro temas que son la clave para saber la utilidad de esta figura: la existencia del problema del cortoplacismo, la relación

---

restringir el derecho a poseerlas a las personas físicas no extranjeras (p. 15); por otra parte, el Tribunal Supremo las reconoció en su Sentencia de 28 de marzo de 1936 (p. 2).

causal entre permanencia en la sociedad y desarrollo de políticas corto o largoplacistas, los beneficios que se derivan para la sociedad de la permanencia en ella de inversores largoplacistas o la relación riesgo/beneficio derivada de la atribución automática de un derecho de voto doble.

Los anteriores aspectos son claves para identificar el mejor modo de incorporar la figura a nuestro ordenamiento; por esta razón, el gobierno español debería haber realizado una serie de estudios previos a la incorporación de la figura. Por ejemplo, hubiera sido conveniente realizar un estudio del mercado empresarial español, donde se analizase el porcentaje de accionistas vinculados con la gestión de la compañía, y el posible impacto de la medida en el mercado.

Los resultados de todos estos trabajos empíricos son imprescindibles para identificar los beneficios que se derivan de las acciones de lealtad, porque, en caso de no existir, los políticos, legisladores y autores basarán sus actuaciones exclusivamente en opiniones. Tras el trabajo realizado, nuestra opinión (aunque solo es una opinión) es que claramente no siempre se cumplen dos axiomas de los que parte la legislación española. Por un lado, no toda decisión cortoplacista es siempre y necesariamente contraria al interés de la sociedad. Por el otro, la emisión de esta figura no garantiza el compromiso de los accionistas, pues la implicación de cada accionista depende de muchos otros factores –de naturaleza económica, social y psicológica–, no solo de los derechos de voto.

## 9.2. Razones para incorporar las acciones de lealtad a nuestra legislación

Es posible identificar tres tipos de ventajas de la utilización de las acciones de lealtad: combatir el cortoplacismo, de tipo proteccionista y de tipo financiero.

Los dos primeros grupos de motivaciones para emitir acciones de lealtad han sido la base de la incorporación a la legislación española, francesa e italiana. La doctrina (con pareceres encontrados) ha analizado teóricamente las ventajas e inconvenientes de incorporar la figura a nuestra legislación, pero siempre centrándose en la eficacia y eficiencia de alcanzar estas motivaciones exclusivamente. Sin embargo, la doctrina no ha analizado la tercera finalidad, porque los legisladores no los han explicitado como necesidades a satisfacer con sus regulaciones. En nuestra opinión, las ventajas y desventajas doctrinales sobre las dos primeras finalidades no son concluyentes y, sin embargo, es una medida positiva la incorporación legislativa para que sea posible su emisión por las sociedades cotizadas intentando satisfacer el tercer tipo de finalidades, que consiste en considerarla una alternativa de inversión-financiación interesante.

El primer tipo de finalidades es la única que tuvo en cuenta el legislador español para diseñar el instrumento, y una de las que tuvieron en cuenta la legislación francesa e italia-

na. La importancia de esta finalidad es que no se limita a ser relevante para inversores y emisores, sino que es trascendental para el tejido empresarial y la sociedad en general. Las acciones de lealtad pueden ser utilizadas para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y a reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas. Centrarse en la obtención de beneficios a corto puede hacer olvidar las políticas de I+D+i, de protección del medio ambiente y de maximización de beneficios para sus trabajadores. No obstante, este objetivo estará muy atenuado en las sociedades cotizadas que posean una estructura de capital muy diluida, y además, existen dudas de que el problema del cortoplacismo exista.

El segundo tipo de finalidades (perseguidas por la legislación italiana y francesa) es que los administradores o los socios de control pueden recurrir a las acciones de lealtad como mecanismo defensivo frente a las injerencias externas en el gobierno de la empresa, fundamentalmente la recapitalización sin riesgos de la pérdida de control familiar o grupal. Por ejemplo, un núcleo familiar que abre su negocio a inversores capitalistas, o unos fundadores tecnológicos que necesitan financiación externa. Relacionado con esto, la emisión de acciones de lealtad es, para la empresa emisora, una garantía de protección frente a una posible opa hostil futura, porque el resto de acciones no puedan agruparse para designar a nuevos administradores por el sistema proporcional. Igualmente, existen otras situaciones específicas en las que puede ser adecuada la emisión de acciones de lealtad: procesos de reorganización empresarial, reconversión o industrialización, y conservación del control público de las sociedades estatales.

La tercera es derivada de la innovación financiera y del marketing financiero, en su intento de diversificar a los potenciales titulares de acciones, generando soluciones a problemas del mercado y las empresas que lo componen.

La incorporación de las acciones de lealtad a la legislación española era necesaria, pero no para aumentar la estabilidad e involucración de los accionistas, porque sobre eso hay dudas de que se consiga con la figura, ni para adaptar la legislación comunitaria, porque llega tarde y no era necesario. Con su introducción, nuestro régimen societario y, en definitiva, nuestro mercado bursátil, ofrece las mismas opciones de inversión-financiación que permiten otras legislaciones.

La incorporación de las acciones de lealtad incentiva la entrada de nuevos recursos financieros, al incorporar un instrumento de inversión-financiación con características diferentes a las ya existentes. Esta idea se basa en que los títulos de las empresas están en competencia directa con títulos de otras empresas para conseguir fondos y para ser más valorados. Las acciones de lealtad pueden ser un instrumento fundamental para edificar un determinado equilibrio societario de poderes sin necesidad de emitir clases de acciones sin voto o con privilegios en el derecho de voto (que en muchos países están limitados o prohibidos). En concreto, algunos inversores potenciales elegirán los títulos de una empresa que estatutariamente tenga reconocido el voto doble si mantiene la cartera durante el plazo es-

tablecido, respecto a otros títulos similares, igualmente ofrecidos en el mercado financiero, pero que sus emisores no tengan establecido esta disposición estatutaria.

En definitiva, las dudas y reticencias de la incorporación en nuestra legislación de la figura se basan en que no compensan las teóricas ventajas de tipo proteccionista y para atenuar el cortoplacismo, que son las que han sido observadas por los diferentes legisladores; por el contrario la necesidad y oportunidad de incorporación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico se basa en una necesidad de tipo financiero, la cual no ha sido explicitada como motivación expresa por el legislador español, y anteriormente tampoco por los legisladores italianos y franceses.

### 9.3. Cambio de paradigma

A lo largo de la investigación se ha podido observar un cambio de paradigma. El principio de proporcionalidad ha dejado de ser la principal preocupación del legislador europeo (y español por inferencia), para comenzar un paradigma en el que el mejor modo de favorecer el interés de la sociedad es desarrollar políticas largoplacistas, y ello se alcanza con una estimulación del activismo accionario. Siempre teniendo en cuenta que es dudoso, tanto que el mejor modo de ayudar a la empresa es desarrollar políticas largoplacistas, como que el mejor medio para alcanzarlo es con una estimulación del activismo accionario.

Este cambio de paradigma influye en todas las propuestas del legislador. Para este caso concreto, el legislador parte de que la inclusión de las acciones de lealtad tenía esta utilidad, y por tanto los detractores y los defensores de su consecución han debatido por la idoneidad de la figura para alcanzarlo. Pero la utilidad de la figura es independiente de estas disquisiciones; las acciones de lealtad son un instrumento financiero que amplía el abanico de oferta de productos financieros del mercado.

Teniendo en cuenta el cambio de paradigma, la posibilidad de emitir acciones de lealtad en empresas cotizadas no es contraria al principio de proporcionalidad, donde convive con acciones sin voto en España y acciones con doble voto en sociedades no cotizadas en países europeos cercanos al nuestro. En el nuevo paradigma empieza a tener sentido admitir alternativas hasta ahora no contempladas legislativamente, como la posibilidad de emitir acciones con voto plural.

### 9.4. Condicionantes para que las empresas españolas emitan masivamente acciones de lealtad

La finalidad financiera de las acciones de lealtad requiere observar el entorno de otra manera: como un medio de incentivos y negociación con los inversores presentes y futuros,



dentro de un mercado financiero competitivo donde cada título de una empresa compite con los títulos de otras empresas de ese mismo mercado e incluso de otros.

La introducción de las acciones de lealtad en la legislación española será exitosa si, y solo si, un gran número de empresas emisoras se atreve a modificar sus estatutos para admitirlos y muchos inversores se animan a mantener las acciones de lealtad para beneficiarse de las ventajas de tener doble voto. Esta será la única medida de su utilidad.

Los socios de control únicamente intentarán modificar los estatutos para permitir la incorporación de las acciones de lealtad en el caso de que sea beneficioso y de interés para todos los accionistas, pues, de lo contrario, se arriesgarían a un fracaso, que sería un escenario gravemente perjudicial para sus intereses, tanto para los particulares como para los de la empresa en su conjunto. En el peor de los escenarios el fracaso supondrá desprestigio frente al mercado, una minoración del valor de la empresa, una salida del capital de determinados accionistas o una reducción de la capacidad futura de la compañía para aumentar capital.

Por tanto, los socios de control solo conseguirán adoptar estatutariamente las acciones de lealtad cuando convenzan a los inversores de que los posibles costes de estas acciones, en términos de atrincheramiento en el control de la compañía y posible riesgo de oportunismo frente a accionistas minoritarios, serán inferiores a los posibles beneficios asociados a un hipotético favorecimiento de la maximización a largo plazo del valor de la empresa.

Una vez tomada la decisión de la empresa de admitir estatutariamente las acciones de lealtad y los inversores tomar las estrategias para beneficiarse de ello, es necesario tener en cuenta que la existencia de las acciones de lealtad tiene consecuencias sobre la estructura y el funcionamiento societario: altera la protección de la minoría, complica la determinación del control de la empresa emisora, así como la calificación de sociedad dominante y dependientes (y también la de sociedades asociadas), la coordinación con la normativa de opas y las normas de fusión (cuando el doble derecho no esté reconocido en los estatutos de la absorbente pero sí en la absorbida, los accionistas de esta última perderán su privilegio tras la fusión).

## Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2010). El debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil. En J. Juste Mencía y A. J. Recalde Castells (Coord.), *Derecho de OPAs: estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas en el Derecho español* (pp. 475-492). Tirant lo Blanch.
- Álvaro, S., Ciabella, A., D'Eramo, D. y Linciano, N. (2014). Le deviazioni del principio un'azione un voto e le azioni a voto multiplo. *Quaderno Giuridini della Consob*.
- AMF (Autorité des Marchés Financiers). (2014). Voter en toute connaissance de cause aux assemblées générales des sociétés cotées.
- ANSA (Association Nationale des Sociétés par Actions). (2014). Loi visant à reconquérir l'économie réelle: dispositions relatives au droit de vote doublé, aux OPA et aux AGA. *Boletín 14-007*.
- APE (Agence des Participations de l'État). (2015). The Government as Shareholder.
- Bebchuk, L. (1999). A rent protection theory of corporate ownership and control. The National Bureau of Economic Research. Documento de trabajo 7203.
- Belinfanti, T. (2014). Shareholder Cultivation and New Governance. *Delaware Journal of Corporate Law*, 38.
- BlackRock. (2015). Key Considerations in the Debate on Differentiated Voting Rights. En *Corporate Governance and Responsible Investment*. <https://www.blackrock.com/corporate/en-za/literature/whitepaper/black-rock-the-debate-on-differentiated-voting-rights.pdf>.
- Bolton, P. y Samama, F. (2013). Loyalty-Shares: Rewarding Long-term Investors. *Journal of Applied Corporate Finance*, 25(3).
- Canard, R. (3 de mayo de 1993). La légalité du dividende majoré. *Les Echos*.
- Cariello, V. (2015). *Un formidabile strumento di dominio económico*. Giuffrè.
- Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris. (2007). Une action = une voix – Faut-il imposer une égalité entre participation au capital et détention du pouvoir?. *Norquet Report*. <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/53-une-action-une-voix>
- Conac, P. H. (2014). Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire. *Revue des Sociétés*.
- Cordonnier, P. (1924). L'égalité entre actionnaires avant et depuis la Loi du 22 novembre 1913. *Journal des Sociétés*, 5(62).
- Danos, G. (1922). *Les actions a vote plural*. Université de Paris. Faculté de droit.
- Delvoie, J. y Clottens, C. (2015). Accountability and short-termism: some notes on loyalty shares. *Law & Financial Markets Review*, 9(1).
- Enriques, L. (26 de diciembre de 2014). Milleproroghe, l'ultimo tentativo di salvare il potere dei salotti buoni. *Il Fatto Quotidiano*.
- Ernst & Young. (2013). Panorama des pratiques de gouvernance des sociétés cotées françaises. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013/\\$FILE/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013/$FILE/EY-Panorama-des-pratiques-de-gouvernance-des-societes-cotees-francaises-2013.pdf)
- Fernández Torres, I. (2017). *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*. Marcial Pons.
- Fernández Torres, I. (30 de mayo de 2019). La futura reforma de la ley de sociedades de capital: las «acciones de lealtad». *Derecho Mercantil*.

- Fried, J. M. (2015). The Uneasy case for favoring long-term shareholders. *The Yale Law Journal*, 124(5), 1346-1835.
- Gaillard, P. E. (1938). *Comment éluder la suppression des actions á vole privilégié pour la loi de 13 novembre*.
- Gandía Pérez, E. (2016a). 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.
- Gandía Pérez, E. (2016b). 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, pp. 173-203.
- García Valdecasas, J. A. (2019). Sobre las futuras acciones de lealtad en la legislación española: Críticas a la posible introducción. *Notarios y Registradores*.
- Garrigues, J. y Uría, R. (1952). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* (tomo I). Instituto de Estudios Políticos.
- Gasperoni, N. (1950). *Las acciones de las sociedades mercantiles*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Georges, E. (2005). *Essai de généralisation d'un Droit de retrait dans la société anonyme*. Montchrestien.
- Giampaolino, C. F. (2015). Azioni a voto maggiorato e a voto plurimo. *Giurisprudenza Commerciale*, I, 779-807.
- Guizzi, G. (2015). La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistemática. *Il Corriere Giuridico*, 2, 153-167.
- Gurrea Martínez, A. (13 de mayo de 2016). Shareholder activists: A threat for the global economy? *Columbia Llaw School's blog on corporations and the capital market*, 1-25.
- Gurrea Martínez, A. (13 de junio 2019). Un análisis crítico sobre la posibilidad de permitir las acciones de lealtad en las sociedades cotizadas españolas. *Derecho-Expansión*.
- Hamel, J., Lagaboe, G. y Jauffret, A. (1980). *Droit commercial* (tomo 1, vol., 2). Dalloz.
- Johnson, S., La Porta, R., López de Silanes, F. y Shleifer, A. (2000). Tunnelling. *American Economic Review*, 90(2), 22-27.
- Marchetti, P. (2014). Commento all'art. 20 del d.l. Competitività (azioni a voto maggiorato, a voto plurimo ed altro). Presentación hecha en el Consiglio Notarile de Milán, 22 de septiembre de 2014.
- Mattei. (2003). La riforma del diritto societario italiano. Una nuova ricezione acústica? *Rivista del Diritto Commerciale*.
- Mossa, L. (1948). *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*.
- Notari, M. (2003). Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi. En *Lezioni sulla riforma e modelli statutari*.
- Pedrol Rius, A. (1948). Defensa de las acciones de voto plural. *Revista de Derecho Mercantil*, 15, Civitas.
- Peltier, F. (1993). L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable. *Bulletin Joly Sociétés*.
- Pisano Massamormile, A. (2003). Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi. *Rivista delle Società di Capitali*, 48, 1268-1275.
- Pottier, A. (1934). *Les actions a vote plural*.
- Roe, M. J. (2013). Corporate short-termism in the boardroom and in the courtroom. *Business Lawyer*, 68.
- Roe, M. J. (2018). Stock market hort-termism's impact. *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper*, 26, 18-28.



- Rontchevsky, N. y Torck, M. (2014). L'impact de la Loi Florange sur le droit des offres publiques d'acquisition et les sociétés cotées françaises. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 363.
- Sáez Lacave, M. I. (2011). Blindajes, control minoritario y la regla una acción-un voto. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2-48.
- Scotti, S. (1966). *La riforma delle società di capitali in Italia*.
- Thaller, E. (1930). *Traité élémentaire de droit commercial*.
- The Economist. (2 de mayo de 2015). Shareholders rights in Europe short-term or short-changed?
- Valuet, J. P. (2014). Le droit de vote des actionnaires en AG: le droit de vote double. *Droit des Sociétés*, 10, étude 17.
- Ventoruzzo, M. (2015). The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat. Instituto Europeo de Gobierno Corporativo, artículo n.º 288.

# Recurso indirecto contra los pliegos rectores de la licitación con motivo de la impugnación del acto de adjudicación del contrato

**Jaime Pintos Santiago**

*Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores*

*Profesor doctor de Derecho Administrativo.*

*Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA*

*Funcionario de carrera en excedencia*

[jpintos@jaimepintos.com](mailto:jpintos@jaimepintos.com) | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

**Roberto Carrodeguas Méndez**

*Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional*

*Especialista en contratos públicos*

[robertocarrodeguas10@hotmail.com](mailto:robertocarrodeguas10@hotmail.com)

## Introducción

Centramos nuestra atención en el Acuerdo 6/2019, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima una reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta contra la adjudicación en un acuerdo marco de servicios. El tribunal navarro admite la impugnación extemporánea del pliego por concurrir una cláusula oscura de inadecuada redacción que determina la inexistencia de una base objetiva de ponderación, causando una manifiesta inseguridad jurídica y una disparidad de interpretaciones; lo que produce, en último término, una vulneración del principio de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores.

## La resolución

Reclamación especial en materia de contratación pública formulada por doña A. J. D., en representación de Distrivisual, SL contra la resolución 19E/2018, de 9 de noviembre, de la directora general del Presupuesto, en el marco del acuerdo marco para la selección de

las empresas que prestarán los servicios de limpieza de los departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y los organismos autónomos adheridos.

El Acuerdo 6/2019, de 5 de febrero, decidió estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por Distrivisual, SL contra la resolución 19E/2018, de 9 de noviembre, de la directora general del Presupuesto, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula 15.ª apartado 2.º, primer punto, del pliego de cláusulas administrativas particulares, y por ende la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

## Argumentación del tribunal

La reclamación en materia de contratación interpuesta por una de las empresas licitadoras se plantea al considerar que la entidad contratante no ha aplicado correctamente uno de los criterios de selección de las empresas. En concreto, el previsto en la cláusula 15.ª apartado 2.º del pliego de cláusulas administrativa particulares, habiendo por ello resultado incumplidas las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3 c) de la Ley Foral 2/2018, de 3 de abril, de contratos públicos de Navarra.

En este sentido, la cláusula controvertida, referida a un criterio de adjudicación, determina: «Productos de limpieza y métodos respetuosos con el medio ambiente (hasta 20 puntos). Se valorará con 20 puntos la sustitución de todos los productos ecológicos por métodos, técnicas y materiales innovadores y respetuosos con el medio ambiente».

Así, la recurrente sostiene que esta cláusula no resulta clara porque no indica qué puntuación correspondería en el caso de que no se sustituyeran todos los productos ecológicos sino solo algunos, alegando que la sustitución parcial no puede valorarse con cero puntos; todo ello, en la medida en que la cláusula utiliza la expresión «hasta 20 puntos». Y, por ello, defiende la reclamante que la literalidad de la cláusula obliga a otorgar alguna puntuación a dichas sustituciones durante parciales.

Argumenta, en este sentido, que la actuación de la entidad contratante supone una modificación de los criterios de valoración de las ofertas, dado que, de haberse conocido en el momento de presentar ofertas por parte de las licitadoras, a la luz del elevado número de oferentes afectados, habría influido en la preparación y presentación de las mismas.

Es decir, se plantea la disyuntiva de si la expresión «hasta 20 puntos» permite valorar, como así lo ha hecho el órgano de contratación, con la máxima puntuación (20 puntos) a aquellos licitadores que oferten la sustitución de todos los productos, y con cero puntos a aquellos que, o bien no oferten la sustitución de ningún producto, o bien presenten una oferta para sustituir algunos productos, pero no la totalidad de los mismos.

Delimitado el debate en los términos expuestos, anticipamos que el tribunal administrativo de contratos acoge la interpretación de la reclamante al entender que la citada cláusula es nula de pleno derecho. Ciertamente, el tribunal de contratos defiende que existe oscuridad en el criterio de adjudicación cuestionado, porque si bien el pliego indica que se valorará con 20 puntos la sustitución de todos los productos ecológicos, también se recoge que la puntuación será «hasta 20 puntos»; lo que a juicio del órgano revisor conlleva ponderar de alguna manera la sustitución parcial, además de no establecerse categóricamente que la no sustitución de todos los productos deba puntuarse con 0 puntos y no existir un concreto listado de productos sustituibles.

Más aún, el Tribunal pone de manifiesto que uno de los miembros de la mesa de contratación formula una pregunta sobre la forma de valoración de las sustituciones parciales de productos, de lo que se colige que el criterio no es claro. Igualmente, se advierte una disparidad en las diferentes ofertas realizadas, siendo así que 3 de los 14 licitadores ofertan una sustitución parcial de productos, hecho que para el tribunal no tendría sentido si no pensarán que no van a obtener puntuación. Por último, considera que el criterio de adjudicación es especialmente trascendente, pues otorga 20 puntos sobre 100, resultando, en consecuencia, relevante para la selección de las empresas.

Ha de destacarse que, en términos generales, no procede impugnar un pliego una vez adjudicado el contrato, pero, a tenor de la resolución comentada, podemos matizar que la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión ha ido evolucionando en una senda trazada en gran parte por resoluciones del TJUE, a las que posteriormente nos referiremos, y en consecuencia la impugnación indirecta de los pliegos con ocasión de la adjudicación del contrato, «sí es posible en aquellos supuestos en que las Bases están redactadas en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que solo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas».

En consonancia con los razonamientos referidos y al no haberse concretado esa graduación, admitiendo varias interpretaciones con la consiguiente indefensión para los licitadores, el Tribunal de Contratos Públicos de Navarra concluye que la cláusula descrita vulnera el principio de transparencia e igualdad de trato, sin posibilidad de subsanación, por lo que declara la nulidad de pleno derecho y la imposibilidad de continuar válidamente con el proceso de adjudicación.

Expuesto lo que antecede queda por significar que el Acuerdo 6/2019 del tribunal administrativo de contratos fue impugnado en la vía contencioso-administrativo, resultando anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia núm. 6/2020, de 28 de enero (rec. núm. 60/2019) por no ser conforme a derecho.

A diferencia del criterio mantenido por el tribunal de contratos, la sentencia del TSJ avala la posición defendida por el órgano de contratación, al entender que el pliego ha graduado

la puntuación atendido el cumplimiento parcial del criterio, y cuando no lo ha hecho así, ha sido de manera consciente y voluntaria, sin que ello suponga quiebra alguna del principio de transparencia, pues la cláusula es clara y no exige un especial esfuerzo interpretativo. En este sentido, interpreta la sala que la expresión «hasta x puntos» se utiliza como cláusula de estilo en todo el pliego, pero en este caso no supone, porque no lo exige la regulación del criterio, que se haya pretendido una puntuación del cumplimiento parcial de la condición. De ahí que, no concurriendo la citada causa de nulidad radical, «es forzoso concluir que la reclamación especial debió desestimarse, recordando que la discrepancia era constatable en el momento de la publicación del pliego, habiéndose limitado la mesa de contratación a aplicarla en su tenor literal sin introducir matiz alguno».

## Consecuencias para la práctica

1. La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de impugnación autónoma, devienen firmes e inatacables por ser consentidos por los licitadores, una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso

Como es bien sabido, una reiterada doctrina de los órganos de recursos contractuales (entre otras muchas, resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 711/2018, de 27 de julio; 219/2016, de 1 de abril; 59/2012, de 22 de febrero; 142/2012, de 28 de junio; 155/2011, de 8 de junio; 172/11, de 29 de junio; 502/2013, de 14 de noviembre; 19/2014, de 17 de enero; 931/2014, de 18 de diciembre), apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, ha manifestado que los pliegos son la ley del contrato que vinculan tanto a la Administración contratante como al oferente que presenta una proposición a una licitación determinada –*pliegos lex contractus*–.

En efecto, abundando en esta afirmación hemos de traer a colación el artículo 139.1 de la LCSP que determina que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna», razón por la cual el artículo 50.1 b) *in fine* de la precitada norma precisa que «con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».

Asimismo, queremos resaltar que el principio de seguridad jurídica conlleva la imposibilidad de la impugnación por el licitador de los pliegos con ocasión o con posterioridad a



la adjudicación del contrato, pues, en caso contrario, se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación (en este sentido, resolución del TACP de Madrid 10/2015, de 14 de enero). Sentado lo anterior, no cabrá argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los pliegos cuando estos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, resolución del TACRC 502/2013, de 14 de noviembre).

En íntima conexión con lo adverbado, debe significarse que esta doctrina, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE. Así, la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd., dictada en el asunto C-538/13, razona su apartado 51 que para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, se considera necesario la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones.

## 2. La regla general de la prohibición de impugnación indirecta de los pliegos admite excepciones, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva

Tradicionalmente, con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, tanto los órganos administrativos de recursos contractuales como los judiciales habían venido inadmitiendo la impugnación indirecta de los pliegos con ocasión del acto de adjudicación o exclusión por considerarla extemporánea, al entender que el recurrente no puede impugnar unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta.

No obstante, se aprecia un cambio de doctrina a raíz de la precitada sentencia eVigilio (en especial, los apartados 27 y 48 a 58), al matizar el TJUE el derecho de acceso al recurso relativo a la legalidad de la licitación cuando «un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión». Por ello, si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador, estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

A este respecto, conviene precisar que esta posibilidad de impugnación extemporánea de los pliegos se ha visto limitada a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permitía al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo «arbitrario» (entre otras, pueden verse la resolución del TARC de la Junta de Andalucía 292/2015, de 31 de julio y la resolución OAR/KEAO 129/2015, de 20 de noviembre).

Por otra parte, el TACRC ha mantenido que los vicios de nulidad deben ser objeto de una interpretación restrictiva, por su reconocido carácter excepcional (por todas, resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre y 931/2014, de 18 de diciembre). Al respecto, puede afirmarse que, dentro de la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general (Dictamen del Consejo de Estado 6/1997, de 17 de abril).

Adicionalmente, el TACRC, a partir de su resolución 49/2017, de 20 de enero, ha exigido la concurrencia no solo de circunstancias objetivas, sino también subjetivas. Y en este sentido, ha llegado a afirmar, sobre la base del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), que aun concurriendo el vicio de nulidad, no será posible la impugnación indirecta de pliegos si esta se hace con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente (Resolución TACRC 640/2018, de 6 de julio).

Así pues, y recapitulando, la doctrina legal y la jurisprudencia viene admitiendo excepcionalmente el recurso indirecto contra los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Si bien, como aclara la reciente STS 398/2021, de 22 de marzo, deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurran en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se apreciarán de forma excepcional y restrictiva (STS 1615/2018, de 14 de noviembre). A nuestro parecer, el análisis efectuado en este comentario nos lleva a concluir que, por razones de seguridad jurídica, no será tarea fácil que prospere el recurso especial interpuesto por el licitador cuando cuestione extemporáneamente la validez de los pliegos firmes y consentidos.

### 3. Alguna *rara avis* que no encuentra cabida

La resolución 0315/2021, de 31 de marzo del TACRC (rec. núm. 4/2021) viene a penalizar, en aras de la seguridad jurídica y buena fe así como de la vinculación a los actos propios, lo que considera una poco razonable diligencia en el examen de la documentación incorporada al expediente de contratación por parte de la recurrente, aun cuando las cláusulas impugnadas incurran en vicio de nulidad de pleno derecho y posibiliten una actuación arbitraria por parte del poder adjudicador.

Así pues, esta resolución considera que en este aspecto debe primar la consideración de los pliegos como *lex contractus* y que, por tanto, una vez presentada oferta conforme a los mismos ya no se pueden impugnar, estando prohibido ir contra los actos propios de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica (insistimos, *aun cuando las cláusulas impugnadas incurran en vicio de nulidad de pleno derecho y posibiliten una actuación arbitraria por parte del poder adjudicador*, lo cual llega a parecer inaudito).

Porque podría peligrar la seguridad jurídica en las licitaciones, pues se da pie a la imposibilidad por parte del licitador de impugnar cláusulas claramente nulas de pleno derecho,

con base en la mera presunción de que actúa con escasa diligencia razonable, sin entrar a juzgar la actuación del órgano de contratación y presumiendo válidos sus actos, sin permitir por tanto prueba *iuris tantum* ni posibilidad de poner en entredicho la actuación del órgano de contratación.

Porque, a mayor abundamiento, procedería traer a colación en estos casos el posiblemente vulnerado *principio de seguridad jurídica* y recordar, en último término, el alcance del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, según se expuso en la STS de 21 de febrero de 2006 y la sentencia de 15 de diciembre de 2007 (citadas por la anterior):

El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 Az 3979, recuerda «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, *el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla*, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.

# Motivación de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2021

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

La sentencia seleccionada para comentar tiene como elemento fundamental el análisis del derecho a la tutela judicial efectiva, y concretamente el referido al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que se incluye en el artículo 24. 2 de la Constitución y que tiene transcendencia en los procedimientos judiciales, y concretamente en el proceso referido a las medidas de apoyos judiciales para el ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, de acuerdo con la nueva Ley 8/2021, como en el anterior procedimiento que recogía las modificaciones de la capacidad.

Brevemente debe indicarse que se inicia el procedimiento con la presentación de una demanda de modificación de la capacidad por la esposa del demandado, como consecuencia de las secuelas neurológicas provocadas por un ictus, accidente cardiovascular, interesando sea nombrada tutora de su esposo. La demanda presentada corresponde al juzgado de primera instancia, oponiéndose el demandado a dicha demanda, entendiéndose que solo procede una mera supervisión para determinadas cuestiones complejas, e interesando que para el ejercicio del cargo se nombrara no a su esposa, con la que no tenía buena relación, sino a su hija, o a un amigo determinado. La sentencia dictada acuerda una modificación

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 28 de febrero de 2022).

parcial de la capacidad de obrar para regir su patrimonio en aquello que exceda de los gastos de bolsillo, nombrando curador a su amigo mencionado para asistirle y aconsejarle en determinados actos, sin que fuera preciso que solicitara autorizaciones judiciales prevista en artículo 271 del Código Civil.

La esposa, demandante, interpuso recurso de apelación, y tras el informe del médico forense se estimó el recurso y acordó la incapacitación total del demandado, nombrando como tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA). Durante la tramitación de la apelación la representación del demandado solicitó que se citara al forense a la vista para que respondiera a las preguntas y aclaraciones de las partes, y pidió que se admitieran unas pruebas periciales para rebatir las conclusiones del médico forense, desestimados por el tribunal y con desestimación de los recursos de reposición contra las providencias.

La representación de la parte demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por vulneración de la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y el artículo 120.3 por falta de motivación, prescindiendo de la voluntad del demandado, entre otros artículos, y preceptos de la LEC.

En primer lugar, debe mencionarse que el procedimiento de modificación de la capacidad y el establecido por la Ley 8/2021 de solicitud de medidas de apoyo judiciales es un proceso especial regulado en los artículos 748 y siguientes de la LEC, y el artículo 752 referido a la prueba establece que

1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución, de acuerdo con lo recogido por el doctrina del Tribunal Constitucional, supone, como recoge la STC 37/2000 de 14 de febrero (NCJ052231), que desde el punto de vista positivo: a) el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes, decisivas en términos de defensa, propuestas con observancia de la legalidad procesal, y siempre que, en su obtención, no se hubieren vulnerado derechos fundamentales; b) el derecho a que la prueba admitida sea practicada, desplegándose, en consecuencia, la actividad procesal necesaria a tal fin; c) el derecho a que no se produzca indefensión, denegando, sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, la práctica de una prueba trascendente; d) por último, a que la prueba practicada sea valorada por parte del tribunal, pues fuera de tal caso el mentado derecho carecería de efectividad.

Desde el punto de vista negativo, no queda comprendido en su ámbito objetivo de aplicación: a) la admisibilidad ilimitada de pruebas; b) la admisión de pruebas no propuestas con respeto a la legalidad procesal o ilícitamente obtenidas, y c) la práctica de pruebas no llevadas a efecto por causa imputable a la parte, que alega la vulneración de tal derecho fundamental.

La STC 121/ 2021, de 2 de junio (NCJ065596) señala:

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes [...] entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* [...].

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos [...].

c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial [...].

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea «decisiva» en términos de defensa [...].

El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión [...]. A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo [...].

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas [...]; y, de otra, quien en la vía de

amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia [...], ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo [...].

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida. En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en las sentencias 647/2014, de 26 de noviembre (NCJ059148) y 465/2019 de 17 de septiembre (NCJ064544), que el alcance de tal derecho radica en la observancia de los requisitos siguientes:

- i) Pertinencia. El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] [...].
- ii) Diligencia. Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio [...] y que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento [...].
- iii) Relevancia. Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [...] demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa [...], esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito [...] al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente.

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada la prueba pericial propuesta por el demandado, en primer lugar, debe decirse que se encuentra ligada estrechamente con el objeto del proceso, así como también lo está la solicitud de que acuda a la vista para someterse

a las aclaraciones y preguntas de la parte recurrente, el demandado, estando relacionado con absoluta claridad con la cuestión a decidir, es decir, determinar el alcance de las medidas de apoyo.

En este sentido el artículo 346 de la LEC dispone que

el perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen [...]. De dicho dictamen se dará traslado por el letrado de la Administración de Justicia a las partes, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado.

Y asimismo, el artículo 347.1 de la LEC que se refiere a la actuación de los peritos en el juicio o en la vista, estableciendo que

1. Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita.

El tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.

El Tribunal Supremo ha mantenido, por ejemplo en sentencias 711/2016, de 25 de noviembre (NCJ061943) y 705/2021, de 19 de octubre (rec. núm. 5993/2020), que en la tramitación de los procesos especiales se pueda admitir prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación, razonándose que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental, quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado. Asimismo, ha declarado la nulidad del procedimiento, por no acordarse su práctica en la sustanciación del recurso de apelación, y ser pertinente y necesaria. Así, entre otras, en la sentencia 759/2011, de 2 de noviembre (NCJ055915), ha recogido que

la regla de la prueba presenta una excepción en el art. 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del art. 271.1 LEC y del propio art. 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el art. 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.



La indefensión se produce cuando se impide el ejercicio del derecho de defensa, cuando se limita o niega la facultad de alegar y justificar sus derechos o intereses para que sean reconocidos, o de replicar las posiciones contrarias, de acuerdo con el principio de contradicción, y ello haya producido un verdadero menoscabo del derecho de defensa, que se ha producido por la negativa del tribunal a citar al médico forense a la vista para responder a las aclaraciones y preguntas de la parte recurrente, sobre un tema esencial y trascendente en este proceso como es la determinación de la medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica del demandado. Esta limitación en la actuación del recurrente afecta al derecho de defensa, ya que le impide, de acuerdo con el principio de contradicción, manifestarse en relación con la prueba desplegada en el procedimiento. Por otro lado, la prueba era útil y pertinente, en la medida que, como se deriva de la sentencia de la audiencia provincial, decide, de acuerdo con el informe del forense, limitar de manera total la capacidad del demandado y por tanto con un alcance pleno tanto al ámbito personal como patrimonial, y acordando la tutela, prescindiendo de los informes periciales y documentación médica que se contraponía al informe forense, sin ningún razonamiento, máxime cuando la sentencia anula totalmente la capacidad jurídica del demandado, a través de una tutela, actualmente curatela representativa, que es excepcional, como resulta del juego de los artículos 249 tercer párrafo y 269 tercer párrafo del Código Civil, según redacción dada por Ley 8/2021, de 2 de junio, aplicable a la decisión del proceso por el juego de su disposición transitoria sexta.

Asimismo, en relación con la ausencia de motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado que había designado a la persona que quería que fuera curadora, debe tenerse en cuenta, de acuerdo con los principios que derivan del Convenio de Nueva York, respecto de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, la manifestación del derecho a la autodeterminación, y que debe ser respetado siempre que sea posible. Así, el artículo 3 del convenio establece la necesidad de respetar «la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones».

Además, la sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre (NCJ065683), tras la entrada en vigor de la nueva ley, expone que «la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias», con los matices que se explica a continuación.

La voluntad los deseos y preferencias, es decir, la voluntad exteriorizada del demandado es reconocida por el Código Civil, por lo que cualquier sentencia tendrá que exponer las razones por las que se prescinde de la voluntad manifestada del demandado.

Por tanto, la sentencia que se comenta de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la de la Sala Civil del Tribunal Supremo, teniendo en consideración la normativa vigente, estima el recurso por infracción procesal, y declara la nulidad de

la sentencia de la audiencia provincial, indicando que con admisión de la prueba pericial propuesta por el demandante recurrente se convoque a los especialistas y al médico forense que elaboró el informe, y motivar las razones por las que en su caso se prescinde del curador designado por el demandado, y deberá adaptarse a la nueva regulación establecida por la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.



# Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil

**Sonia Aranda Soria**

*Oficial del Cuerpo Militar de Intervención  
Doctora en Contabilidad y Finanzas por la Universidad de Zaragoza*

<https://orcid.org/0000-0001-9562-8893>

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

Es posible la cesión gratuita a terceros de parte de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos. La naturaleza jurídica de este tipo de contratos ha sido largamente discutida por la doctrina, reavivándose de nuevo el debate en la actualidad al ser traspuestas las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE al derecho español, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público e introducir una nueva figura contractual, la del contrato de concesión de servicios.

Este trabajo analizará la evolución de las diferentes calificaciones que han tenido los contratos de bar, cafetería y restauración en sede pública, concretamente en acuartelamientos militares y de la Guardia Civil, así como sus argumentaciones legales, con el objetivo de intentar argumentar cuál sería el mejor encaje jurídico entre los diferentes tipos de contratos existentes, determinando por tanto la normativa que rige su existencia y marco del control de legalidad.

**Palabras clave:** naturaleza jurídica; servicios sin coste; concesión de servicios; riesgo operacional.

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

**Cómo citar:** Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *Revista CEFLegal*, 254, 97-124.



# Current debate on the legal nature of contracts the operation of a bar, cafeteria and restoration in public domain properties. Special reference to the military and Civil Guard

Sonia Aranda Soria

## Abstract

It is possible the free transfer to third parties of part of the spaces in the administrative buildings of the State heritage to support services aimed at the personnel assigned to them or the visiting public, such as cafeterias, bank offices, ATMs, post offices or other similar ones. The legal nature of this type of contract has been long debated by the doctrine, reigniting the debate at present being transposed Directives 2014/23/EU and 2014/24 / EU to Spanish law after the approval of Law 9/2017, of November 8, of public sector contracts and introduce a new contractual figure, that of the service concession contract.

This work will analyze the evolution of the different qualifications that bar, cafeteria and restaurant contracts have had in public headquarters, specifically in military barracks and Civil Guard, as well as their legal arguments, with the aim of trying to argue which would be the best fit between the different types of existing contracts, thus determining the regulations that govern their existence and the framework of legality control.

**Keywords:** legal nature; free services; service concesión; operational risk.

**Citation:** Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *Revista CEFLegal*, 254, 97-124.



## Sumario

1. Introducción
  2. Gestión de los servicios públicos
  3. Recorrido por las diferentes calificaciones del contrato de bar, cafetería y cocina comedor en instalaciones públicas
    - 3.1. Cesión patrimonial
    - 3.2. Contrato administrativo especial
    - 3.3. Debate actual: contrato de servicios frente a contrato de concesión de servicios
      - 3.3.1. Delimitación de contrato de servicios y concesión de servicios
      - 3.3.2. Procedimientos de adjudicación del contrato de bar, cafetería y restauración en suelo público; contrato de servicios versus contrato de concesión de servicios
      - 3.3.3. Delimitación de los tres factores clave diferenciadores
        - 3.3.3.1. La forma de retribución del contrato
        - 3.3.3.2. Transferencia del riesgo operacional
        - 3.3.3.3. La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros
  4. Aplicación práctica. Analizando la naturaleza jurídica de los contratos de bares, cafeterías y restauración en dominio público militar y de la Guardia Civil
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

El servicio público, como eje central del derecho administrativo, se puede definir según la doctrina tradicional como «el servicio técnico prestado al público de manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial (derecho público o privado según corresponda)». La tipología existente de servicios públicos es muy amplia y diversa, y abarca desde servicios esenciales como la seguridad pública, de la cual depende la propia existencia del Estado, hasta los servicios educativos y sanitarios, de transporte, de comunicaciones, etc., así como otro tipo de servicios no tan destacables. En esta última categoría debemos encuadrar los contratos objeto de análisis de este trabajo, como es el servicio de cafetería y restauración en edificios públicos, centrándonos en el ámbito militar y de la Guardia Civil. Su existencia, si bien no es tan trascendente ni importante para los usuarios como pueden ser otros, la realidad es que en el día a día no se puede negar su existencia y su finalidad práctica, fundamentalmente para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Fuerzas Armadas, ya que con esta prestación se pretende ofrecer al personal que desarrolla sus funciones en sus acuartelamientos (a menudo alejados del núcleo urbano) un espacio adecuado en el que, sin perjuicio del cumplimiento del horario establecido y demás obligaciones derivadas del servicio, se pueda disponer *in situ* de la posibilidad de recibir un tipo de servicios de alimentación. Lo anterior redundará, además, en una mayor disponibilidad del personal, a la vez que implica una mejora en la seguridad del mismo, al evitarse desplazamientos al exterior de los acuartelamientos de grupos de personas uniformadas.

Sin embargo, la verdadera razón por la que he elegido este tema se debe a que la naturaleza jurídica de este tipo de contratos ha sido largamente discutida por la doctrina, reavivándose de nuevo el debate en la actualidad al ser traspuestas las directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE al derecho español tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) e introducir una nueva figura contractual, la del contrato de concesión de servicios.

A continuación se analizará la evolución de las diferentes calificaciones que han tenido los contratos de bar, cafetería y restauración en sede pública, así como sus argumentaciones legales, con el objetivo de intentar argumentar cuál sería el mejor encaje jurídico entre los diferentes tipos de contratos existentes, determinando por tanto la normativa que rige su existencia y el marco del control de legalidad.

## 2. Gestión de los servicios públicos

En la definición de servicio público se determina que es de titularidad de la Administración pública. Y así es, pero ello no significa que su gestión deba realizarse directamente por ella, sino que incluso puede ser gestionado por el sector privado.

Las formas de gestión de los servicios públicos son de dos tipos:

1. Gestión directa: Es la propia Administración titular del contrato la que gestiona su propio servicio.

Hace 30 años, sí que era corriente que la gestión de la cantina de los acuartelamientos situados en zonas sensibles al terrorismo en España fuera gestionada por personal militar, policías o guardias civiles. Todo ello justificado por razones de seguridad.

En la actualidad, la gestión directa es casi inexistente y la tendencia es su cambio hacia formas de gestión indirecta.

2. Gestión indirecta: Un ente privado gestiona el servicio público.

La nueva Ley de contratos ha cambiado. El esquema de esta categoría de gestión ha pasado a ser la siguiente:

- Modos de gestión contractual, entre los que se encuentra el nuevo contrato de concesión de servicios, y, por otro lado, se encuentra el contrato de servicios.
- Modos de gestión no contractual previstos en la disposición adicional cuadragésima novena de la Ley 9/2017.

En todas estas categorías en la actualidad está encuadrado el contrato objeto de estudio, en diferentes informes de abogados del Estado que han abordado el estudio de la naturaleza jurídica de nuestra prestación, con ocasión del preceptivo informe que han de remitir sobre los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 122.7 LCSP).

### **3. Recorrido por las diferentes calificaciones del contrato de bar, cafetería y cocina comedor en instalaciones públicas**

La evolución de la legislación española va acompañada de diferentes enfoques a la hora de determinar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos.

Vamos a conocer qué calificación ha tenido, así como su fundamento jurídico, y sobre todo el momento del tiempo en el que tuvo lugar, distinguiendo fundamentalmente dos etapas: antes y después de la LCSP actual. Pero es importante destacar que, pese a esta división temporal, no existe unanimidad de criterio en ninguna de las etapas, conviviendo para un mismo tipo de prestación varias formas de calificarlo jurídicamente. En concreto revisaremos la doctrina existente sobre su calificación como cesión patrimonial, contrato administrativo especial, contrato de servicios y contrato de concesión de servicios. La importancia de catalogarlo en un grupo u otro es fundamental, ya que determinará las normas de preparación, adjudicación, efectos y extinción del expediente por las que debe regirse, y ello determina el contenido y las funciones del control a realizar.

#### **3.1. Cesión patrimonial**

El artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas (en adelante LPAP), permite expresamente la ocupación por particulares de espacios en edificios administrativos:

La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos.

Sigue el artículo 90 de la LPAP que la autorización demanial se utiliza regularmente para legitimar la ocupación por terceros de espacios en inmuebles de titularidad administrativa con el fin de prestar servicios a los empleados públicos o a los visitantes, siendo las cafeterías un ejemplo ideal.



La calificación de la prestación como concesión demanial daría lugar, de acuerdo al artículo 9 de la LCSP, a la no aplicación de las normas contractuales del mismo texto legal. Sin embargo, no es tarea fácil determinar cuándo se debería aplicar la legislación contractual y cuándo la patrimonial.

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

Con base en lo anterior, y aplicando dicho criterio a nuestro caso concreto analizado (cafetería y restauración en acuartelamientos militares o de la Guardia Civil), se observa que la Administración pública no se limita únicamente a autorizar el uso privativo del local, bienes muebles y utensilios necesarios para el ejercicio de la prestación de dicho servicio para que el adjudicatario realice un negocio lucrativo, sino que se implica en el desarrollo de las condiciones en las que se va a ejercer dicha actividad, estableciendo condiciones de apertura, horarios, regulando la limpieza de instalaciones, asegurándose precios más competitivos que en el mercado etc., ya que su fin es dar un mejor servicio público a los usuarios de la cafetería-restauración, que son sus propios empleados públicos. Según este razonamiento, estaremos ante un contrato administrativo, ante la persecución de un fin público, y por tanto estaríamos sujetos a las normas contractuales.

El razonamiento anterior es muy didáctico y claro, dejando únicamente la concesión demanial para casos muy tasados, como puede ser el arrendamiento de instalaciones públicas para actividades privadas o la cesión de tierras públicas para la explotación exclusiva del arrendatario, es decir, en aquellos casos en los que el beneficiario del bien o servicio público es un negocio privado en términos de rentabilidad o lucro. Sin embargo, aún en esos casos de prestación tan extremos, siempre se puede hacer alguna vinculación a la realización de un fin o interés público.

La Junta Consultiva, indica en Informe de Expediente 87/2018, se decanta por la legislación de contratos del sector público, frente a su calificación como concesión patrimonial de los servicios de cafetería, por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las adjudicaciones pueden llegar a tener una relevancia transfronteriza.

Es verdad que actualmente la calificación como concesión demanial de una bar/cafetería y restaurante con sede en suelo público es muy minoritaria, pero sigue existiendo. En la plataforma de contratación del Estado hay publicados 20 contratos de este tipo, de escasa cuantía y siendo la ayuntamientos los órganos que realizan la concesión patrimonial.

No hay datos publicados en la Plataforma Contratación del Estado de las cesiones patrimoniales firmadas entre los años 2014 y 2017 (a. i.) y no era obligatorio. A partir del 2018, año de la entrada en vigor de la LCSP, ya se publican datos, y si se comparan los mismos con los registrados en 2019, se observa como esta figura caen en desuso.

## 3.2. Contrato administrativo especial

Ya durante la vigencia de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado calificaba como contrato administrativo especial los servicios de cafetería y restauración en suelo público, argumentando que los servicios de cafetería y comedor no podían calificarse como servicios públicos de competencia estatal, por lo que no les resultaba de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos, así como por la asunción del riesgo de la actividad por el contratista, unido a que estaban vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante. A este respecto, cabe recordar los informes de 10 de julio de 1991 (expediente 14/91), 7 de marzo de 1996 (expediente 5/96), 6 de julio de 2000 (expediente 67/99), 11 de abril de 2000 (expediente 3/00), 25 de junio de 2005 (expediente 24/05) y 28 de julio de 2007 (expediente 28/07).

Las anteriores afirmaciones se mantuvieron con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante), y así lo corrobora el Informe 25/2012, de 20 de noviembre:

Los servicios de cafetería y comedor, en los que la retribución consiste en el derecho a explotar dicho servicio, deben ser calificados como contratos administrativos especiales. En su virtud, el régimen jurídico aplicable a su preparación, adjudicación y extinción será el dispuesto con carácter general para los contratos administrativos en el TRLCSF.

Este argumento fue apoyado por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 10/2010, de 15 de octubre, y las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 192/2011, de 20 de julio; 29/2014, de 17 de enero, y 239/2015, de 23 de marzo.

Ese era el criterio general de actuación, sin embargo no había unanimidad de criterio ya entonces. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 19/2008, de 4 de septiembre, calificó como contrato de servicios los pliegos relativos a los servicios de bar, cafetería y restaurante de la Universidad de Zaragoza. Dicho informe fundamenta su argumento de cambio de criterio en el carácter residual de la categoría de contrato administrativo especial. Este mismo criterio siguió el Tribunal Ad-

ministrativo de Contratos Público de Aragón, ya que en su Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, argumentó su postura, apuntando que en el anexo II del TRLCSP, relativo a la categoría de contrato de servicios al que refería el artículo 10 del mismo texto legal, se encontraba en la categoría 17 «Servicios de hostelería y restaurante», con número 64 de referencia CPP, y números de referencia de 55000000-0 a 55524000-9, y de 93400000-2 a 93411000-2 del Reglamento (CE) 213/2008, por el que se modifica el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, que aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), que entrará en vigor el 15 de septiembre de 2008.

También podemos encontrar el informe de la JCCA 36/2012, de 7 de mayo, en este sentido:

La definición de contrato de servicios que hace el artículo 10 del TRLCSP pone de manifiesto [...] la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las diferentes categorías que se enumeran en el anexo II del TRLCSP. Estas categorías deben completarse con la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) (Reglamento CE) n.º 596/2009. Esta interpretación trae causa de las Directivas comunitarias de contratación pública que tradicionalmente vienen utilizando los códigos CPOC y CPV para, junto con los umbrales cuantitativos de valor estimado del contrato, delimitar su ámbito de aplicación, y también para definir el contrato de servicios.

De todas formas, la calificación del contrato de cafetería como contrato administrativo de servicios o administrativo especial tampoco suponía grandes diferencias en la tramitación de expedientes. Ambos se podían adjudicar por procedimiento abierto, restringido o negociado, dependiendo de las características específicas de cada contrato de acuerdo a los requisitos marcados por la ley. Lo único es que a los administrativos especiales no les es de aplicación lo dispuesto para los contratos menores, y que en su regulación prevalece la normativa específica, y en su defecto la normativa contractual y administrativa.

En la actualidad, con la nueva LCSP la delimitación de los tipos contractuales y la calificación de los contratos están condicionadas por las definiciones que hacen las directivas 2014/23/UE, de concesiones y 2014/24/UE, de contratación pública.

Los contratos administrativos especiales están recogidos en el artículo 25.1 de la LCSP, de acuerdo con el cual:

Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. [...]

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Es una definición negativa, puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición a los contratos típicos (contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios). La calificación como contrato administrativo especial precisa descartar previamente la posibilidad de inclusión en alguno de los tipos contractuales regulados en las directivas de contratación y en la LCSP, y con el nuevo texto contractual, sí parece que los contratos de cafetería y comedor en instalaciones públicas tengan cabida en una figura de contrato administrativo típico.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado recientemente sobre la naturaleza jurídica del contrato objeto de estudio, indicando en el Informe de 4 de marzo de 2019 (Exp. 87/2018) que ya no deben ser calificados como contratos administrativos especiales. El Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales determina que este tipo de contratos no debe ser calificado como administrativo especial a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sino como contrato de servicios o concesión de servicios.

Es decir, en la actualidad, la figura de contrato administrativo especial es bastante residual, por lo menos aparentemente, y pese a la negación expresa anterior de la Junta Consultiva a calificar así los contratos de cafetería-comedor, a día de hoy se sigue utilizando. Es más, observando los datos publicados en la PCE podemos afirmar que esta figura que en teoría debería ser minoritaria, en la práctica no lo es tanto y que tras la entrada en vigor de la normativa contractual actual así como el informe de la Junta Consultiva citado no han servido para desechar esta figura en su calificación.

Existen publicados en la PCE 195 expedientes con CPV de servicios de cantina, algunos ya adjudicados y finalizados (el más antiguo publicado es del 2014) y otros todavía en licitación.

El punto alto de su utilización fue en 2019, fecha posterior a la entrada en vigor de la legislación contractual y el informe de la Junta Consultiva. Se observa un gran descenso de

uso a partir de 2020, pero puede deberse a una disminución de contratos públicos en general derivados de la pandemia mundial. Los órganos de contratación que siguen utilizando esta figura son variados: ayuntamientos, diputaciones, direcciones generales, subdirecciones generales, direcciones de centros penitenciarios, etc., pero destaca su uso por algunas jefaturas de asuntos económicos y jefatura de secciones económico-administrativas militares.

### 3.3. Debate actual: contrato de servicios frente a contrato de concesión de servicios

La delimitación conceptual de los contratos públicos ha variado sustancialmente con la trasposición al Derecho español, mediante la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de la Directiva 2014/24/UE, que amplía el ámbito de los contratos de servicios, y de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que define y regula los contratos de concesión de servicios. Ello ha supuesto que los contratos que estamos analizando tengan ya, sin duda, la consideración de contratos administrativos típicos; sin embargo lo que no queda tan claro es su clasificación como contrato de servicios o de concesión de servicios. De hecho la tipificación de un tipo u otro en la actualidad convive, y así se publica en la plataforma de contratación del Estado. Hay publicados con CPV 55510000 (servicios de cantina) como contrato de servicios 275 expedientes en diferentes fases, con antigüedad de 2014 a 2020, y como contrato de concesión de servicios hay 157 expedientes finalizados y en proceso, desde la entrada en vigor de la nueva LCSP en 2019.

En primer lugar, analizaremos los conceptos para intentar deslindar ambos y conocer así el mejor encaje de nuestro contrato.

#### 3.3.1. Delimitación de contrato de servicios y concesión de servicios

Nos acercaremos a la perspectiva del derecho comunitario.

Así, la Directiva 2014/24/UE, en su definición del contrato de servicios recogida en el artículo 2.1, 8, ya no enumera una relación de prestaciones que pueden considerarse servicios, sino que se da a este tipo de contratos un contenido residual, es decir, serán calificados como servicios cuando no sean ni contratos de obras ni contratos de suministro. No regula a los contratos públicos de servicios en un solo precepto, sino que su definición es el resultado de diversas notas contenidas en diversos artículos, de manera que está definido como un contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la prestación distinta a la de obras (art. 2.1.5, 6, 7 y considerando 8 de la directiva) y suministro.

En el artículo 17 de la vigente LCSP se hace una definición del contrato de servicios acorde con el derecho comunitario:

Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

El artículo 22.1 c) de la LCSP se remite al anexo IV de este mismo texto legal y recoge como contrato de servicios los de hostelería y restaurante, mediante los propios códigos CPV (servicios de cantina y otros servicios de cafetería de clientela restringida y servicios de gestión de cantina), que están sujetos a regulación armonizada cuando superen los 750.000 euros. Ello nos puede hacer pensar que esta es la forma correcta de calificar este tipo de contratos, ya que si la propia LCSP califica los contratos de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida (que es lo que suele pasar, por ejemplo, en los establecimientos de acuartelamientos militares o de la Guardia Civil) como contrato de servicios sujetos a regulación armonizada, cabe afirmar que aunque no superen dicho umbral, seguirán siendo contratos de servicios, pero no sujetos a regulación armonizada.

Pero el tema no es tan sencillo ya que, el artículo 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta de la propia LCSP se refieren a los contratos contemplados en el mencionado anexo IV del artículo 22.1 c) como contratos de concesión de servicios especiales, con lo cual es una propia contradicción de la propia ley al calificarlos de ambos tipos indistintamente, lo cual da lugar a confusión.

La definición de concesión administrativa en la Directiva 2014/23/UE figura en su artículo 5:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «concesiones»: las concesiones de obras o servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b) [...]

b) «concesiones de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos.

En consonancia con la regulación anterior comunitaria, en nuestro derecho interno se regula en el artículo 15 de la LCSP:

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.
2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

En el mismo sentido el artículo 284.1 de la LCSP dispone que

la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

La doctrina ha señalado que el contrato de concesión de servicios acoge dos objetos posibles:

- a) Los contratos que integran prestaciones que en sí mismas constituyen servicios públicos, satisfaciendo las necesidades de los usuarios, bajo criterios de generalidad e igualdad y en condiciones de continuidad y regularidad, y se corresponden con obligaciones y competencias atribuidas a las Administraciones públicas. Este sería el caso de algunos servicios sujetos a tarifas abonadas por los usuarios.
- b) Los que integran otras prestaciones recibidas efectivamente por los ciudadanos pero cuya gestión no responde a un mandato vinculado directamente con competencias de la Administración, por lo que no cabe identificarlas propiamente como servicios públicos, que es el caso de los servicios existentes en edificios públicos, como los de cafetería, restauración o prensa, que se caracterizan porque no suponen el ejercicio de competencias públicas, reportan utilidades a terceros y son susceptibles de explotación económica con transferencia de riesgo operacional al contratista.

El Tribunal de Justicia ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador provengan directamente de los usuarios o beneficiarios de la prestación del servicio, generando con ello un riesgo al contratista.

De la simple lectura de las definiciones de contrato de servicios y concesión de servicios en la propia LCSP se desprende que el contrato de bar, cafetería y restauración en dominio público puede tener cabida en ambas categorías de contratos, ya que existen fundamentos jurídicos en ambos sentidos. En esa línea se pronuncia la Junta Consultiva en su nombrado Informe de 4 de marzo de 2019 (Expt. 87/2018):

En el momento presente, vigente ya la transposición de las Directivas de 2014, cabría incluso pensar en la posibilidad de que este tipo de contratos pudieran constituir concesiones o, en su caso, contratos de servicios, toda vez que, como es conocido, el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio.

[...]

De este modo, en la actualidad, tras la aprobación y entrada en vigor de la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, estos tipos de contratos son susceptibles de configurarse, en una buena parte de los casos, como contratos de concesión de servicios de acuerdo con el tipo contractual regulado en la citada Directiva y que ha incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por el contrario cuando no se cumpla la condición de riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios, conclusión que advera la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en su Anexo IV cuando califica como servicios de hostelería y restaurante los siguientes:

- CPV 55510000-8 Servicios de cantina
- 55511000-5 Servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida
- 55512000-2 Servicios de gestión de cantina

[...]

En definitiva, y teniendo en cuenta la amplia delimitación del objeto contractual del contrato de servicios, la prestación del servicio de bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas como dominio público no debe ser calificada como contrato administrativo especial, sino que, a pesar de que pueden aparentemente seguirse cumpliendo las condiciones que tradicionalmente hemos predicado de la categoría de contratos administrativos especiales, deben calificarse como un contrato de servicios o como un contrato de concesión de servicios. Será la definición de los términos del contrato la que permite al exégeta optar por una u otra solución en cada caso, sin que sea posible dar una solución general y única



lo que adviera si tenemos en consideración, por ejemplo, los pronunciamientos de diversos tribunales de recursos contractuales u otros órganos consultivos según los cuales la misma especie de contrato ha sido calificada como un contrato de servicios o como una concesión de servicios.

La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 9 de abril de 2019, señala como característica fundamental para calificar el contrato de cafeterías como concesión de servicio o no la transferencia del riesgo operacional de la Administración al contratante.

Mediante el simple análisis de las definiciones legales de los conceptos de contrato de concesión de servicios y servicios no ha sido suficiente para encontrar el encaje «perfecto» de los contratos de bar/cafetería y restauración en dominio público.

Deberemos hacer hincapié en las diferencias existentes en sus figuras y compararlas con la naturaleza del contrato que estamos estudiando para ver cuál se puede adecuar mejor.

### 3.3.2. Procedimientos de adjudicación del contrato de bar, cafetería y restauración en suelo público; contrato de servicios versus contrato de concesión de servicios

La tipificación de toda prestación en un tipo de contrato u otro implica su sujeción al régimen jurídico correspondiente. Así, por ejemplo, la regulación del contrato de concesión de *servicios* se encuentra recogida en el capítulo III del título II (arts. 284 a 297 a. i.) de la LCSP y su definición en el artículo 15.1 de la LCSP, y la del contrato de servicios en el capítulo V del título II (arts. 308 a 315 a. i.) del mismo texto legal, y su definición en el artículo 17. Las relaciones jurídicas recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y el propio contrato deberán estar en concordancia con cada normativa aplicable.

No es objeto de estudio de este trabajo conocer de forma pormenorizada todos y cada uno de los artículos citados, pero sí es de interés saber qué diferentes opciones existen para tramitar los contratos, según se califiquen de servicios o concesión de servicios.

El artículo 131.2 de la LCSP dispone:

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

De acuerdo a lo expuesto, como los contratos de bar/cafetería y restauración están incluidos en el anexo IV citado, desde el momento en el que se califique como concesión de servicios habrá de estarse, en la adjudicación del contrato, a las disposiciones establecidas en los artículos 160 a 165 y siguientes de la LCSP, reguladoras del procedimiento restringido, y será importante determinar si está o no sujeto a regulación armonizada.

La concesión de servicios especiales del anexo IV además supone, de acuerdo al artículo 135.5 de la LCSP, de forma obligatoria la convocatoria de licitación mediante anuncio de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta, a cuyo tenor:

Los órganos de contratación que celebren contratos de concesiones de servicios especiales del anexo IV utilizarán como medio de convocatoria de licitación un anuncio de información previa que deberá tener el contenido establecido en el Anexo III.B. Sección 3.

Estos anuncios se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante.

También se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP, en lo que respecta a los «principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV...», y si el contrato no está sujeto a regulación armonizada, el plazo mínimo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días, contados desde la publicación del anuncio de licitación (art. 161.3 LCSP). Otro aspecto importante que debe conocer y hacer cumplir el interventor es que debe ser convocado a la mesa de contratación para calificar, entre otros, los requisitos de solvencia establecidos por el órgano gestor para que los licitadores puedan posteriormente presentar oferta.

Si el contrato se califica como contrato de servicios, los procedimientos de adjudicación son mucho más flexibles, ya que será el valor estimado del contrato lo que generalmente marque el procedimiento de adjudicación adecuado y el marco legal del control interno. De tal forma que, si el valor estimado no supera los 15.000 euros, se podrá aplicar el régimen jurídico de los contratos menores. Si el valor estimado supera ese importe pero es inferior a 35.000 euros sin IVA, se podrá licitar con el procedimiento abierto simplificado abreviado previsto en el artículo 159.6 de la LCSP. Ambos procedimientos de licitación son muy sencillos, ágiles y pensados para prestaciones de poca importancia cuantitativa. Si ya el valor estimado supera los 35.000 euros pero es inferior a 100.000 euros, será el procedimiento abierto simplificado el que rija la tramitación, y todo lo que supere esas cantidades ya implica el ejercicio de un procedimiento abierto ordinario. El procedimiento restringido, si el órgano de contratación lo requiere, también puede hacer uso de esta figura.

La ventaja de darle la naturaleza jurídica al contrato objeto de estudio de servicios respecto a la concesión de servicios es claramente la disponibilidad de diversas formas

contractuales para su tramitación, teniendo la posibilidad de adaptar el procedimiento a tramitar con las características de la prestación a ofrecer y que sean proporcionales, ya que la complejidad burocrática y los tiempos necesarios para el desarrollo de los diferentes tipos de procedimientos contractuales y exigencias de control varían mucho de un tipo a otro y deberían ser proporcionales a las características de la prestación que se pretende ofrecer.

### 3.3.3. Delimitación de los tres factores clave diferenciadores

Ante este borroso panorama, debemos seguir analizando los criterios que nos servirán para deslindar ambos tipos de contratos, que básicamente serán tres:

- a) La forma de retribución del contrato.
- b) La transferencia del riesgo operacional.
- c) La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros.

#### 3.3.3.1. La forma de retribución del contrato

Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012, a propósito de la instalación de bares-cafeterías en inmuebles de titularidad municipal dedicados a centros socioculturales, en que la retribución del contratista consistía en el derecho a la explotación del servicio por el contratista, establecía:

Esta modalidad contractual encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio, previstos en las Directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los contratos de servicios es precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la prestación del servicio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones, por ejemplo, la 86/2018, de 2 de febrero, establece:

Pues bien, el contrato objeto del presente recurso se califica en el PCAP como de concesión de servicios y entendemos que efectivamente es así [...]. En primer lugar porque no se prevé que la administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta (será el adjudicatario el que pague un canon), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que

pueda obtener de la explotación del servicio a instalar en los locales, con las prestaciones exigidas en el PPT, por los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de explotación al contratista.

En el razonamiento anterior, ya vincular la forma de retribución del contrato con el riesgo operacional, en el sentido de que si el pago del contrato no viene directamente de la Administración sino de usuarios del servicio o beneficiarios de la prestación, es una causa directa para poder afirmar que la Administración está transfiriendo el riesgo operacional del contrato y por tanto se puede calificar este tipo de contratos como de concesión de servicios. Este fundamento es utilizado por diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea<sup>1</sup> y también como argumento en los informes de pliegos de abogados del Estado de España.

Sin embargo, personalmente no creo que sea este factor decisivo que pueda determinar la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, ya que si en el contrato de concesión de servicios puede convivir la retribución de explotación del servicio con el de pago de precio, aunque no venga expresamente en ningún precepto legal, podríamos pensar que también pudiera ocurrir en el contrato de servicios, ya que en el anexo 4 de la LCSP se definen como contratos de servicios especiales algunos que normalmente se remuneran con su explotación. Es verdad que la explotación normal del servicio de cafetería en acuartelamientos no lleva el pago directo de la Administración al empresario adjudicatario, pero eso no significa que el disfrute de este servicio sea sin ningún coste público, ya que normalmente se hace cargo del coste de la luz, el agua y la basura, además del capital que deja de ingresar por no arrendar el bien inmueble. Todo ello podríamos considerarlo como un «precio», que no obstante no sé traduce en una salida de fondos dirigida al adjudicatario si es el beneficiario directo. El hecho de que la forma de retribuir al prestador de servicios no proceda de la autoridad pública, sino del abono de los usuarios del servicio, es una condición necesaria pero no suficiente para que se catalogue como concesión de servicios, ya que además de lo anterior será necesaria la transmisión del riesgo operacional.

Deberemos ahondar en el siguiente factor expuesto: la transferencia del riesgo operacional para ver si nos da más luz en nuestra pretensión.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo en la de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03, sobre la adjudicación de un aparcamiento público en el que la retribución del contratista consiste en las cantidades abonadas por los usuarios del aparcamiento; otra de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34; otra de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29; 11 de junio, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, y la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72.

### 3.3.3.2. Transferencia del riesgo operacional

Si en la concesión no se asume el riesgo operacional, el contrato no será una verdadera concesión, sino una modalidad contractual diferente (Guillén Caramés, 2018, p.10.).

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe de Expediente 87/2018, concluye en su primer punto:

El contrato consistente en la prestación del servicio del bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas de dominio público y retribuido mediante la explotación del mismo, no debe ser calificado como un contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de concesión de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisión del riesgo operacional. En el caso de que este último requisito no concurra se calificará como contrato de servicios.

El apartado IV del preámbulo de la LCSP, en consonancia con las directivas 2014/23 y 2014/24 de la UE, también considera que el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto al de servicios es la transmisión o no del riesgo operacional.

Ahora bien, el concepto «transmisión del riesgo operacional» es un concepto jurídico indeterminado, si bien exploraremos qué hay escrito sobre el mismo.

La LCSP delimita así el concepto de riesgo operacional:

Artículo 15.2:

El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Por tanto, para definir cuándo hay transferencia del riesgo operacional, se remite al artículo 14 de la LCSP, que, respecto al contrato de concesión de obra, dice:

Artículo 14.4:

El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos [...].

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la

concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Desde un punto de vista económico, todo emprendimiento de un negocio presenta riesgos. Por eso, no debemos confundir el concepto de riesgo y ventura (inherente en todo negocio económico) del concepto de riesgo operacional, en el sentido definido en el artículo 14 de la LCSP citado.

La Junta Consultiva, en el Informe 16/12, de 27 de septiembre, diferencia claramente el principio de riesgo y ventura respecto del concepto de riesgo operacional. Define el riesgo y ventura del contratista como «el riesgo de pérdida que comporta toda explotación normal de negocio». Sin embargo, establece que el riesgo de explotación es algo más complejo «que depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión», entre ellos, la existencia de inversiones por parte del contratista.

En la delimitación positiva de este concepto jurídico han tenido un papel fundamental, también, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sirva de ejemplo, por todas, la STJUE de 10 de marzo de 2011, en la que se delimita dicho concepto y se diferencia, a su vez, del riesgo inherente a todo contrato (riesgo y ventura). Así, en el apartado 37 se identifica el riesgo de explotación económica del servicio con el «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado», expresión en la que se consideran integrados los siguientes riesgos:

- a) De enfrentarse a la competencia de otros operadores.
- b) De un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios.
- c) De insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.
- d) De que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.
- e) De responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Por contra, los riesgos vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico se entienden como inherentes a todo contrato (riesgo y ventura) e irrelevantes, por tanto, a los efectos de calificación de un contrato público como de servicios o de concesión de servicios.

El riesgo operacional es un riesgo cualificado respecto al riesgo y ventura que asume todo contratista. Así, en el considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE se dispone:

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión.

Se presume concurrencia de riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de las obras, suministros o servicios objeto de la concesión.

La Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, indica:

El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de este o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.

El Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el asunto «modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal», califica como concesión de servicios la anterior prestación, entendiéndose que existe transferencia del riesgo operacional porque:

1. La retribución del contratista deriva únicamente de la explotación del servicio.
2. La utilización del bar/cafetería no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones.
3. No hay un número garantizado de usuarios.
4. Existen unos mínimos gastos de personal.
5. Existen servicios mínimos de oferta de menú y otros productos de cafetería de oferta obligatoria a precios determinados.
6. Existen horarios determinados.

Otra característica, típica de los contratos de concesión de servicios que implican transmisión del riesgo operacional al contratista, es la transferencia al concesionario de la organización del servicio, es decir, se le dota de libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. Sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo correspondan a la Administración concedente. (Informe 12/2010, de 23 de julio, de la JCCA; Informe 34/2011, de 17 de julio de 2012, de la JCCA, y Resolución del Tribunal Administrativo Central 334/2015).

Terminamos con el concepto riesgo operacional igual que empezamos, concluyendo que a pesar de todo lo escrito sobre el mismo, es un concepto jurídico indeterminado. Para evitar esta subjetividad, sería necesario que en un texto legal se recogiera que el elemento clave delimitador del tipo contractual (servicios/concesión de servicios) fuera más claro y conciso, como puede ser la forma de retribuir al contratista. De tal forma que en caso de retribución del servicio únicamente por sus usuarios, sin ningún pago por parte de la Administración, sería clasificada la prestación como concesión de servicios, independientemente del riesgo operacional.

Indirectamente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ya está aplicando este criterio, ya que en diversas resoluciones, por ejemplo la Resolución 86/2018, de 2 de febrero<sup>2</sup> (rec. núm. 1278/2017) califica los contratos de restauración y cafetería como concesión de servicios, justificando la existencia de la transmisión al contratista del riesgo operacional únicamente con base en la forma de retribución, estableciendo una relación directa entre transmisión del riesgo operacional con remuneración del contratista exclusivamente mediante su explotación.

El anterior planteamiento es el más sencillo y práctico de aplicar, sin embargo, de acuerdo a la definición de riesgo operacional que ha dado la LCSP, así como a otros pronunciamientos de las juntas consultivas de contratación y tribunales de justicia, el riesgo operacional

---

<sup>2</sup> Cita expresa de la mencionada resolución:

Pues bien, el contrato objeto del presente recurso se califica en el PCAP como de concesión de servicios y entendemos que es efectivamente así. La concesión de servicios de restauración, cafetería y comedor están incluidos en el ámbito de la Directiva 2014/23/UE. En el supuesto concreto que analizamos se produce, efectivamente, un traslado del riesgo operacional al adjudicatario, en primer lugar porque no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta (será el adjudicatario el que pagará un canon), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio a instalar en los locales, con las prestaciones exigidas en el PPT (que constituye el objeto contractual principal), por los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista.



no se restringe únicamente a la forma de retribuir al contratista, hay otros factores a tener en cuenta, y ello es lo que da lugar a tanta confusión y subjetividad.

Con la normativa y jurisprudencia actual, habrá que analizar cada casuística, en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto, la forma en la que se define la prestación y analizar el riesgo operacional.

### 3.3.3.3. La configuración de las relaciones jurídicas de la Administración con terceros

Los órganos de contratación, dentro de la ley, tienen una amplia capacidad para configurar sus relaciones jurídicas con terceros. Y como concluye el informe del Expediente 87/2018 relativo al régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración, «la forma en que se hayan establecido las condiciones del instrumento que regula la relación jurídica establecida entre la entidad pública y el administrado puede, bajo ciertas condiciones, determinar que estamos en presencia de una concesión demanial».

Y añadido, o de un contrato de servicios o de un contrato de concesión de servicios.

En este mismo informe, en el punto primero de sus conclusiones, indica que la única exclusión expresa que realiza es la de la figura de contrato administrativo especial.

No hay una única forma jurídica genérica para delimitar los contratos de bares, cafeterías y restauración en instalaciones públicas, sino que es el propio órgano de contratación el que fija, en sus pliegos, los términos de la prestación en todos sus ámbitos, lo que servirá para encuadrar cada contrato específico como uno u otro tipo, conociendo ya las características identificativas de cada categoría contractual o demanial.

Mis destinos profesionales, ante mi condición de militar, están vinculados a instalaciones militares y de la Guardia Civil. Este es el ámbito conocido por mí. La definición de las condiciones que el órgano de contratación, en cada caso, realiza sobre las relaciones jurídicas con el contratista y con la forma de prestación del contrato tienen mucho en común entre unos acuartelamientos y otros, por ello, es interesante, de forma general, definir ese perfil, para intentar encuadrar este tipo tan específico de contratos en una u otra tipología descrita.

## 4. Aplicación práctica. Analizando la naturaleza jurídica de los contratos de bares, cafeterías y restauración en dominio público militar y de la Guardia Civil

La forma en la que se definen las relaciones jurídicas de las partes para el desarrollo de la prestación de restauración, bar y cafetería tiene sus variantes y particularidades propias

en cada establecimiento público. No es objetivo de este trabajo recoger todas, sino recopilar patrones comunes de actuación que puedan servir, con base en sus características, para determinar el mejor encuadre entre contrato de servicios y concesión de servicios, una vez definidos.

De forma general, suelen tener en común:

1. El órgano de contratación cede el local, y generalmente todo el mobiliario, maquinaria y equipamiento necesario para el ejercicio de la actividad económica. Pero no es simplemente una cesión, sino que la Administración pública participa activamente en la organización de la actividad, limitando notablemente la libertad de organización al empresario, ya que suele establecer el horario, el número y la categoría profesional del personal, las características del menú, las limitaciones en bebidas, etc.
2. Los usuarios del servicio del bar/cafetería/restaurante dentro de acuartelamientos suelen ser clientela restringida al personal civil y militar que trabaja en el mismo, lo cual facilita el no tener que salir fuera estando uniformado, o simplemente porque los cuarteles están lejos, a veces, del núcleo urbano. No es obligatorio el uso de la cantina por el personal, ni se garantiza un número exacto de personal usuario (como en cualquier otro negocio), pero hablamos de personal con sueldo fijo, poca probabilidad de insolvencia de deudores, y el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores es casi inexistente, ya que dada la ubicación y los horarios del servicio, los posibles usuarios suelen acudir a las instalaciones del cuartel.
3. Con base en lo anterior, la oferta y la demanda de servicios es más fácil de conocer que en otros negocios. Es más la continuidad en la explotación del anterior adjudicatario, y, la mayoría de veces, la vuelta a participar en la nueva licitación indica que el negocio es rentable.
4. Suelen ser actividades con baja cifra de negocio, ya que los valores estimados existentes en los pliegos están dentro de la tramitación de un procedimiento abierto simplificado e incluso abreviado.
5. Las averías derivadas del uso y funcionamiento normal de instalaciones centrales, en las que el problema afecta a las dependencias públicas, serán solventadas por la propia Administración.
6. La luz, el agua y el teléfono suele ir a cargo de la Administración.
7. El canon anual, si hay, ronda cantidades muy bajas.
8. Escasa cuantía de garantías, incluso valor cero, cuando la tramitación del expediente se ha realizado por el procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP).

9. La inversión a realizar, si hay, en adquisiciones de bienes para la cafetería o para realización de obras en sus instalaciones se suele establecer que es opcional, como criterio a valorar en la oferta presentada.
10. Generalmente no se impone un número mínimo de personal a contratar, dejando a criterio del empresario la contratación del número y categoría que considere oportuno.
11. Los costes asumidos por el empresario vienen determinados por el personal contratado, la mercancía a suministrar y los costes de los útiles de limpieza. Todos ellos fácilmente cuantificables por el adjudicatario.

Con base en lo anterior, y siempre teniendo en cuenta estas características generales expuestas, se puede afirmar que:

1. No parece encajar como concesión patrimonial, básicamente porque no es una simple cesión de unos bienes o instalaciones públicas basada en la autorización del uso privativo del local, sino que hay un interés o una finalidad pública regulada por la propia Administración titular. Por lo anterior, yo no lo considero autorización demanial.
2. No es un contrato administrativo especial, ya que de acuerdo con el artículo 25 de la LCSP, estos tienen un objeto distinto a los de obras, concesión de obras, servicios, concesión de servicios y suministros. En los contratos de bar, cafetería y restauración, su objeto está recogido expresamente en el anexo IV de la ley como de «Servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1 c) y 135.5 y disposición transitoria trigésimo sexta», calificándolos como contrato de servicios o concesión de servicios. Por tanto, no son administrativos especiales, sino típicos.
3. Tarea más compleja ha sido deslindar los contratos objeto de estudio como de servicios o concesión de servicios de acuerdo a la actual Ley de contratos. Sin embargo, con los rasgos generales expuestos en instalaciones militares y de la Guardia Civil no parece que exista una exposición real a las incertidumbres del mercado, ya que hay estabilidad en el negocio, en función de datos precedentes sobre el nivel de ingresos y la continuidad del anterior adjudicatario, son muy escasas las inversiones que realizar (teniendo a su disposición local, instalaciones y utensilios), fácilmente determinables los costes que soportar, no existe fluctuación en la demanda ni desajuste entre esta y el servicio a prestar, ya que la clientela es estable, la forma de pago al contado hace que el riesgo de insolvencia de los deudores sea inexistente y el horario del servicio y su ubicación dentro del acuartelamiento hace que se limite la competencia. Todo lo anterior implica que es poco probable no recuperar las inversiones y costes en condiciones normales de funcionamiento, por lo que no existe, en este caso concreto, una auténtica transferencia del riesgo operacional en los términos expuestos por el artículo 14 de la LCSP.

Por tanto, de acuerdo al planteamiento de la normativa contractual vigente, siendo la transferencia del riesgo operacional el elemento que debe delimitar entre contrato de servicios y concesión de servicios, y de acuerdo al análisis efectuado de dicho concepto, así como la puesta en común con las características generales que suelen estar presentes en los contratos de cafetería en instalaciones militares y de la Guardia Civil, parece que la forma más adecuada para calificar este caso concreto de prestación sería la de servicios. Aun si lo consideráramos contrato de concesión de servicios, no debería suponer automáticamente tener que utilizar el procedimiento restringido, ya que el escaso valor estimado de este tipo de contrato analizado lo hace ineficaz e ilógico, al ser muy complejo y exigente.

## 5. Conclusiones

- La normativa contractual y patrimonial vigente no han determinado una forma única y genérica de calificar a los contratos de restauración, cafetería y bar en dominio público sin coste directo para la Administración.
- En la PCE conviven hoy en día licitaciones de este tipo con expedientes calificados como contratos administrativos especiales, de servicios, de concesión de servicios e incluso como cesiones patrimoniales.
- La definición actual que la LCSP hace sobre los contratos administrativos típicos (obras, suministro, servicios, concesión de obras y concesión de servicios) hace contemplar los contratos objetos de estudio dentro de esta categoría. Ello da lugar, junto a diversos pronunciamientos de la JCCAIE, a desechar su calificación como administrativos especiales. Ante este panorama no tiene ningún sentido que el órgano gestor siga insistiendo en calificar estas prestaciones como administrativos especiales.
- No deberían ser catalogados como una cesión demanial, ya que el fin en sí mismo de la celebración de este negocio jurídico es la obtención de un interés o finalidad pública (Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo).
- El criterio que rige a la LCSP y a la doctrina determina que la forma de retribución de este tipo de prestación, derivada de su explotación, sea un requisito necesario pero no suficiente para que sea tipificada como concesión de servicios, siendo necesario, además, la concurrencia de la transferencia del riesgo operacional para ello. Independientemente de su forma de retribución, si no se produce esa transferencia de riesgo operacional, deberán ser calificados como contratos de servicios.
- El concepto de riesgo operacional es por tanto el criterio delimitador de la forma contractual. No debemos confundir con el riesgo y ventura existente en cualquier emprendimiento de negocio.

- Pese a los intentos de acotar el término «riesgo operacional», sigue siendo un concepto jurídico complejo e indeterminado, lo que da lugar a la existencia de diversidad de opiniones y subjetividad en su aplicación. Habrá que analizar, en cada caso concreto, las relaciones jurídicas establecidas entre las partes que rijan la prestación para determinar si se produce o no la transmisión del riesgo operacional.
- Analizando los rasgos generales expuestos en los que se desarrolla el servicio de restauración/cafetería en instalaciones militares y de la Guardia Civil, se puede concluir que no existe una exposición real a las incertidumbres del mercado, que pueda llevar al contratista a sufrir grandes pérdidas económicas, más gravosas que el emprendimiento de cualquier actividad empresarial.
- La puesta a disposición de la empresa de las instalaciones públicas, junto con el resto de mobiliario y enseres, el pago de la Administración de los gastos corrientes, el escaso valor de canon o garantía exigido, si existe, la no obligación de realizar inversiones o de escasa cuantía, la solvencia de los usuarios, la estable demanda del servicio, la falta de competencia, etc. determinan un servicio no expuesto a un riesgo operacional en los términos en los que se ha definido este concepto. En estos casos concretos, y con la normativa contractual existente, parece más acorde calificar la prestación como contrato de servicios.
- Con el fin de crear unanimidad en la calificación de este tipo de contratos sin coste directo para la Administración, sería necesario un cambio legislativo para establecer un criterio delimitador para su naturaleza jurídica que no fuera la transmisión del riesgo operacional, sino un concepto más evidente y sencillo que no diera lugar a interpretaciones. Se propone como solución una delimitación del concepto de concesión de servicios basada en el derecho que existe de explotación del servicio y en su retribución exclusiva, derivada del pago de sus usuarios, sin que intervenga pago de la Administración o siendo este minoritario. La nueva definición del contrato de concesión de servicios en este sentido daría cabida a los servicios de restauración en esta categoría.
- La tipificación de toda prestación en un tipo contractual determinado supone la sujeción al régimen jurídico correspondiente. Actualmente los contratos objeto de estudio, pese a que se siguen tipificando como cesiones patrimoniales y administrativos especiales, según la PCE aparecen de forma mayoritaria como contratos de servicios o concesión de servicios.
- Al aparecer en el anexo IV de la LCSP el CPV 55510000 «Servicios de cantina y otros servicios de cafetería para clientela restringida», de acuerdo con el artículo 131.2 de la LCSP, cuando los mismos sean calificados como concesiones de servicios, automáticamente se deberán adjudicar únicamente de acuerdo al procedimiento restringido. Si, por contra, se acuerda su naturaleza jurídica como contrato de servicios, la adecuación del procedimiento de adjudicación da lugar al acceso de diferentes formas, dando mayor flexibilidad a adaptar el procedi-



miento a la dimensión y complejidad del negocio a emprender (desde contrato menor, procedimiento abierto simplificado abreviado, abierto simplificado o incluso restringido).

- El procedimiento restringido lleva consigo una rigidez, complejidad y larga duración que resulta ineficiente en su utilización en pequeñas cafeterías de acuartelamientos. La eficiencia en la tramitación contractual debe suponer que debe existir proporcionalidad entre el valor estimado del contrato y la agilidad y sencillez del procedimiento de adjudicación a aplicar.

## Referencias bibliográficas

Guillén Caramés, J. (2018). El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesiones. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 941.



# El reconocimiento y protección constitucional de la confidencialidad empresarial

**Manuel Pereiro Cárceles**

*Investigador posdoctoral.*

*Universitat de València*

<https://orcid.org/0000-0003-4981-5334>

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

## Extracto

La experiencia práctica muestra la ingente cantidad de información que manejan las empresas, cuyo uso supone una ventaja competitiva en el ejercicio de su actividad económica, de la que también pueden extraerse datos relativos a la vida personal, tanto de los propios empresarios como de cualquiera de las personas físicas que forman parte o interactúan con la empresa. Toda esta amalgama de datos constituye una suerte de «intimidad empresarial» o «vida privada societaria», que requiere de protección jurídica, pero que en ocasiones puede quedar desprotegida como consecuencia de registros o accesos ilícitos a los centros de la empresa. Una realidad esta, nada inusual, tal y como demuestra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 1231/2020, de 1 de octubre, según la cual una Administración no puede registrar el domicilio o sede social de una empresa «para ver qué se encuentra». Lo que en este trabajo se va a tratar de averiguar es si esta esfera de reserva empresarial posee rango constitucional y, en particular, de dimensión iusfundamental, o si, por el contrario, puede ser libremente configurada por el legislador y sometida exclusivamente a la jurisdicción ordinaria.

**Palabras clave:** confidencialidad; derechos fundamentales; empresas; inviolabilidad del domicilio; privacidad.

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

**Cómo citar:** Pereiro Cárceles, M. (2022). El reconocimiento y protección constitucional de la confidencialidad empresarial. *Revista CEFLegal*, 254, 125-152.



# Business confidentiality from a constitutional perspective

Manuel Pereiro Cárceles

## Abstract

Practical experience shows the enormous amount of information handled by companies whose use involves a competitive advantage in the exercise of their economic activity. It also shows the data related to the personal life of businessmen and natural persons who are part of or interact with the company. All these data establish a kind of «business intimacy» or «corporate private life» that, although requires legal protection, can sometimes be unprotected because of registers or illegal access to the company's centers. This is a usual reality proved by the Judgment of the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court 1231/2020, October 1st, according to which an Administration cannot register the address or head office of a company «to see what can be found». The paper intends to figure out whether this corporate reserve sphere has constitutional status and a fundamental rights dimension, or if, in contrast, it can be freely configured by the legislator and exclusively subjected to the ordinary jurisdiction.

**Keywords:** confidentiality; fundamental rights; business; inviolability of domicile; privacy.

**Citation:** Pereiro Cárceles, M. (2022). El reconocimiento y protección constitucional de la confidencialidad empresarial. *Revista CEFLegal*, 254, 125-152.





## Sumario

1. Delimitación jurídica de la confidencialidad empresarial
    - 1.1. Fundamentos jurídicos de la confidencialidad
    - 1.2. El objeto específico de la confidencialidad empresarial a efectos de su protección jurídica
      - 1.2.1. Los datos empresariales en sentido estricto
      - 1.2.2. Los datos personales en el ámbito empresarial
      - 1.2.3. Las insuficiencias de la clasificación binaria de la información empresarial en datos estrictamente empresariales y datos personales
    - 1.3. La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en relación con la confidencialidad empresarial
  2. Confidencialidad empresarial y libertad de empresa
    - 2.1. La confidencialidad de datos empresariales como instrumento para la realización efectiva de la libre competencia en el ordenamiento constitucional español
    - 2.2. La protección jurisprudencial de la confidencialidad empresarial en perspectivas constitucional y europea
  3. Conexión de la confidencialidad empresarial con el derecho a la inviolabilidad del domicilio
    - 3.1. El reconocimiento de una esfera privada de las empresas
    - 3.2. La protección de la confidencialidad en los espacios empresariales a través de la inviolabilidad del domicilio
      - 3.2.1. Extensión del bien jurídico protegido de la inviolabilidad del domicilio a la vida privada
      - 3.2.2. Extensión del concepto de domicilio constitucional aplicable a entidades empresariales
      - 3.2.3. El problema de la extensión de la inviolabilidad del domicilio a los locales pertenecientes a empresarios individuales o profesionales autónomos
  4. Conclusión
- Referencias bibliográficas



## 1. Delimitación jurídica de la confidencialidad empresarial

### 1.1. Fundamentos jurídicos de la confidencialidad

Aunque la sociedad se encuentra inmersa en una ola de transparencia (Byung-Chul, 2014, p. 11) como vector clave en la consecución de un avanzado Estado democrático de derecho, las personas continúan teniendo esferas protegidas que deben permanecer ajenas al conocimiento de terceros (sean estos particulares o el propio Estado). Cuando existen bienes, valores, intereses o derechos en juego cuya preservación, tras la correspondiente valoración jurídica en el caso concreto, se concluye que genera más beneficios que su difusión o acceso, lo razonable es que se articulen los mecanismos jurídicos adecuados para garantizar su confidencialidad.

«Confidencialidad», según recoge el diccionario de la Real Academia Española, hace referencia a la cualidad de aquello que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo dicho o hecho. Podríamos decir que la confidencialidad de una información comporta que esta permanezca secreta, aunque no siempre «reserva» y «secreto» signifiquen lo mismo, tal y como ocurre respecto a la información de acceso restringido de interés para la seguridad o defensa nacional. A esta acepción añade el *Diccionario del español jurídico* (DEJ) que para que algo sea confidencial es necesario que se diga o haga con seguridad recíproca de dos o más personas. Es decir, la confidencialidad no ampara las ideas, pensamientos, sentimientos o creencias que los individuos guarden en su fuero interno sin ningún tipo de expresión externa, al igual que tampoco la reserva de aquellas informaciones que conozca un solo sujeto, que encontrarán su cobertura constitucional en derechos fundamentales como la libertad ideológica y religiosa o el derecho a la intimidad personal. Para que podamos hablar de confidencialidad deben cumplirse tres condiciones: tiene que existir una manifestación extrínseca de los datos cuya protección se pretende; esta tiene que ser conocida por más de un sujeto (generalmente, el receptor y el transmitente); y debe establecerse una relación de lealtad y confianza jurídicamente requerida entre los sujetos que intercambian la información, sin perjuicio de que su reserva deba ser mantenida también por terceros sin vinculación jurídica específica con el empresario.

Confidencialidad no es sinónimo de intimidad ni de privacidad, pese a que está profundamente conectada con ellas. Mientras que intimidad se refiere a una esfera íntima en la que se desarrollan las facetas más privadas de una persona (en la que se incluyen su domicilio, sus comunicaciones personales y otros datos), privacidad hace referencia a una esfera más extensa en la que se desenvuelve un conjunto de facetas de la personalidad más amplio y global que el de intimidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado (Warren y Brandeis, 1890). La confidencialidad en el ámbito empresarial se desenvuelve también en un potencial ámbito de actuación amplio, constituido por datos privados o íntimos, a los que habría que añadir los datos empresariales puramente empresariales (datos relativos a la propiedad industrial e intelectual, secretos empresariales, etc.), excluidos de la esfera íntima de las personas. Esta confidencialidad va más allá del entorno personal o familiar para alcanzar también el ámbito profesional: clientes, proveedores, asesores (jurídicos, fiscales, etc.), poderes públicos (Administración tributaria, otras Administraciones públicas en la realización de sus funciones de inspección, sanción, otorgamiento de licencias y autorizaciones administrativas, etc.), etcétera.

Existen diversos preceptos constitucionales que, de una forma u otra, amparan la protección de informaciones que pertenecen a la esfera privada y, por lo tanto, deberían mantenerse como confidenciales. El artículo 18 de la Constitución española (en adelante, CE) es el más paradigmático, en sus apartados 1 (intimidad personal y familiar y a la propia imagen), 2 (inviolabilidad del domicilio), 3 (secreto de las comunicaciones) y 4 (derecho a la protección de datos). Pero también poseen relevancia en esta cuestión los artículos 16.2 de la CE, en lo relacionado con la propia religión, ideología y creencias, y el 20.1 d) del CE respecto a información que no se deba difundir por razón del secreto profesional. Fuera del núcleo estricto de derechos fundamentales de nuestra Constitución y dejando de lado la obligación de sufragio electoral secreto que recogen los artículos 68, 69 y 140 de la CE, se encuentran los artículos 33 de la CE, concerniente al derecho de propiedad, de cuyo contenido múltiple forman parte los derechos de propiedad intelectual e industrial, y 38 de la CE, relativo a la libertad de empresa, preceptos que entran en juego en la protección de la confidencialidad empresarial. Por último, del texto constitucional se desprende también que estas manifestaciones de la confidencialidad podrían tener aplicación en calidad de límite a otros derechos constitucionales, tal y como se contempla expresamente en el caso del derecho a la intimidad y a la propia imagen para los derechos de libertad de expresión e información (y, en general, del art. 20 CE), o en el derecho de acceso a la información pública o a la transparencia (art. 105.b CE), que tiene en cuenta como límites la seguridad y defensa del Estado (base, a su vez, de los secretos oficiales), la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Pero donde la confidencialidad empresarial ha alcanzado realmente un mayor grado de desarrollo es en el plano infra-constitucional. No podría ser de otra manera, dado el minucioso nivel de detalle que necesita para su puesta en práctica. Dicha confidencialidad ha sido ampliamente utilizada en la práctica contractual, así como en numerosas situaciones

jurídicas regidas por una dispersa normativa legal y reglamentaria perteneciente a distintas ramas del derecho. Ejemplos hay muchos, aunque los principales probablemente sean: el delito de descubrimiento de secretos de empresa o el de revelación de secretos e informaciones por un funcionario público; la protección de los secretos de Estado; el secreto profesional; el deber de sigilo de los empleados públicos; la protección de los datos sanitarios de los individuos; la confidencialidad de información relativa a secretos empresariales, a la propiedad industrial o a la propiedad intelectual; el secreto tributario; el secreto estadístico; el secreto bancario; los acuerdos contractuales de confidencialidad, en el ámbito de la contratación pública o en el de la privada; la confidencialidad en los procedimientos administrativos y, particularmente, en los sancionadores; la confidencialidad de los denunciantes o *whistleblowers*; o las cláusulas de confidencialidad en los contratos de trabajo. Algunas de estas manifestaciones pueden encontrar su fundamento jurídico primario en alguno de los preceptos constitucionales mencionados en el párrafo anterior. Otras no, ya que deben su existencia a su plena configuración legal. En cualquier caso, tan aceptable es una como otra opción, lo que no impide que las consecuencias jurídicas sean distintas.

Y es que, dependiendo de que posean o no justificación constitucional, y de con qué derecho constitucional sea con el que se encuentren vinculadas, las diversas manifestaciones de la confidencialidad dispondrán de mayores o menores garantías. Aquellas que no encuentren fundamento constitucional contarán con las salvaguardas que establezca su normativa reguladora, así como con el acceso a la jurisdicción ordinaria, mientras que las que sí pueden vincularse a preceptos de la Norma Fundamental dispondrán, además, de garantías constitucionales (eso sí, variables en función de en qué lugar concreto de dicha norma se ubiquen esos preceptos), que presionarán para que los poderes públicos respeten e incluso promuevan la confidencialidad (garantías genéricas) y que permitirán la preservación o restablecimiento del mismo cuando se vea vulnerado (garantías jurisdiccionales). Y es que, como es bien sabido, el estándar de protección que reciben todos los derechos constitucionales no es el mismo, de tal modo que algunos de ellos (los de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título 1.<sup>o</sup> de la CE, es decir, los derechos fundamentales en sentido estricto) están dotados de las garantías reforzadas previstas en el artículo 53.2 de la CE y, sin embargo, otros cuentan con las garantías constitucionales que se derivan del artículo 53.1 de la CE, pero no con las que dimanarían del artículo 53.2 de la CE (los de la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II del título 1.<sup>o</sup> de la CE, entre los que se encuentran el derecho de propiedad y la libertad de empresa).

## 1.2. El objeto específico de la confidencialidad empresarial a efectos de su protección jurídica

El objeto del presente trabajo no consiste en la confidencialidad en general, sino que se encuentra circunscrito a la protección de los datos que utilizan las empresas en el desarrollo de su actividad económica, particularmente en su dimensión de acceso a través del acceso a espacios físicos. Las empresas constituyen organizaciones de medios personales y materiales en cuyo funcionamiento recopilan y conservan grandes cantidades de información, que

les es precisa para el legítimo y adecuado desempeño de la actividad económica que desempeñan al amparo, en España, del artículo 38 de la Constitución. Tal información se encuentra integrada por datos relativos a la propia empresa. Estos pueden ser, en el caso del ejercicio individual no societario, datos distintos a los de índole personal del empresario, o bien, en el caso del ejercicio societario, datos que, en el desempeño de su actividad económica, reúnan en calidad de persona jurídica autónoma de las personas físicas que la componen. En ambos casos pueden ser también datos relativos a personas físicas, bien sean integrantes de la propia organización (empresario, accionistas, trabajadores, etc.) o bien particulares con los que la empresa, en el ejercicio de sus funciones, mantiene, o podría mantener, alguna relación jurídica (fundamentalmente, clientes y proveedores). Por consiguiente, puede concluirse que las empresas manejan dos tipos de información: de carácter puramente empresarial y de carácter personal, cuyos intereses jurídicos susceptibles de protección no son idénticos.

### 1.2.1. Los datos empresariales en sentido estricto

Los datos empresariales son el tipo de información único y peculiar de las empresas. Pese a la inexistencia de una referencia constitucional explícita, su confidencialidad encuentra su fundamento jurídico más directo en el artículo 38 de la CE relativo a la libertad de empresa, tal y como desarrollaremos más adelante. Para su caracterización, los datos empresariales precisan de dos elementos: que su difusión pueda generar una ventaja competitiva para otras entidades que forman parte del mismo mercado, y que exista una pretensión por parte de la empresa de mantener secreta esa información. Únicamente cuando se cumplan estos requisitos podrá hablarse propiamente de datos empresariales.

Dentro del concepto de datos empresariales pueden identificarse numerosos tipos de información, que estructuramos en tres grupos (Razquin Lizarraga, 2013, p. 59): datos relativos a la propiedad intelectual e industrial, secretos empresariales y otra información confidencial.

En la primera categoría se incluyen los datos relativos a la difusión o acceso no autorizado a obras o creaciones inmateriales susceptibles de ser protegidas por alguna de las normas que contemplan el régimen jurídico de propiedad intelectual o industrial, tales como el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, o la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes, entre otras.

En la segunda categoría, la relativa a los secretos empresariales, es donde encontramos la mayor parte de la información que debe quedar protegida por la confidencialidad empresarial. Dentro de la misma puede haber información de múltiples tipos, conforme se indica en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales: información tecnológica y científica (conocimientos relacionados con la esfera técnico-productiva de la empresa, tales como fórmulas, algoritmos y técnicas de producción; así como datos relacionados con investigaciones, invenciones no patentadas ni patentables, análisis, etc.); información industrial (procesos y métodos de fabricación; datos relativos al mantenimiento u optimización de

productos, procesos o industrias, tales como los mecanismos de reparación y montaje y las prácticas para la puesta a punto; especificaciones de fabricación y desarrollo de productos, etc.); información comercial (datos relativos a clientes y proveedores, tales como listados o datos relativos a sus hábitos de compra, direcciones o precios; estudios estadísticos y estrategias de mercado, planes de negocio o de marketing; métodos comerciales; estrategias de adquisición de empresas, etc.); información organizativa (gestión del conocimiento; relaciones con el personal de la empresa; o técnicas y proyectos de organización empresarial); e información financiera (datos relacionados con la gestión de los ingresos y gastos de la empresa; proyecciones y estimaciones financieras; planes de adquisición de activos financieros), entre la que cabe incluir datos bancarios y tributarios relativos a la propia entidad.

En último lugar, se establece una tercera categoría, de carácter residual, en que se recoge aquella otra información confidencial susceptible de generar una ventaja competitiva, que se pretenda mantener secreta y que no quede incluida en las categorías anteriores. Bajo esta denominación se hace referencia a la protección de «otra información confidencial» exigida por el derecho de la competencia de la Unión Europea, acogida en nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial, especialmente a través de la Audiencia Nacional (Razquin Lizarraga, 2013, p. 69).

### 1.2.2. Los datos personales en el ámbito empresarial

Las empresas no poseen únicamente información relativa a su actividad económica, sino que también disponen de otro tipo de datos, de especial relevancia y protección constitucional, relativos a aspectos personales de sus propietarios, trabajadores, clientes y proveedores, sometidos a un régimen jurídico particular, que también se encuentran incluidos en esa esfera privada de la empresa que el ordenamiento jurídico trata de proteger.

Estos datos, en puridad, no encuentran la justificación de su protección en los potenciales beneficios económicos que puede generar su confidencialidad, como ocurre con la información estrictamente empresarial, sino en la necesidad de preservar la dignidad de las personas humanas a las que se refiera la información, otorgando una esfera de libertad al individuo sobre la cual este pueda disponer y controlar el uso de sus propios datos (autodeterminación informativa) para desarrollar libremente su personalidad y el ejercicio de sus derechos. Su fundamento constitucional, autónomo del derecho a la intimidad, se encuentra en el artículo 18.4 de la CE (entre otras, STC 11/1998, de 13 de enero), cuyo desarrollo se efectúa a través de la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. A su vez, es el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) del que trae causa la norma el que ofrece, en su artículo 4.1, una definición apropiada de datos personales. Concretamente, se refiere a estos

como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, en contraposición con los datos empresariales relativos a información referida a la empresa o a su actividad como tal.

Las empresas mantienen y utilizan constantemente información plagada de datos personales. Disponen de mucha información relativa a sus clientes y proveedores en facturas y albaranes; poseen listados de estos con datos identificativos tales como su nombre, apellidos, dirección o teléfono; o conservan matrículas de vehículos. En ocasiones, recopilan información audiovisual a través de cámaras de videovigilancia; conservan información de sus trabajadores (en nóminas, partes de baja o sus comunicaciones personales) y de potenciales empleados de la empresa (sus currículums vitae); o disponen de información de cuentas bancarias o tarjetas de crédito de titularidad identificable. Incluso es habitual que determinadas empresas, por razón del servicio que ofrecen, utilicen datos especialmente protegidos, como son aquellos relacionados con asuntos penales, origen racial, vida sexual, afiliación sindical o religiosa, violencia de género o salud. Son numerosas las empresas cuyo desarrollo de negocio está ligado a la utilización de datos personales especialmente sensibles. Piénsese, por ejemplo, en consultas de especialidades y centros de salud, geriátricos, escuelas infantiles, profesionales sociosanitarios y médicos, centros de estética y depilación, psicólogos, odontólogos, etc. Toda la información que manejan estas empresas contiene datos de carácter personal que se encuentra sometida a más o menos intensas obligaciones de custodia y seguridad, según cuál sea el nivel de protección que se otorgue a cada dato.

### 1.2.3. Las insuficiencias de la clasificación binaria de la información empresarial en datos estrictamente empresariales y datos personales

Lo cierto es que, a poco que nos fijemos en la información que manejan las empresas, no parece razonable concluir que datos empresariales y datos personales funcionan como dos conceptos excluyentes, completamente separados entre sí. En primer lugar, porque dichos datos no siempre se encuentran separados entre sí, sino que se entremezclan, e incluso podría existir información que podría pertenecer a ambas categorías. Pensemos, por ejemplo, en un listado de clientes. Además de tratarse de documentos con valor comercial, susceptibles de ser protegidos como secretos empresariales, sus datos deberán estar sometidos al régimen de protección de datos personales en tanto en cuanto esas listas están integradas por información relativa a personas individualizables que requieren de medidas de especial protección y para cuyo tratamiento se precisa de su consentimiento. Otros ejemplos podrían ser las cuentas bancarias de una entidad, en la que constan transacciones con personas físicas, o determinada información relativa a los empleados que podría ser de utilidad con vistas a la gestión de los recursos humanos de la empresa.

Pero esta confusión no se queda aquí, y es que la atribución de la dignidad a la persona física que parece darse por hecho con la clasificación dual en datos empresariales y datos personales comienza a saltar por los aires en el momento en que se empieza a admi-

tir la existencia de una esfera privada que podría alcanzar la actividad empresarial y que se encuentra conectada también con la dignidad personal a través del artículo 10.1 de la CE (Paz-Ares Rodríguez y Alfaro Real, 2018, p. 1.248). Esta intersección se percibe claramente en la extensión de la concepción de la esfera privada a los empresarios individuales. El empresario individual constituye el modo de ejercer la actividad empresarial que mayor conexión tiene con la dignidad personal, lo que justifica en mayor medida la aplicación a estos casos de las garantías propias de derechos de carácter personalísimo, incluidos, destacadamente, los constitucionalmente reconocidos de carácter fundamental, entre los que se encuentran los relativos a la protección de la privacidad.

También se diluye la dualidad planteada cuando se reconoce la posibilidad de extender la protección de datos a las personas jurídicas (tal y como contempla el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, modernizado en 2018). Ahora bien, en este aspecto el Reglamento general de protección de datos y la Ley orgánica de protección de datos parecen haberse quedado atrás al no haberse atrevido a extender a las personas jurídicas la titularidad de la protección de datos. En cambio, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), sí protege la confidencialidad de las comunicaciones e intereses legítimos de las personas jurídicas en relación con el incremento de la capacidad de almacenamiento y tratamiento automatizado de datos relativos a abonados y usuarios, del mismo modo que la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), que actualmente está siendo objeto de aprobación, extiende sus garantías a las personas jurídicas, conforme al estándar de protección que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha contemplado para sus actividades profesionales.

Este escenario abre las puertas a valorar que, bajo determinadas condiciones, las personas jurídicas, y concretamente las empresas que asuman tal forma jurídica, también podrían ser titulares del derecho a la protección de datos o de cualquiera de los derechos vinculados con el mantenimiento de esferas de intimidad del individuo. De esta manera, se podrían proteger mejor los derechos de las personas físicas que, de una manera u otra, se relacionan con la empresa que adopte una forma societaria (proveedores externos, clientes, trabajadores, etc.), no siendo únicamente la información puramente empresarial la única cuya titularidad es jurídicamente reconocida a las personas jurídicas. En este marco, la distinción entre datos personales y datos empresariales se diluye, abriendo la posibilidad de que a través de las garantías constitucionales y legales de protección de los datos personales o de otras dimensiones de la confidencialidad, como el secreto profesional, pueda defenderse también la información de interés empresarial, otorgándole una suerte de protección iusfundamental indirecta.



### 1.3. La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en relación con la confidencialidad empresarial

La última cuestión que es preciso abordar aquí, por tratarse en el fondo del problema que subyace en el presente trabajo, es la relativa a si las empresas que operan en forma de persona jurídica privada pueden ser titulares de derechos fundamentales –entendidos estos desde una acepción amplia–. Esta cuestión no es baladí, ya que únicamente si reconocemos esa titularidad, empresas societarias o bajo cualquier modalidad de persona jurídica privada, que constituyen una porción sustancial de las que operan en el mercado, podrán tener atribuidos derechos de este tipo o estar habilitadas para ejercerlos, mientras que, de lo contrario, no tendría sentido plantearse si la confidencialidad puede o no hallar protección al amparo de uno o, en su caso, varios derechos fundamentales.

Ninguna duda cabe de que las empresas pueden ser titulares de derechos subjetivos ordinarios o de configuración legal (Gómez Montoro, 2002, pp. 66 y ss.). Para eso se les atribuyó personalidad jurídica, para que puedan actuar en el tráfico jurídico como sujetos de derechos y obligaciones. Nuestro ordenamiento jurídico permite a entidades ficticias sin efectiva existencia biológica ejercer derechos como si de personas físicas se tratase, por lo que está plenamente admitido que las personas jurídicas sean titulares de derechos.

Sin embargo, no es esta la cuestión específica que ahora nos ocupa, que no es otra que la titularidad de derechos fundamentales, en particular en lo relativo a aquellos que podrían otorgar una protección constitucional a la confidencialidad de las empresas. En este sentido, el texto constitucional español, en contraposición con lo dispuesto en el artículo 19.3 de la Ley fundamental de Bonn o el artículo 12.2 de la Constitución portuguesa, que regulan de forma expresa y con carácter general la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, no contiene alusión alguna al respecto, lo que ha sido interpretado como una falta de reconocimiento general de los derechos de los colectivos (Gómez Montoro, 2002, p. 82), pese a que tampoco lo proscriba.

Parte de la doctrina (Gómez Montoro, 2002, pp. 80 y 81; Rosado Iglesias, 2004) ha intentado dar una solución a esta cuestión considerando que las personas jurídicas están excluidas de la posibilidad de ser titulares de derechos fundamentales como consecuencia del carácter inherente de los derechos fundamentales a la persona, en cuanto ser humano, y a su conexión con la dignidad (art. 10.1 CE). Sin embargo, esta fundamentación no puede servirnos para hacernos perder de vista la dimensión social y colectiva que posee la dignidad humana, cuyo alcance solo puede lograrse a través de la vida en sociedad (o en comunidad), y no como individuo aislado en la soledad. Pues bien, esta dimensión también se alcanza en el ejercicio de la actividad empresarial, en cuyo desenvolvimiento se desarrolla la autorrealización de la persona. De hecho, el Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, acabó vinculando también esta dimensión de la dignidad personal con el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a

las personas jurídicas y, entre ellas, las empresas, actuando como un argumento esencial para la extensión de la eficacia de estos derechos al ámbito colectivo y social.

Si bien, el Tribunal Constitucional ha admitido con relativa habitualidad la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas, condicionándolo a que, según su naturaleza, aquellos puedan resultarles aplicables (STC 23/1989, de 2 de febrero). Así, algunos derechos como el derecho de propiedad o la libertad de empresa no plantean dudas sobre su titularidad por parte de las empresas. En contraposición, el Tribunal Constitucional no ha llegado a reconocer el derecho a la intimidad de las empresas (STC 137/1985, de 17 de octubre) por la estrecha vinculación de este derecho con la dignidad humana, pese a que dicho fundamento no ha servido como excusa para denegar a aquellas la titularidad de otros derechos fundamentales intensamente ligados a la misma, como el derecho al honor (STC 139/1995, de 26 de septiembre) (entre otros, Aragón Reyes, 1999, pp. 13-36). No obstante, la confidencialidad de las empresas podría ser protegida a través de otro derecho que tutelaría una faceta determinada de la vida privada, la del espacio físico en el que esta se desarrolla. Con esta misma motivación, el Tribunal Constitucional sí admitió la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por una empresa en su Sentencia 137/1985, aunque si bien no sería hasta la Sentencia 69/1999, de 26 de abril, cuando el Constitucional enunciaría una noción constitucional de domicilio que englobase claramente espacios físicos de actuación propiamente empresarial, como se expondrá en detalle más adelante.

## 2. Confidencialidad empresarial y libertad de empresa

En este apartado del trabajo se expone qué protección constitucional concreta halla la confidencialidad de datos empresariales (que no personales), a través del que, según la doctrina (Carrasco Andriño, 1998, pp. 148-154; Morón Lerma, 2002, p. 161), viene a ser el derecho en el que tradicionalmente puede fundamentarse: la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE. Dejaremos de lado el otro gran derecho sobre el que *prima facie* podría fundamentarse la protección de estos datos, el derecho de propiedad (art. 33 CE), por entender que, en aplicación del criterio de especialidad, el artículo 38 de la CE es el que se ajusta más a la salvaguarda de determinado tipo de datos, que podrían asimismo constituir objeto de propiedades especiales, y que se integran en el ámbito propio de la confidencialidad empresarial (a modo de ejemplo, *vid.* STC 61/1997, de 20 de marzo). No en vano, se trata de dos derechos constitucionales íntimamente conectados, que han guardado significativa sincronía en su evolución histórica (García Vitoria, 2008, p. 106), y que han sido, con frecuencia, utilizados conjuntamente ante vulneraciones en el ámbito empresarial, por lo que la búsqueda de fundamento jurídico constitucional de la confidencialidad de datos empresariales en el artículo 38 de la CE, sin obstar al recién apuntado criterio de especialidad en favor de este último precepto, no está desprovista de elementos comunes con el derecho de la propiedad.

El elemento sobre el que pivota la conexión entre la protección de los datos empresariales y la libertad de empresa es el de su integración en una de las manifestaciones que inte-

gran el «contenido esencial» de este derecho, principalmente en la libre competencia. Esta idea ha sido reafirmada con fuerza por la doctrina y jurisprudencia nacionales, así como por las interpretaciones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha realizado en sus sentencias relacionadas con la confidencialidad empresarial. De estas cuestiones me ocupo a continuación.

## 2.1. La confidencialidad de datos empresariales como instrumento para la realización efectiva de la libre competencia en el ordenamiento constitucional español

La libertad de empresa contemplada en el artículo 38 de la CE incluye en su «contenido esencial» manifestaciones de dos tipos: libre acceso al mercado y libre desarrollo en el mismo. La protección del secreto empresarial, como elemento paradigmático de los datos empresariales, se incardina más claramente en el segundo grupo, tal y como defiende Razquin Lizarraga (2013, p. 28). Sin embargo, no parece descartable que su vulneración pudiera de alguna manera condicionar el acceso inicial de las empresas a determinados mercados. Así, por ejemplo, cuando una empresa realiza planes de diversificación a otros sectores económicos e intenta acceder a nuevos mercados (o nichos de mercado). También en estos casos las empresas podrían tener un interés legítimo en que su información empresarial relativa a estos planes de expansión sea protegida.

De lo que en cualquier caso no parece existir duda es de que la confidencialidad empresarial constituye un presupuesto o elemento necesario de la libre competencia. No cabe duda de que la innovación es un elemento esencial para el desarrollo de nuevos modelos empresariales y la prestación diferenciada de productos y servicios en una economía de mercado. La obtención o revelación de información relativa a una empresa del mismo sector económico compromete ineludiblemente la ventaja competitiva de la que esa entidad es titular y a la que corresponde su explotación, menoscabando la libre competencia.

Por esta razón, la información empresarial (secretos empresariales, propiedad industrial e intelectual, otros datos, etc.) tiene que ser objeto de protección que garantice su confidencialidad hasta donde sea constitucionalmente legítimo. La falta de instrumentos jurídicos eficaces que la hagan posible supondría un claro menoscabo en la competitividad (y, en consecuencia, en el crecimiento económico) y en los incentivos de las empresas para emprender actividades de innovación. Ello conllevaría una disminución en las inversiones por parte de las empresas, que tendría como resultado último un deterioro del funcionamiento del mercado y la merma de su potencial como factor de crecimiento, tal y como se reproduce en la propia exposición de motivos de la ya mencionada Ley de secretos empresariales.

En la doctrina, Razquin Lizarraga (2013, p. 51) atribuye el fundamento de la protección de los secretos empresariales a dos razones: 1) el mantenimiento de la moral comercial, es decir, la imposición de un mínimo de buenas prácticas comerciales honestas; y 2) la nece-

sidad de proteger la información empresarial como estímulo ineludible para la creación de nueva información socialmente valiosa, así como para el aseguramiento de que el esfuerzo innovador no será frustrado por ciertas actuaciones que permiten a otros acceder o aprovechar la información confidencial. Para Suñol Lucea (2009, pp. 80 y 89) es más acertado el segundo fundamento, al considerar que el secreto empresarial se protege porque su amparo constituye un instrumento necesario para fomentar el avance industrial y comercial, es decir, para potenciar e incentivar la inversión de investigación y creación de información socialmente valiosa relacionada con la empresa. Particularmente, considero que este es el fundamento más relevante que justifica la elaboración de un adecuado régimen jurídico de protección de la confidencialidad empresarial, ya que así se reducirían costes sociales innecesarios, posibilitando al titular de la empresa centrarse en la innovación, y se aportaría una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos, al establecer las condiciones bajo las cuales una información debe circular o mantenerse confidencial. Dicho de otra forma, la existencia de un adecuado régimen jurídico de protección de la confidencialidad empresarial permite al legislador instaurar un reparto de la información que sea socialmente eficiente, haciendo una ponderación de los intereses en juego.

## 2.2. La protección jurisprudencial de la confidencialidad empresarial en perspectivas constitucional y europea

Desde una perspectiva constitucional estrictamente nacional son prácticamente inexistentes los pronunciamientos judiciales que analizan esta cuestión. Únicamente cabe referirse al ATS 2023/2007, de 15 de febrero, que, sin demasiados rodeos, vincula la protección de los secretos comerciales con la libre competencia y, por extensión, también con la libertad de empresa. Concretamente, en el auto citado (FJ 2.º), el Tribunal Supremo se pronuncia afirmando que «los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo», para acto seguido indicar que la protección de los datos empresariales se incardina dentro del derecho a la propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), singularmente en este último, «pues parece claro que del contenido esencial de ese derecho (art. 53.1 CE) forma parte el derecho a crear y mantener empresas en un sistema de economía de mercado y la creación y mantenimiento de la actividad empresarial puede verse gravemente lastrada si los secretos comerciales quedan desprotegidos».

La inexistencia de resoluciones judiciales que hayan tratado esta materia desde una perspectiva constitucional no debe llevarnos a concluir falazmente que no existe una conexión entre la protección de los datos empresariales y el artículo 38 de la CE. Pese a que dicho precepto no incluye una previsión expresa a este tipo de datos, la libre competencia, como manifestación inequívoca de la libertad de empresa y como elemento esencial para su cumplimiento, solo puede quedar garantizada si las empresas pueden guardar confidencialidad respecto a esas informaciones que les permiten competir ofreciendo el mejor producto y servicio posible, en condiciones de igualdad entre los distintos operadores del sector económico correspondiente. A mi parecer, la interpretación prevista en el ATS 2023/2007

parece completamente razonable y no existe, por tanto, impedimento para no anclar la reserva de los secretos comerciales (y, en general, de los datos empresariales) a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE.

La protección de los datos empresariales también encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, fundamentalmente a través de dos vías. Una primera, de forma expresa, en uno de sus tratados constitutivos. Concretamente, el artículo 339 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece el deber de secreto de los funcionarios y agentes de la Unión Europea respecto a datos empresariales. La segunda, indirecta, se produce a través de su subsunción en la libertad de empresa y derecho de propiedad, que se encuentran reconocidos en los artículos 16 y 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE), texto normativo dotado del mismo valor que los tratados constitutivos, de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la UE. Sin embargo, no puede negarse que ha sido la jurisprudencia del TJUE la vía más determinante en la consolidación de la protección de los secretos comerciales y de la libre competencia, especialmente en lo que se refiere a la colisión que se produce en los procedimientos de derecho de la competencia entre el derecho a la confidencialidad empresarial y a un proceso justo para el resto de entidades interesadas (art. 6 CEDH).

Una de las primeras resoluciones de los tribunales de la Unión Europea que reconoció expresamente la protección del secreto comercial e industrial fue el asunto 53/85 AKZO Chemie UK Ltd. c. Comisión, en la que identifica la confidencialidad empresarial como un principio general aplicable al procedimiento administrativo. El supuesto de hecho que dio lugar a la sentencia fue una investigación que la Comisión Europea realizó a la empresa británica AKZO Chemie UK por la realización de prácticas abusivas, en la que una empresa competidora, llamada ECS, solicitó el pliego de cargos y documentos anexos al expediente. En el referido asunto, la Comisión Europea había decidido mantener la confidencialidad de la mayor parte de la información solicitada, salvo aquella que constituía prueba de la vulneración del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de la que se estaba investigando a la empresa AKZO Chemie UK, la cual fue facilitada con anterioridad a que la Comisión notificara adecuadamente sus conclusiones a la empresa demandante. El Tribunal de Justicia falló a favor de la empresa demandante por haber colocado a esta en una posición de indefensión, al no haber tenido posibilidad de utilizar las vías de recurso disponibles para impedir la ejecución de la decisión impugnada.

El TJUE, amparándose en la obligación de los agentes y funcionarios de las instituciones europeas de no divulgar información que pueda contener secretos comerciales, reconoce la necesidad de establecer un trámite autónomo del resto del procedimiento administrativo, en el que se determine la confidencialidad o no de la información empresarial, en el que deberían cumplirse tres requisitos: que la entidad a la que afecta la información ejercite su derecho a presentar alegaciones; que la decisión que adopte la confidencialidad o no de la información esté motivada; y que el órgano o entidad competente debe declarar la confidencialidad o no de una información mediante una decisión cuya adopción se rija por el principio de colegialidad.

Tras el fallo expuesto, vinieron otras, como las SSTJUE de 19 de mayo de 1994, SEP, asunto C-36/92; y de febrero de 2008, Varec SA c. Bélgica, asunto C-450/06. La primera de ellas, relativa al deber de la Comisión Europea de facilitar información a los Estados miembros para que sus autoridades de competencia realicen funciones de inspección, reconocía expresamente que su cumplimiento debía interpretarse a la luz del principio general del derecho de protección de los secretos comerciales de las empresas. En cuanto al asunto Varec, SA Bélgica, relativo a una cuestión prejudicial que el Consejo de Estado belga presentó para preguntar por la interpretación del artículo 1.1 de la Directiva 89/665, según el cual las entidades adjudicadoras en un procedimiento de contratación pública no deben divulgar información confidencial relativa a sus licitadores. El TJUE acabó resolviendo que el precepto debía interpretarse en el sentido de que el órgano responsable del procedimiento debía garantizar la protección de la información relativa al secreto comercial que obra en el expediente, sin perjuicio de que la entidad adjudicadora pueda conocer y tener en cuenta dicha información. En esta sentencia, el TJUE llega a referirse a la confidencialidad empresarial, incluso como un principio general del derecho de la UE que sería aplicable en cualquier procedimiento, con independencia de que la normativa prevea o no expresamente mecanismos jurídicos para su protección.

### **3. Conexión de la confidencialidad empresarial con el derecho a la inviolabilidad del domicilio**

Tras lo expuesto hasta el momento, no cabe duda de que la confidencialidad de datos empresariales posee en el derecho a la propiedad (art. 33 CE) y, particularmente, en la libertad de empresa (art. 38 CE) su fundamento constitucional directo. Gracias a ello, los datos empresariales, como bien jurídico protegible, se benefician de una serie de garantías constitucionales tales como, en virtud del artículo 53.1 de la CE, su obligatoria regulación por ley (ordinaria, dado el emplazamiento de ambos derechos en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II del título I del texto constitucional), la existencia de un núcleo o contenido esencial del derecho que es indisponible por el legislador, o el control vía recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, al no constituir ninguno de los preceptos señalados un derecho emplazado en la sección primera del mismo capítulo, la confidencialidad de datos empresariales no puede gozar de otras relevantes garantías, tales como su regulación a través de ley orgánica (art. 81.1, en relación con la rúbrica de la mencionada sección primera y con el art. 53.1 CE) o, muy especialmente, el acceso al recurso de amparo, ni ordinario ni constitucional (art. 53.2 CE).

En este apartado del trabajo se va a tratar de valorar la posibilidad de que la confidencialidad de datos empresariales, bajo determinadas circunstancias, podría quedar amparada por derechos distintos a los anteriores, que también incorporen las garantías especificadas en el artículo 53.2 de la CE. Para ello, se atenderá a la existencia o no de una esfera íntima o privada en las empresas de la cual formen parte estos datos, que podría quedar eventualmente protegida por el artículo 18 de la CE, y se analizará particularmente si la inviolabili-

dad del domicilio puede funcionar como un derecho a través del cual se podría proteger la información que guardan las empresas en sus locales físicos en cuanto a las condiciones de entrada en los mismos por parte de terceros.

### 3.1. El reconocimiento de una esfera privada de las empresas

El artículo 18 de la CE recoge una serie de derechos de marcado carácter personalista, directamente vinculados con la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 de la CE (STC 231/1988, de 2 de diciembre), que descansan sobre la idea de que debe existir una esfera de desarrollo personal de los individuos que tiene que quedar protegida de las injerencias de terceros, a la que se denomina vida privada. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que, en ocasiones, se haya reconocido la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, puesto que pueden existir bienes jurídicos protegibles pertenecientes a las personas físicas que podrían ser equiparables a las personas jurídicas.

En España, el Tribunal Constitucional ha tenido claro desde el principio que la intimidad es un concepto ligado a la dignidad humana, que no corresponde a las personas jurídicas. Pese a que autores como Casas Vallés (1987, p. 102) entendieron que el Tribunal Constitucional, en su Auto 257/1985, de 17 de abril, no cerraba la puerta a la posibilidad de que las personas jurídicas fueran titulares del derecho a la intimidad, lo cierto es que dicha atribución no llegó a ser reconocida en el mencionado auto, como tampoco en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 6.º; y 137/1985, de 17 de octubre, FJ. 4.º, que declararon nítidamente que la intimidad es un derecho reconocido solo a las personas físicas. También el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, concretamente en su Sentencia 129/2005, de 4 de marzo, resolutoria de un caso en el cual una empresa farmacéutica que recibió la visita a una de sus fábricas de un detective que actuaba como falso comprador y que supuestamente había adquirido información de valor económico de la empresa. El Tribunal Supremo se manifestó tajantemente en contra de que se hubiese vulnerado la intimidad de la empresa, por tratarse el secreto industrial de un derecho de contenido exclusivamente patrimonial, que no protege una hipotética esfera de reserva o intimidad empresarial y que, por lo tanto, no puede equipararse al derecho a la intimidad.

Respecto a la titularidad del derecho de protección de datos por parte de personas jurídicas, el Tribunal Constitucional no se ha manifestado expresamente. Sí ha tenido ocasión de hacerlo el Tribunal Supremo, negando esta posibilidad (entre otras, STS 5178/2014, de 24 de noviembre, FJ 2.º), al menos a efectos de su regulación en la Ley orgánica de protección de datos, aunque recordando que el hecho de que las personas jurídicas no se encuentren amparadas por el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no significa que estén desprotegidas, puesto que su información puede acabar siendo protegible por otras vías establecidas a través de la legislación sectorial (texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario) o penal (art. 200 Código Penal). Si bien, no debe olvidarse que el Convenio 108 del Consejo de Europa daba libertad a los Estados para que ampliasen la protección



de datos a las personas jurídicas, lo que constituía un argumento a favor de que las personas jurídicas fuesen titulares de este derecho (González Murúa, 1993, p. 227).

Esta posición estricta que se ha mantenido en el ordenamiento jurídico español contrasta con la amplia dimensión material de la noción de vida privada que se ha seguido en el panorama internacional (Arzoz Santisteban, 2009, p. 293). Y es que, aunque no se puede afirmar en absoluto que el TEDH haya reconocido a partir del artículo 8 de la CEDH un derecho pleno a la intimidad a las personas jurídicas, lo cierto es que varias de sus resoluciones vinculan a dicho precepto la existencia de una esfera íntima en las actividades empresariales, dejando claro lo difícil que resulta en la práctica establecer una separación nítida entre los aspectos de la vida personal y los de la vida profesional. La sentencia más paradigmática sobre esta cuestión, por ser la primera, es la STEDH Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre 1992, según la cual, en su ap. 29 «las actividades profesionales o comerciales deben ser incluidas en la noción de vida privada», pero no la única. En la STEDH Rotaru contra Rumanía, de 4 de mayo de 2000, en su ap. 43, se afirma que «el respeto a la vida privada engloba el derecho del individuo de establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes; además, ninguna razón de principio permite excluir las actividades profesionales o comerciales de la noción de "vida privada"» (en este sentido, también la STEDH Halford contra el Reino Unido, de 25 de junio de 1997, aps. 42-46.). A su vez, dicha sentencia se refiere al Convenio 108, del Consejo de Europa, para justificar su interpretación extensiva. En la misma línea, el TEDH ha reconocido la existencia de esa esfera privada en las empresas en relación con la injerencia en la información personal de sus trabajadores, por ejemplo, a través de la interceptación de sus comunicaciones (STEDH Barbulescu contra Rumanía, de 5 de septiembre de 2017).

No hay duda, por tanto, de que, en su jurisprudencia el TEDH ha interpretado el artículo 8 de la CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, desde una perspectiva más amplia que la que se ha seguido en el ordenamiento español. Según la misma, la vida privada no se circunscribe a un círculo íntimo en el que cada uno puede vivir a su manera, apartándose totalmente del mundo ajeno, sino que incluye el derecho que tienen los individuos a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y, en general, con el mundo exterior. Por tanto, el TEDH maneja un concepto de vida privada que no se reduce necesariamente a lo doméstico y que comprende también lo que Haza Díaz (1988, pp. 814 y 815) denominaba «vida privada social», que no es otra cosa que una manifestación de la dignidad personal en su vertiente colectiva.

Esta tendencia expansiva del concepto de vida privada también ha sido acogida por la jurisprudencia de la Unión Europea. Una de las sentencias más destacadas al respecto es la ya mencionada STJUE de 14 de febrero de 2008, Varec, SA c. Bélgica, asunto C-450/06, que enlaza la protección de la intimidad establecida en el artículo 8 de la CEDH con su homólogo a nivel europeo, el artículo 7 de la CDFUE. Según se indica en la sentencia (ap. 48), de acuerdo con el artículo 8 de la CEDH y con diversa jurisprudencia del TEDH, no cabe considerar que el concepto de intimidad deba interpretarse en el sentido de que excluya las actividades profesionales o comerciales de las personas físicas y jurídicas, tales como la participación de las empresas en procedimientos de adjudicación de contratos públicos.



En lo que se refiere a las personas físicas que realizan algún tipo de actividad empresarial o profesional, no hay duda de que esta extensión del concepto de vida privada podría cambiar el sentido en que el Tribunal Constitucional ha resuelto alguna de sus resoluciones. Sirva la archiconocida STC 110/1984, de 26 de noviembre, como muestra de ello. En este recurso de amparo, el demandante alegaba que se había vulnerado su derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la CE como consecuencia de una inspección fiscal a través de la que se accedió a las operaciones de sus cuentas bancarias. Según defendía el actor, esa información reflejaba datos relativos a la vida económica, personal o familiar, además de otros de carácter profesional que podían vulnerar su deber de secreto profesional como abogado. El Tribunal Constitucional, sin embargo, acabó rechazando la pretensión, alegando que esta suerte de intimidación económica no forma parte de la intimidad personal y familiar, ni del secreto profesional, y anteponiendo el otro valor jurídico en conflicto (el deber de colaborar con la Administración fiscal), por estar sometido este a unos requisitos que impiden que la inspección se realice de forma ilimitada sin tener en cuenta los bienes jurídicos que se confrontan. Esta sentencia sirvió inicialmente como acicate para negar de plano que la información económica afecte al derecho a la intimidad. Y es que, si se da por hecho que las cuentas bancarias no integran esa esfera de intimidad inaccesible a los poderes públicos, más difícil será aún conseguir encajar en la misma la información relativa a datos empresariales en sentido estricto o aquella relativa a las condiciones laborales o de salud que siguen en la empresa (Queralt Jiménez, 1990, p. 59).

Bajo mi consideración, esta interpretación expansiva que origina que las actividades empresariales queden protegidas en una suerte de esfera privada no puede ser ignorada en el ordenamiento español a la hora de analizar los derechos relativos a la protección de la vida privada que contempla nuestra CE. No podría ser de otra manera, según reconoce el propio texto constitucional en su artículo 10.2, en el que contempla que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (Gordillo Pérez, 2020, p. 101). Así, esta argumentación proveniente de la jurisprudencia del TEDH sirvió como fundamento para que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.º, tuviera en cuenta que la grabación a través de cámara oculta de un espacio de trabajo (una consulta profesional de una esteticista) en la que se obtenían datos no necesariamente íntimos, vulneraba el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, al considerar que la intimidad protegida por el artículo 18.1 de la CE no se reduce a un ámbito doméstico o privado, sino que alcanza otros ámbitos de interacción social como, por ejemplo, las actuaciones que se realizan en despachos de consulta profesional. Sin embargo, la STC 25/2019, de 25 de febrero, que resuelve un caso similar, no hace referencias relativas a la vida privada en estos espacios, flexibilizando la prohibición absoluta de la grabación de espacios profesionales por cámara oculta.

También el Tribunal Supremo acogió esta extensión del concepto de vida privada en su Sentencia 793/2013, de 28 de octubre, para referirse a la impertinencia como prueba de un proceso penal de otro reportaje grabado con cámara oculta en una clínica abortiva, así como

algunos tribunales superiores de justicia (entre otras, STSJ de Canarias, de 10 de septiembre, rec. núm. 48/2019; STSJ de Andalucía 7128/2003, de 9 de mayo; y STSJ de Murcia 513/2001, de 26 de febrero). En lo que se refiere al acceso a datos relativos al desarrollo de la función mercantil, la Audiencia Nacional no suele hacer referencia expresa a la jurisprudencia internacional, pero ello no quiere decir que no haya incorporado esta interpretación a sus sentencias (entre otras, SSAN de 21 de noviembre de 2002, rec. núm. 881/2000; 25 de junio de 2003, rec. núm. 1099/2000; y 11 de febrero de 2004, rec. núm. 119/2002).

En cualquier caso, si se aborda la reflexión desde una visión funcional del derecho, lo adecuado sería considerar que existen suficientes resortes en la interpretación judicial de los derechos de privacidad como para que los tribunales se decidan a dar el salto a considerar que existe un derecho a la intimidad o a la protección de datos, del cual serían titulares las personas jurídicas. Las empresas manejan una gran cantidad de datos personales (fórmulas de productos, secretos comerciales, métodos de fabricación, etc.), así como otros que bien podrían tener carácter personal para terceros, pero de los que también se obtiene un rendimiento económico por su secreto (listas de clientes y proveedores, información bancaria, asesores, etc.). Por ello, no es impensable barajar que las empresas pudieran disponer de una suerte de intimidad societaria o vida privada social reconocida constitucionalmente. Desde el momento en que se reconoció la existencia de personas jurídicas como entidades ficticias que pueden ser sujetos de derechos y obligaciones como si de personas físicas se tratase, existen indicios suficientes para defender que esta extensión también puede producirse en el terreno de los derechos fundamentales, tal y como ya ha reconocido el Tribunal Constitucional, incluso en derechos personalísimos como el honor (STC 139/1995, de 26 de septiembre) y en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 119/1991, de 3 de junio), o con la inviolabilidad domiciliaria (STC 137/1985, de 17 de octubre), y asumir que al igual que las personas físicas tienen su esfera íntima o privada, y disposición sobre sus propios datos, las personas jurídicas también han de contar legítimamente con una esfera propia que debe permanecer ajena al conocimiento de los demás, al menos en la medida en que ello suponga una mejor protección de los intereses personales ligados a la dignidad, que se desarrollan en un entorno empresarial y que quedan plasmados en multitud de soportes, en documentación física o en soporte informático.

### 3.2. La protección de la confidencialidad en los espacios empresariales a través de la inviolabilidad del domicilio

Como punto de partida, si en algo podemos incidir es en las menores reticencias que se observan para reconocer la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, en contraposición con los otros derechos relativos a la protección de la vida privada, pese a tratarse de un derecho fundamental ubicado en el mismo precepto constitucional que los anteriores (art. 18 CE). No obstante, su previsión diferenciada en el apartado 2 ya nos apunta hacia una determinada autonomía respecto de los anteriores, lo que se contrapone con su reconocimiento en el ordenamiento europeo, en los artículos 8 de

la CEDH y 7 de la CDFUE, unida en ambos casos con la intimidad personal y familiar. Ello supone que dicho derecho esté sometido a sus propios límites: consentimiento por parte del titular, preceptiva resolución judicial motivada y comisión de un delito flagrante; pero también a sus garantías, como son la aplicación de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales y el acceso al recurso de amparo (art. 53.2 CE), garantías que no puede alcanzar la confidencialidad empresarial por su mera conexión con la libertad de empresa. En la medida en que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria alcance los lugares empresariales, estas previsiones les resultarán aplicables.

Además, la entrada en sedes y locales que encajen en el concepto constitucional de domicilio deberá ser adecuada, necesaria y estrictamente proporcional o, de lo contrario, aquella podrá ser considerada inconstitucional. De este modo ha sido reconocido en los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia: la STS 1343/2019, de 10 de octubre, y, muy especialmente, la STS 1231/2020, de 1 de octubre, relativos a la constitucionalidad de la entrada y registro efectuada en un domicilio protegido. Concretamente, en esta última se afirma que «no se puede acceder al domicilio definido en el artículo 18.2 de la Constitución española con un propósito meramente prospectivo o indeterminado», ya que para excluir la aplicación del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio será precisa «la presencia de un bien constitucionalmente protegido», como es el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del artículo 31.1 de la CE. La sentencia, como consecuencia de esta conexión que establece entre su supuesto de hecho (el registro de un domicilio empresarial por parte de Hacienda únicamente respaldado por la declaración de la empresa de beneficios inferiores a las demás empresas del mismo sector) y la inviolabilidad domiciliaria constitucional, sostiene que Hacienda no puede registrar un domicilio empresarial «para ver qué se encuentra» o fundamentándose en una mera intuición o corazonada, y que, por consiguiente, es preciso que el auto que autoriza la entrada incluya una motivación fundada en datos creíbles y suficientes facilitados por la Administración y que el juez adopte la decisión aplicando el correspondiente test de proporcionalidad. Mientras no exista una ley orgánica que desarrolle la inviolabilidad domiciliaria y que precise los intereses contrapuestos que pueden justificar el acceso y registro al domicilio empresarial más allá de los requisitos expresos del artículo 18.2 de la CE, la inconstitucionalidad o no del acceso seguirá dependiendo de la aplicación del principio de proporcionalidad.

### 3.2.1. Extensión del bien jurídico protegido de la inviolabilidad del domicilio a la vida privada

Existen dos posiciones doctrinales básicas respecto a cuál es el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio. Una primera, de la que es exponente Matia Portilla (1997, p. 150), considera que el bien jurídico protegido de la inviolabilidad del domicilio es la intimidad, mostrando su rechazo a la titularidad de este derecho por parte de personas jurídicas, pero también por empresarios individuales y trabajadores (p. 219). En cambio, la segunda, abanderada por Espín Templado (1991, p. 46) y por González-Trevijano Sánchez

(1992, p. 129), identifica el bien jurídico protegido por la inviolabilidad del domicilio con la vida privada, de mayor amplitud que la intimidad, lo que abre la puerta a admitir la titularidad de la inviolabilidad del domicilio por parte de las empresas, en cuanto entidades societarias que constituyen personas jurídicas, pero también cuando estas están constituidas por una persona física. Más confusa resulta la posición de Rebollo Delgado (2005, pp. 314 y 315), para quien, pese a que la inviolabilidad del domicilio entronca con la intimidad, ello no excluye que, a través de este, se proteja también la vida privada, en la medida en que este último concepto engloba a aquel.

Conforme se señala en la STC 22/1984, FJ 5.º, el bien jurídico protegido a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio no es solo el espacio físico, sino todo lo que haya en él que sea emanación de la persona y de su esfera privada. Por ello es tan relevante la extensión que otorguemos al concepto de vida privada, ya que dependiendo de su amplitud la inviolabilidad del domicilio podrá alcanzar o no la protección de los datos empresariales. Y es que, si se optase por una acepción amplia, el bien jurídico protegible a través de este derecho podría incluir la información que exista en el lugar físico, es decir, aquella de carácter privado que la persona posea en el mismo, pudiendo ser esta la que se utiliza en el desempeño de la actividad empresarial o profesional. En cambio, si se optase por una acepción reducida, vinculada a la esfera íntima de la persona, como ese núcleo irreductible de máxima reserva que posee el individuo, dicha información no podría ser salvaguardada a través de la protección que otorgaría la inviolabilidad del domicilio a la empresa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido, con carácter general, que el bien jurídico protegido de la inviolabilidad del domicilio es la vida privada (STC 137/1985, de 17 de octubre). Sin embargo, la interpretación que ha efectuado de dicho concepto ha sido restrictiva, como sinónimo de vida íntima (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.º), lo que resulta contradictorio con la vinculación que tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha rechazado entre la inviolabilidad del domicilio y la intimidad cuando el titular del bien jurídico protegible es una persona jurídica. De hecho, el Constitucional no tuvo reparos en reconocer tempranamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, a la vez que se oponía drásticamente en la misma sentencia a pronunciarse en el mismo sentido respecto al derecho a la intimidad (STC 137/1985), lo que no deja de resultar contradictorio, en la línea de lo expuesto por Figueroa Navarro (1998, pp. 109 y 110), pese a que la diferente solución en un caso y otro podría deberse al distinto enfoque que tienen el fundamento originario de estos derechos.

### 3.2.2. Extensión del concepto de domicilio constitucional aplicable a entidades empresariales

La inviolabilidad del domicilio no ofrece una protección directa de los datos empresariales, sino que esta se consigue a través de la salvaguarda del acceso y registro al domicilio en que aquellos se encuentren. Por ello, solo en el caso de que seamos capaces de

atribuir las garantías de la inviolabilidad domiciliaria reconocida constitucionalmente a lugares en los que se desarrolla la actividad empresarial, será posible afirmar que existe una suerte de protección indirecta de la información empresarial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha tratado de aportar una definición constitucional de domicilio aplicable a personas jurídicas que no se corresponde con la que emplea para las personas físicas. Concretamente, en el FJ 2.º de la STC 69/1999, de 26 de abril, se define como domicilio constitucional a esos efectos

los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

El Tribunal Constitucional, en contraposición con lo que considera en la definición de domicilio de las personas físicas que acuñó en el FJ 5.º de la STC 22/1984, de 17 de febrero, no exige que haya alguien habitando el espacio físico. En su lugar, el Constitucional señala que el domicilio debe operar como «centro de dirección» o servir para la «custodia de documentos u otros soportes». Por esta vía el Tribunal Constitucional está incluyendo dentro del bien jurídico protegible del derecho a la inviolabilidad domiciliaria la información confidencial, con potencial valor económico, que la empresa societaria utilice para el desarrollo de su actividad principal. Se reconoce una suerte de protección indirecta de datos empresariales que se predica de la inviolabilidad del domicilio. A partir de la construcción de este concepto se empieza a dar cabida a que la inviolabilidad domiciliaria se extienda a lugares de almacenamiento de información y bases de datos de empresas.

La interpretación extensiva del concepto de domicilio constitucional de las personas jurídicas a efectos de proteger la confidencialidad empresarial merece una valoración positiva. Con ello se protege no ya la información de carácter estrictamente personal existente en el domicilio relativa a las personas que integran la organización, sino la protección de información derivada de las actuaciones profesionales y empresariales, conforme al entendimiento que el TEDH ha mostrado de la vida privada. Esta mayor extensión sería, además, acorde con el más amplio alcance con que se protege el domicilio en países como Italia y Alemania. A la contra, en el ordenamiento francés se ha adoptado una posición restrictiva respecto a la extensión de la inviolabilidad del domicilio que afecta únicamente a la morada y proscribire su extensión al ámbito profesional y a las personas jurídicas, tal y como señala Matia Portilla (1997, p. 182).

En Italia, el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene como bien jurídico protegido la vida privada o *riservatezza*, al igual que para el Tribunal Constitucional español. Su salvaguarda alcanza a lugares en los que se desarrollan actividades tanto de carácter doméstico como profesional, extendiendo el derecho a espacios tales como un establecimiento

industrial (Matia Portilla, 1997, p. 183). En Alemania, la protección del domicilio constitucional se extiende a las personas jurídicas, aunque con menor intensidad que para las físicas, tesis bajo la que subyace que en el caso español se ofrezcan distintos conceptos constitucionales de domicilio para un tipo de personas y para las otras. Fue Nieto García (1987, pp. 29-33) el autor que trajo esta doctrina a España, quien se mostró muy crítico con que el Tribunal Constitucional español hubiera configurado la noción de domicilio para las personas jurídicas desde el punto de vista de la intimidad, por considerar que su protección era insuficiente, lo que aún con posterioridad a la delimitación de un concepto constitucional de domicilio autónomo aplicable a las empresas en la STC 69/1999, el Constitucional continuó haciendo en alguna ocasión (STC 283/2000).

### 3.2.3. El problema de la extensión de la inviolabilidad del domicilio a los locales pertenecientes a empresarios individuales o profesionales autónomos

Por último, se va a hacer referencia a la extensión de la inviolabilidad del domicilio a los despachos y locales pertenecientes a empresarios o profesionales que son personas físicas, por tratarse de un supuesto que guarda una conexión más intensa con el desarrollo de la dignidad y la vida privada en el desarrollo de la actividad empresarial.

Mientras que Matia Portilla (1997, p. 221) aboga por la no inclusión de los despachos en el concepto constitucional de domicilio, si bien sugiriendo la conveniencia de mantener una especial protección de despachos de abogados o médicos, por razón de las informaciones confidenciales de terceros que existen en los mismos, Gómez Orea (1991, p. 119), fundamentándose en la definición de domicilio que utiliza la Organización Internacional del Trabajo, que entiende que la protección constitucional del domicilio no alcanza a locales y centros de trabajo, sí incluye los despachos en el concepto constitucional de domicilio, siempre y cuando no se desarrolle en ellos una actividad sometida a normas laborales o de la Seguridad Social, y estén dedicados al uso personal de la gestión directiva del titular, aislado de acceso al público o de los trabajadores. En similares términos, Espín Templado (1991, p. 51) consideró que los despachos y oficinas pueden constituir domicilio constitucional cuando se trate de locales particulares.

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse de forma expresa sobre la consideración como domicilio constitucional de los despachos profesionales de personas físicas. Si bien, existen argumentos suficientes como para pensar que el Constitucional adoptaría una posición contraria a su inclusión. Por una parte, la extensión de la noción de domicilio constitucional que hizo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 69/1999, FJ 2.º, se hizo respecto a las personas jurídicas, pero no respecto a las personas físicas, pese a que estas también disponen de espacios físicos en los que desarrollan actividades de carácter empresarial o profesional, tal y como ha apuntado Álvarez Martínez (2007, pp. 165 y 166). Por otra parte, la aplicación del concepto de domicilio de persona física que se contempló

en la STC 22/1984, FJ 5.º, claramente vinculado al desarrollo de la intimidad del ser humano, no alcanzaría a estos despachos. Y tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parecería favorable a su consideración como domicilio constitucional: el ATC 171/1989 negó la condición como tal de despachos de una empresa societaria aplicando los criterios de la noción de domicilio de las personas físicas; y la más reciente la STC 10/2002, de 17 de enero, en su FJ 2.º, excluyó que habitaciones de hotel utilizadas para el desarrollo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otro tipo pudieran tener consideración de domicilio constitucional, decisión la cual, *mutatis mutandis*, podría ser aplicable al supuesto de los despachos profesionales.

Sin embargo, esta solución sería contraria a la jurisprudencia del TEDH, que ha extendido el concepto de domicilio a los locales profesionales, englobando, por ejemplo, el despacho de una profesión liberal o el de una empresa dirigida por una persona privada. Así, en la STEDH Petri Sallinen y otros contra Finlandia, de 27 de septiembre de 2005, el tribunal recuerda que la palabra «domicile» en la versión francesa del artículo 8 tiene una connotación más amplia que la palabra «home» (en la versión inglesa), por lo que cabe la extensión de la protección del domicilio tanto a despachos profesionales como a oficinas de personas jurídicas, sedes y otros locales de negocios. Esta concepción de «domicilio» también se contempla en la STEDH Buck contra Alemania, de 28 de abril de 2005, ap. 31; la Sentencia Chappell contra el Reino Unido, de 30 de marzo de 1989, aps. 26 y 51; y la Sentencia Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992, aps. 29-31.

A efectos de otorgar una hipotética cobertura constitucional a los despachos de los profesionales liberales, el Tribunal Constitucional debería adoptar una acepción más amplia de vida privada, como fundamento de la inviolabilidad domiciliaria, que alcance la faceta profesional, así como las relaciones y actividades que se ponen en marcha en el desarrollo de esta (Sánchez Navas, 2011, pp. 176 y 177), en aplicación del mandato de «interpretación conforme» de los derechos fundamentales que contiene el artículo 10.2 de la CE y que obligaría a delimitar la noción constitucional de domicilio conforme a la extensión contemplada por la jurisprudencia del TEDH. Y es que, a mi parecer, la inviolabilidad del domicilio que trata de proteger no es la intimidad (de eso ya se encarga el art. 18.1 CE), sino otras facetas de la vida privada de las personas físicas. Tampoco es un derecho pensado para tutelar intereses económicos (esa esfera económica se halla tutelada por la libertad de empresa y, posiblemente, por el derecho de propiedad), sino de carácter personal. Lo que este derecho trata es de preservar una esfera de privacidad en la que la empresa constituida como persona jurídica mantenga un control de sus propios aspectos legítimamente susceptibles de reserva, de igual manera que las personas físicas pueden hacerlo respecto a sus actuaciones. Por tanto, no sería adecuado limitar el bien jurídico protegible de la inviolabilidad del domicilio, al menos desde la perspectiva de la protección de la confidencialidad de la empresa, sino respetar esa expectativa de privacidad respecto a esa información que la persona, aunque sea jurídica, legítimamente desea mantener ajena al conocimiento de terceros, entre la que se encuentran los distintos tipos de información de la empresa, que antes se han definido como integrantes del ámbito susceptible de generar un deber de confidencialidad.



## 4. Conclusión

La confidencialidad empresarial es un concepto cuyo contenido se asemeja más al concepto más amplio de privacidad que al de intimidad, lo que no obsta que en el desempeño de la actividad empresarial se desarrollen actuaciones estrictamente ligadas a la dignidad personal. La amalgama de datos, empresariales y personales, que atesoran las entidades societarias y las empresas individuales, no solo encuentran su salvaguarda a través del artículo 38 de la CE y del artículo 18.4 de la CE desde el punto de vista de las personas físicas, sino que también, bien sea con carácter instrumental, en el artículo 18.2 de la CE relativo a la inviolabilidad domiciliaria. En ocasiones concurre la aplicación de distintos derechos sobre una misma información o espacio empresarial, por lo que procederá aplicar un criterio de especialidad que identifique si procede la aplicación de un derecho u otro, si bien teniendo en cuenta que la tutela ofrecida por la confidencialidad empresarial en el marco de la libertad de empresa será menor que la concerniente cuando el acceso a dicha información se produzca mediante el acceso a un local, establecimiento o despacho que reciba la consideración de domicilio constitucional susceptible de inviolabilidad, dado la pertenencia de este derecho a la sección primera del capítulo II del título I de la CE.

En cualquier caso, este concepto de domicilio constitucional aplicable a entidades societarias y empresarios individuales debe ser lo más amplio posible, tal y como se extrae de la jurisprudencia internacional. El reconocimiento de una «esfera privada societaria o profesional» cuyo acceso, consulta o registro sea ajena a terceros es acorde a la interpretación extensiva que el TEDH ha hecho del concepto de «vida privada» contemplado en el artículo 8 de la CEDH, y que es aplicable tanto a la actividad societaria como, muy particularmente, a los espacios en los que empresarios individuales y profesionales liberales desarrollan su actividad. El Tribunal Constitucional español, que había reconocido la titularidad de la inviolabilidad domiciliaria por parte de las personas jurídicas en su Sentencia 137/1985, sin embargo, había aplicado una noción muy restrictiva del bien jurídico protegible de este derecho. No será hasta su Sentencia 69/1999 en la que el Constitucional establezca una definición constitucional de domicilio aplicable a las personas jurídicas que, pese a suponer un acierto en la medida en que amplía su extensión respecto al concepto de domicilio aplicable a las personas físicas, desligándolo de la intimidad, solo alcanza a los establecimientos reservados al conocimiento de terceros, lo que deja fuera de la aplicación de este derecho fundamental determinados lugares en que se desarrolla una actividad profesional o económica, tales como gestorías, clínicas o despachos de abogados, a los que ni tan siquiera queda claro si se les aplica el concepto constitucional para personas físicas o para personas jurídicas en aquellos casos en que el local pertenece a un empresario individual o profesional liberal. Por esta razón, el Tribunal Constitucional, en cuanto tenga ocasión de ello, debería clarificar mejor qué espacios empresariales concretos protege la inviolabilidad del domicilio, tarea que aún no ha hecho, ampliando su alcance a cualquier establecimiento profesional en que exista información relativa a la vida privada de personas físicas o en la que el individuo desarrolle la actividad empresarial como manifestación de su dignidad (entre otras, STEDH Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992). Solo de esta



manera, mediante la aplicación del mandado de «interpretación conforme» del artículo 10.2 de la CE a la noción constitucional de domicilio empleada en España, la confidencialidad de los espacios empresariales quedará garantizada en España por esta vía, conforme a los estándares exigidos por la jurisprudencia internacional.

En definitiva, la confidencialidad de datos empresariales se articula como un derecho subjetivo (y un principio) derivado de la libertad de empresa, que cuenta con sus mismas garantías constitucionales, pero que también presenta otras dimensiones, una de las cuales conecta con la inviolabilidad de domicilio. En aquellos espacios de titularidad empresarial que encajan en una noción constitucional amplia de domicilio, la información que se encuentra en tales lugares dispone de una suerte de protección indirecta adicional, que superaría las garantías constitucionales que corresponden al derecho a la confidencialidad empresarial en virtud de su vinculación con la libertad de empresa. Dígase que es posible atisbar que existe una determinada esfera empresarial cuyo acceso y registro está sometido al principio de proporcionalidad, a una serie de límites (consentimiento por parte del titular, preceptiva resolución judicial motivada y comisión de un delito flagrante) y a las garantías constitucionales propias de la inviolabilidad domiciliaria, contempladas en el artículo 53.2 de la CE. Esta constituye, sin duda, una conclusión de gran relevancia, en cuanto supone una puerta de entrada a una eventual regulación mediante ley orgánica que delimite claramente en qué supuestos existen bienes constitucionales contrapuestos ante los que la reserva empresarial debe ceder, así como admite la posibilidad de que su control pudiera ejercitarse a través del recurso de amparo, bien sea ordinario o constitucional.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Martínez, J. (2007). *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*. La Ley.
- Aragón Reyes, M. (1999). El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 13-36.
- Arzo Santisteban, X. (2009). Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. En I. Lasagabaster Herrarte (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 293-389). Civitas.
- Byung-Chul, H. (2014). *La sociedad de la transparencia*. Herder.
- Carrasco Andrino, M.<sup>a</sup> M. (1998). *La protección penal del secreto de empresa*. Cedecs.
- Casas Vallés, R. (1987). Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 169-198.
- Espín Templado, E. (1991). Fundamento y alcance de la inviolabilidad del domicilio. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, 39-53.

- Figueroa Navarro, M.<sup>a</sup> C. (1998). *Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*. Edisofer.
- García Vitoria, I. (2008). *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez Montoro, A. (2002). La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 49-105.
- Gómez Orea, M. (1991). El derecho de las personas jurídicas a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de la Inspección de Trabajo. *Relaciones Laborales*, 9, 1.387-1.395.
- González Murúa, A. R. (1993). Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio. *Revista Vasca de Administración Pública*, 37, 227-270.
- González-Trevijano Sánchez, P. J. (1992). *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos.
- Gordillo Pérez, L. I. (2020). La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio. En F. J. Matia Portilla y G. López de la Fuente. *De la intimidad a la vida privada y familiar* (pp. 85-114). Tirant lo Blanch.
- Haza Díaz, P. de la (1988). Observaciones a una STC sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3, 811-819.
- Matia Portilla, F. J. (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill.
- Morón Lerma, E. (2002). *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*. Aranzadi Thomson-Reuters.
- Nieto García, A. (1987). Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria. *Revista de Administración Pública*, 112, 7-60.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. y Alfaro Real, J. (2018). Comentario al art. 38 CE. En VV. AA. *Comentarios a la Constitución Española* (tomo I, pp. 1.247-1.274). BOE.
- Queralt Jiménez, J. J. (1990). La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos: especial referencia a la de las empresas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 41-64.
- Razquin Lizarraga, M. M.<sup>a</sup> (2013). *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las administraciones públicas (Unión Europea y España)*. Iustel.
- Rebollo Delgado, L. (2005). *El derecho fundamental a la intimidad* (2.<sup>a</sup> ed.). Dykinson.
- Rosado Iglesias, R. (2004). *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez Navas, M.<sup>a</sup> M. (2011). ¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria? *Revista de Derecho Político*, 81, 155-198.
- Suñol Lucea, A. (2009). *El secreto empresarial. Un estudio sobre el artículo 13 de la Ley de competencia desleal*. Civitas-Thomson Reuters.
- Warren, S. D. y Brandeis, L. D. (1890). The right to privacy. *Harvard Law Review*, IV(5), 193-220.

## Desahucio: validez de la consignación enervatoria subsidiaria

**Adelaida Medrano Aranguren**

*Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

### Enunciado

El arrendador de una vivienda ha presentado una demanda de desahucio contra su inquilina en reclamación de un total de 4.000 euros; de esta cantidad 2.000 euros responden a una reclamación del IBI, mientras que el resto reclamado corresponde a otras cantidades asimiladas a renta en concepto de servicios y suministros diversos.

Tras haber sido emplazada la arrendataria, la misma ha manifestado su oposición a la cantidad reclamada y, solo para el supuesto de que la demanda fuese estimada y al objeto de evitar la resolución de su contrato de arrendamiento, ha consignado en la cuenta del juzgado un total de 4.000 euros para pago y para enervar la acción de desahucio de forma subsidiaria.

El juzgado ha dictado sentencia y ha desestimado la demanda sustancialmente, admitiendo solo que la arrendataria es deudora de los 2.000 euros del IBI, rechazándose el resto de cantidades reclamadas y declarando enervada la acción de desahucio.

El arrendador estima que no es posible jurídicamente aceptar esta consignación para pago enervatorio de forma subsidiaria, pues ello vulnera necesariamente los términos de los artículos 22 y 440 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) en relación con esta institución, y además ello es constitutivo de incongruencia dentro de la sentencia misma.

¿Cabe en el desahucio consignar por parte de la arrendataria para enervar la acción de desahucio de forma subsidiaria, tras haberse opuesto a la demanda como contestación principal, y solo para evitar la resolución del contrato por si se estima la demanda?

Cuestiones planteadas:

1. Desahucio por reclamación de cantidades asimiladas a renta: admisión de la consignación de forma subsidiaria para enervar la acción de desahucio.
2. Jurisprudencia en la materia.

## Solución

El objeto del proceso consiste en el ejercicio de una acción de desahucio por falta de pago de las cantidades debidas por la arrendataria, en concepto de IBI, servicios y suministros, así como acumulada una pretensión de condena a abonar al arrendador demandante las cantidades adeudadas, por tales conceptos, en cuantía de 4.000 euros.

La arrendataria se opuso a la demanda. Consideró no debidas las cantidades reclamadas, no obstante, para el supuesto de que su pretensión no fuera atendida, consigna para pago, con carácter subsidiario, la cantidad postulada en la demanda de 4.000 euros, al considerar además que no había perdido la posibilidad de enervar la acción ejercitada.

Como vemos, la sentencia dictada en la instancia admite la consignación para pago para enervar, solo como pretensión subsidiaria para el caso de que la demanda pudiera ser estimada; ahora bien, también ha desestimado la demanda mientras declara que la demandada sí debía el IBI, siendo así que ello puede resultar incongruente.

En primer lugar, debe examinarse si existe incongruencia interna de la sentencia que condena al pago de 2.000 euros correspondiente a recibos de IBI y no obstante desestima «sustancialmente» la demanda.

En lugar de estimar la pretensión de desahucio y declarar resuelto el contrato (o bien declara enervada la acción), acuerda en su lugar la «desestimación sustancial de la demanda», pronunciamiento que no encuentra fundamento legal ni jurisprudencial (solo existe como creación jurisprudencial en orden a decidir la condena en costas la llamada «estimación sustancial»).

Ante la situación descrita existe un primer planteamiento jurídico que rechaza la posibilidad de una pretensión subsidiaria del arrendatario encaminada a enervar, en su caso, la acción contra ella interpuesta.

Cabría pensar que con ello la sentencia incurre en la denominada incongruencia interna, entendida como contradicción entre los fundamentos y el fallo de la propia resolución. Así lo recuerda la STS 215/2020, de 1 de junio (rec. núm. 2849/2017):

Como hemos declarado, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo (NCJ061292) y 484/2018, de 11 de septiembre, la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre fundamentación jurídica y fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero [NCJ040704]; 140/2006, de 8 de mayo, y 127/2008, de 27 de octubre [NCJ046829]).

Pues bien, si la cantidad reclamada como IBI era debida y no procedía la enervación, la sentencia no puede sino estimar la pretensión de desahucio y declarar resuelto el contrato de arrendamiento.

En todo caso y en cuanto a la posible enervación, cuestión que es ahora preciso abordar, ciertamente se consignó por el arrendatario el total de lo reclamado en la demanda.

Ahora bien, no obstante lo hasta aquí dicho, se considera que la demandada no podía en este caso enervar la acción, y ello en atención a que en su escrito de oposición se hizo valer la petición de enervación con carácter subsidiario, *ad cautelam*. Acudimos al artículo 440.3 de la LEC, según el cual

en los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

Dos son, pues, las posiciones alternativas y excluyentes (se utiliza la conjunción disyuntiva o) del arrendatario que se opone a la demanda: alegar que no debe todo o parte o bien

alegar las circunstancias de la enervación, esto en caso de que no se haya acordado la posibilidad de enervación *ab initio*. Se sigue de ello la imposibilidad de alegar la enervación de forma subsidiaria como hace aquí la arrendataria.

Así se deja dicho en la STS 72/2013, de 18 de febrero, según la cual «la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha previsto la posibilidad de una enervación *ad cautelam* para discutir después, en el mismo juicio de desahucio, si determinadas cantidades han de ser pagadas o no por el arrendatario».

Atendiendo a la redacción legal vigente en la fecha de interposición de la demanda, el artículo 22.4 de la LEC establecía que

los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

La «terminación» del proceso ha de entenderse a todos los efectos sin que sea posible prorrogar el mismo para la discusión de otras cuestiones, lo que resulta conforme con la inexistencia de efecto de cosa juzgada que se establece respecto de la sentencia que se dicte en tales casos –que haría inútil cualquier esfuerzo procesal posterior a la declaración de «enervación»–, pues, de modo correlativo a la estricta limitación que para la defensa del demandado significa el artículo 444.1 –según el cual solo puede alegar y probar en este juicio el pago o la procedencia de la enervación–, el artículo 447 de la misma ley dispone, en su apartado 2, que las sentencias que se dicten en los procesos que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo «no producirán efectos de cosa juzgada».

Ahora bien, frente a esta tesis, modernamente se lleva a cabo por nuestro Tribunal Supremo una nueva e integradora interpretación de los artículos 22.4 y 440.3 de la LEC, que debe ser tenida en cuenta y que estimamos como la acertada.

El artículo 22.4 de la LEC norma que en

los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el letrado de la Administración de Justicia si, requerido aquel en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 440, paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que

adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida en el artículo 443 de esta ley, tras la cual el juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.

Por su parte, el artículo 440.3 de la LEC establece que

en los casos de demandas en las que se ejercite la pretensión de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, acumulando o no la pretensión de condena al pago de las mismas, el Letrado de la Administración de Justicia, tras la admisión, y previamente a la vista que se señale, requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante este y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

La decisión de la problemática jurídica, que se debate en el presente proceso, exige partir de la base de que el requerimiento previo de pago llevado a efecto por el demandante, con la finalidad de evitar el derecho de la arrendataria de proceder a la enervación de la acción de desahucio, no reúne los requisitos legales para producir los pretendidos efectos, cuestión resuelta por la sentencia de la audiencia.

Descartadas las consecuencias jurídicas derivadas del requerimiento extraprocésal previo de pago al que se refiere el artículo 22.4 de la LEC, es necesario señalar que, una vez admitida a trámite la demanda, corresponde al letrado de la Administración de Justicia requerir al demandante, por el plazo de 10 días, para que:

- a) desaloje el inmueble;
- b) pague al actor;
- c) ejercite su facultad de enervar la acción y, en tal caso, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio;
- d) comparezca ante el tribunal y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la canti-

dad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 440.3 LEC).

Pues bien, en el presente caso, tal y como se plantea el recurso, nos encontramos ante las circunstancias siguientes:

- a) Se ejercitan acumuladamente unas acciones de desahucio por falta de pago de cantidades análogas a la renta, así como de condena a satisfacer las sumas debidas por tales conceptos, lo que constituye una opción legal perfectamente admisible, al amparo del artículo 437.4.3.<sup>a</sup> de la LEC, en cuantía de 4.000 euros, con respecto a un contrato celebrado con antelación a la vigente LAU de 1994, con una renta de 66,11 euros mensuales declarada por la audiencia.
- b) La enervación de la acción era posible, dado que el requerimiento previo de pago no reunía los pertinentes requisitos legales para obviar tal facultad de la arrendataria, cuestión resuelta por la audiencia.
- c) La arrendataria se opuso a la pretensión deducida, señalando las razones por las que, a su juicio, no debe las cantidades reclamadas y, con carácter subsidiario o *ad cautelam*, para el supuesto de que su oposición no fuera jurídicamente refrendada, consigna judicialmente el importe reclamado; posibilidad que le era negada por el demandante, que atribuía valor al requerimiento extraprocésal de pago practicado.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la arrendataria consignó la cantidad reclamada en la demanda; no obstante, en el ejercicio de su derecho de defensa, se opuso a que debiera la suma reclamada. Tal oposición fue estimada parcialmente.

No podemos considerar que, si la ley permite al arrendatario oponerse alegando que no debe en todo o en parte la cantidad pretendida, no quepa una enervación, con carácter subsidiario, oportunamente depositada, sobre el importe efectivamente adeudado, una vez que es judicialmente determinado, y que solo fuera factible una incondicionada consignación para pago, que finalizase el procedimiento de desahucio.

No tiene sentido que se limite de la manera expuesta el derecho de defensa de la parte arrendataria, con la obligación de elegir entre oponerse o consignar, y, por lo tanto, vedándole la posibilidad de negar la deuda, tal y como es pretendida por el demandante y, al mismo tiempo, consignar para el supuesto de que su oposición no fuera estimada y, de esta forma, mantener, por una vez, la vigencia del vínculo arrendaticio concertado.

Procede, en consecuencia, declarar enervada la acción resolutoria del contrato de arrendamiento suscrito (arts. 22.4 y 440.3 de la LEC), todo ello con base en el conjunto argumental expuesto, y se declara enervada la acción de desahucio por falta de pago de las cantidades, consideradas adeudadas en pronunciamiento firme.



Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 22.4 y 440.3
- SSTS de 19 de noviembre de 2021 y 29 de noviembre de 2020.

## Inclusión en fichero de morosos por deudas con bancos

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

### Enunciado

El 12 de marzo de 2016 Luis adquiere una tarjeta de compra de un establecimiento comercial, firmando el contrato y conociendo las condiciones generales del mismo. Durante un tiempo fue pagando las cuotas ordinarias mensuales, pero, a partir de mayo del 2017, dejó un descubierto de 10 cuotas de 40 euros cada una (400 euros). El establecimiento le reclamó verbalmente la deuda a lo largo de los años 2017 y 2018, hasta que se renegó; firmando, Luis, al efecto, una novación con fecha de 12 de febrero de 2019. Como siguieron los impagados, en el domicilio designado por Luis se hicieron varios requerimientos de pago, incluyendo su morosidad en el Registro de Solvencias. La inclusión en el referido fichero se hizo antes del requerimiento de pago. Cuando Luis fue a solicitar un crédito se le denegó porque figuraba inscrito como moroso. Sorprendido, interpuso demanda en defensa de su honor, porque la deuda, en su opinión, no existía, no era líquida y no era exigible, y porque no había sido requerido en forma, considerando que la comunicación a través de un servicio contratado por la mercantil (Promovin) no demostraba la notificación por el solo hecho de que las cartas no hubieran sido devueltas, e indicando, asimismo, que la cuantía era escasa (120 euros) y que, por tan pequeño importe, no se puede registrar ninguna morosidad. Finalmente, la deuda pasó a ser discutida en los tribunales, al considerar Luis que las condiciones pactadas eran nulas, denunciando tanto la nulidad radical y absoluta del contrato de la tarjeta de crédito como, subsidiariamente, la de los intereses de demora. Si bien la demanda se interpone, a elección de él en el juzgado de su domicilio, el juzgado se inhibe, por considerar que la competencia viene determinada por el lugar del domicilio social de la demandada.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Es deuda vencida, exigible, vencida y líquida, y puede ser suficiente para la inclusión en el fichero de morosos? ¿Es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?
- b) ¿Hubo requerimiento de pago en forma? ¿Cabe vulneración del derecho fundamental alegado aunque la inclusión en el fichero de morosos sea anterior al requerimiento de pago?
- c) ¿Se puede considerar bien notificada la deuda a través de los envíos postales y por medio de una empresa contratada al efecto (Promovin)?
- d) ¿Qué órgano judicial es competente territorialmente?

## Solución

- a) ¿Es deuda vencida, exigible, vencida y líquida, y puede ser suficiente para la inclusión en el fichero de morosos? ¿Es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?

En el caso se dice que no pagaba las cuotas, y el obligado (Luis) niega la existencia de la deuda. Parece que el contrato de tarjeta no puede ser discutido, pero tampoco se puede negar que la deuda está judicializada, porque se considera que los intereses son leoninos. Por otro lado, hay cuotas vencidas y no satisfechas. Durante varios meses no se paga la cuota ordinaria de 50 euros. Y, finalmente, la renegociación, la novación de la deuda nos indica que no es posible negar su existencia y el contacto entre el consumidor y la entidad a fin de buscar una solución al pago de lo debido. Por consiguiente, negar la deuda no es posible y negar la relación contractual tampoco. Pero, y esta es la cuestión, ¿la deuda está vencida, es líquida y es exigible? ¿Es válido el impago y el contrato de novación para que Luis sea incluido en el fichero de morosidad?

Lo primero que hay que saber es qué es un fichero de morosos y cómo se regula en la norma los «sistemas comunes de información crediticia» (art. 20 de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), también conocidos como «ficheros de solvencia patrimonial». Ya el Tribunal Supremo, tanto en la Sala 1.<sup>a</sup> como en la 3.<sup>a</sup> distinguía,

por un lado, los ficheros positivos, que trataban los datos obtenidos de registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento; y, por otro lado, los ficheros negativos o de incumplimiento, que se nutrían de datos facilitados por los acreedores. Realmente, los

ficheros de solvencia patrimonial son los primeros que no plantearon, ni de lejos, los problemas que hemos ido conociendo con los registros de incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Pues bien, por un lado, Luis ha sido incluido en el fichero antes del requerimiento de pago; por otro, hay una novación de la deuda que tiene su importancia; y, por lo que aquí nos interesa, la deuda está siendo discutida en los tribunales de justicia.

La síntesis anterior nos lleva a lo siguiente: se admite que la deuda existe, que es posiblemente líquida; ahora bien, ¿es exigible? Y partimos de que se deben dar los tres supuestos. Que sea deuda no se discute, porque el caso narra que se dejan de pagar cuotas y que el deudor renegocia la deuda para intentar extinguirla. Pero si la deuda está ligada a unos intereses que se consideran abusivos, la calidad de los datos y la veracidad son elementos muy a tener en cuenta antes de reclamar o, mejor dicho, antes de registrar a una persona como morosa, pues sucede que una deuda es cierta cuando es indudable, pero no cuando se somete a un litigio. Es este caso, los tribunales de justicia vienen considerando (STS 740/2015, de 1 de marzo; 13/2013, de 29 de enero [NCJ060698]; 176/2013, de 6 de marzo [NCJ057759]; 672/2014, de 19 de noviembre [NCJ059168], y 496/2019, de 27 de septiembre [NCJ064484]) que «la existencia de un proceso judicial o arbitral en el que se esté discutiendo la existencia, cuantía o exigibilidad de la deuda, excluye los requisitos de certeza de los datos personales comunicados a un registro de morosos». Finalmente, los intereses leoninos afectan a la cuantía y al precio final.

La STS de 22 de diciembre de 2015 nos recuerda lo siguiente: si el deudor considera que no debe lo que se le reclama y la cuestión está sometida a decisión judicial, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Puede que la deuda resulte finalmente reconocida, en todo o en parte, por la sentencia y, por tanto, que el dato al final sea veraz. La razón de la inclusión en el fichero es respecto de deudores que no pueden o quieren pagar de modo no justificado, pero no para aquellos que legítimamente están discutiendo con el acreedor la existencia y la cuantía, como es el caso.

Por supuesto que nos estamos refiriendo a casos en los que falta la calidad del dato y la exactitud del mismo; pudiendo concluirse en que no es válida ni legal la inclusión en el fichero de un potencial moroso cuando se está discutiendo judicialmente la deuda. Pero también cabe hacer la siguiente advertencia para cuando la discusión judicial se convierte en una estrategia para el impago. Si Luis hubiera recurrido al juzgado para eludir el pago de una deuda, de tal suerte que se dejara en su voluntad la interpretación del cumplimiento o no de un contrato, el pronunciamiento al respecto sería otro. Con la exposición de otra sentencia del Tribunal Supremo (174/2018, de 23 de marzo [NCJ063123]):

Es posible que la deuda resulte finalmente cierta y por tanto pueda considerarse como un dato veraz, pero no es un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero, que no es la simple constatación de las deudas, sino la solvencia pa-

rimonial de los afectados. Y por ello, solo es pertinente la inclusión de los deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda.

Es decir, distinguimos entre la discusión legítima de una deuda y la judicialización de la misma que encubre una clara voluntad de impago.

Finalmente, daremos una rápida respuesta al último de los interrogantes: ¿es suficiente, asimismo, la cantidad de 120 euros para que se pueda registrar a un moroso?

No es excusa, que impida la inclusión en el fichero, la escasa cuantía debida. El hecho de que la deuda sea de escasa cuantía no implica que el dato no sea pertinente. Si hay certeza y exactitud, la STS 672/2014, de 19 de noviembre (NCJ059168), considera que el impago «no sujeto a una controversia razonable» puede ser indicativo de la insolvencia del deudor. La pertinencia y la proporcionalidad también justifican la inclusión en el fichero.

b) ¿Hubo requerimiento de pago en forma? ¿Cabe vulneración del derecho fundamental alegado aunque la inclusión en el fichero de morosos sea anterior al requerimiento de pago?

La pregunta se subdivide a su vez en otra subpregunta interrelacionada. Decimos que se le requiere de pago. También que se incluye a Luis en el registro de morosos antes del requerimiento de pago. Y apuntamos que los envíos postales al domicilio indicado en el contrato no figuran devueltos, razón por la cual puede entenderse que el consumidor ha sido notificado convenientemente de la deuda.

Cuestión ineludible es que el requerimiento de pago debe contener la advertencia de que, en caso de impago, puede ser incluido en el fichero de morosidad; por consiguiente, la respuesta legal pertinente es que, a falta de aviso previo, no puede preceder el registro en el fichero de morosos como previo al requerimiento.

Porque acerca del requerimiento, según recoge la STS 245/2019 de 25 de abril (NCJ064013),

en la STS 740/2015, de 22 diciembre (NCJ060698), el requisito del requerimiento de pago previo no es simplemente un requisito «formal», de modo que su incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado.

Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

La norma que regula el requerimiento de pago es 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. Y su artículo 38 especifica claramente que solo puede incluirse en el fichero a quien previamente se la haya efectuado el requerimiento de pago. Visto así, la mercantil ha actuado mal, porque se ha adelantado con la inclusión en el fichero. Pero curiosamente la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 20 sobre sistemas de información crediticia nos dice lo siguiente:

Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos: Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe.

Esta ley entró en vigor el 7 de diciembre de 2021.

Como se advierte, en el caso nos referimos a un contrato del año 2016 y la ley anterior entra en vigor el 7 de diciembre de 2021. Parece que no se puede aplicar a este contrato la alusión a la falta de requerimiento previo si el centro ya advertía de esta posibilidad. Ahora es en el contrato donde se puede especificar que se puede requerir de pago sin necesidad de advertencia de inclusión en el fichero cuando ya el contrato lo decía. Suele suceder que así sea y que, en consecuencia, el requerimiento esté bien hecho para todo contrato posterior a esta ley pero no para los anteriores. El caso no lo aclara, pero parece oportuno ilustrar sobre este particular tras la reforma experimentada en esta ley orgánica.

Ahora bien, contestada la cuestión anterior, la pregunta principal es si cabe vulneración del derecho fundamental al honor en este supuesto. Diríamos que sí por el defecto formal del requerimiento de pago, alegando esencialmente la sentencia del Supremo en la medida en que no se trata de un mero requisito formal, sino de evitar errores con personas no morosas. Sin embargo, la pregunta encierra una trampa: hubo una renegociación de la deuda que nos permite afirmar el conocimiento de la misma, su no cuestionamiento, y una voluntad clara de no pagarla. Por consiguiente, aquí nos hallamos ante dos realidades jurídicas: a) no se cumple con el requisito del artículo 38 y b) el posible decaimiento del requisito del requerimiento de pago ante la actitud renuente del deudor.

La renegociación de la deuda puede ser prueba bastante del reconocimiento de la misma por Luis. No se trata de cuestionar una deuda sino de no pagarla a sabiendas, sin que pueda dejarse a la voluntad de una de las partes la interpretación de su existencia o no. La finalidad del requerimiento, en realidad, decae ante la actitud renuente del deudor a cumplir con la obligación derivada del contrato suscrito.

La STS 245/2019 (NCJ064013) sobre la certeza nos dice

que no significa que la oposición del deudor, «por injustificada que resulte, suponga que la deuda es incierta o dudosa, porque en tal caso la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia, cualquiera que fuera el fundamento de su oposición, para convertir la deuda en incierta» (STS 562/2020, de 27 de octubre).

Nos dice el Tribunal Supremo lo siguiente:

El recurrente no se vio sorprendido por tal inclusión, y la finalidad del requerimiento había decaído. No era necesario el requerimiento para que tuviese plena certeza de que no era posible llegar a un acuerdo o solución o la posibilidad de explorar vías para conseguirlo, pues hacía tiempo que la acreedora se prestó a ello y accedió a la novación, sin que el recurrente hiciese frente a lo comprometido en la novación. Durante esta y los actos posteriores su conducta ha sido totalmente pasiva, con abandono de toda negociación para saldar la deuda. La acreedora no la sorprende en plena negociación, con inclusión en el registro de solvencia. (STS 563/2019 [NCJ064401], [Civil], Sec. 1.<sup>a</sup>, de 23 de octubre de 2019, rec. núm. 6010/2018, y la de 14 de julio de 2020, 422/2020 [NCJ065111], rec. núm. 4943/2019).

En conclusión, en este caso me inclino por pensar que el requerimiento, aun defectuoso, no impide la inclusión de Luis en el fichero, porque nunca tuvo intención de pagar y no se puede escudar en que le sorprendió verse reflejado como moroso.

c) ¿Se puede considerar bien notificada la deuda a través de los envíos postales y por medio de una empresa contratada al efecto (Promovin)?

Un envío masivo de notificaciones no es suficiente para poder acreditar que se hace bien el requerimiento de pago. No es la cantidad sino la calidad. Y no es el número de ellos, ni siquiera el medio empleado, sino la constancia fehaciente de que se ha comunicado la deuda y de que el receptor los sabe. Pues bien, la entidad mercantil utiliza los servicios de Promovin, que realiza el envío postal de numerosos requerimientos de pago a Luis, y este dice que no ha recibido ninguno. Se alega por la empresa que las cartas no han sido devueltas, como un síntoma de su recepción, y que fueron entregadas en el domicilio que se hizo constar (en el contrato original o donde o cuando sea). En el caso, la cuestión, una vez más, es saber si

la comunicación es correcta, lo que hace correcto el requerimiento de pago. Porque no cabe duda de que, además de las cartas postales, existen otros medios como el telegrama, los correos electrónicos, las comunicaciones telefónicas, etc. que permiten dejar constancia de la comunicación. A falta de estas otras alternativas, la jurisprudencia viene considerando que la no comunicación de la devolución no implica necesariamente la recepción correcta y formal del requerimiento. (SAP de Asturias 357/2021, Sec. 5.ª, de 15 de octubre de 2021, rec. núm. 304/2021). Y ello implicaría la vulneración del artículo 38.1 c) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de protección de datos. La STS 13/2013, de 29 de enero (NCJ057650), nos recuerda lo siguiente: «si bien no consta probado de forma fehaciente el envío, lo cierto es que la Ley no exige esta fehaciencia, y sí figuran elementos indiciarios de que la comunicación y requerimiento se realizó». Esto abunda en lo dicho anteriormente; es decir, que si siendo esas otras formas alternativas de comunicación, podemos llegar a la conclusión de que la notificación es correcta, pero a falta de ellas el envío postal y la no devolución de la carta no significa precisamente ejecutivo, especificado en el artículo 38 de la ley.

d) ¿Qué órgano judicial es competente territorialmente?

Dijimos que la deuda pasó a ser discutida en los tribunales, al considerar Luis que las condiciones pactadas en el contrato de tarjeta de compra eran nulas, especialmente los intereses. Si bien la demanda se interpone, a elección de él, en el juzgado de su domicilio, y este se inhibe por considerar que la competencia viene determinada por el lugar del domicilio social de la demandada. Hay, por consiguiente, una acumulación de acciones: de un lado están las condiciones generales del contrato y por otro la cláusula de intereses usurarios abusivo por impago de la deuda (art. 71.4 LEC).

Dispone el artículo 53 de la LEC:

Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

Según este artículo, la acción cualitativa es el fundamento de la competencia, pues pretende conseguir el fin esencial de la litis, antecedente o base para el éxito de la pretensión.

La acción de nulidad del contrato de tarjeta, con fundamento en la Ley Azcárate, es la principal con relación a la otra que pretende declarar nulos los intereses abusivos remuneratorios, por falta de información y transparencia (ATS de 24 de noviembre de 2020, rec. núm. 188/2020).

Tenemos otro artículo de referencia para resolver esta cuestión. Es el 52.1.14.ª de la LEC. Dice así:



## Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales.

1. No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

Por consiguiente, si la tarjeta de crédito del caso contiene cláusulas nulas derivadas de condiciones generales de la contratación, aparentemente, y según este artículo, la competencia vendría determinada por el domicilio de Luis, el consumidor.

A este respecto, el ATS de 9 de abril de 2019 (conflicto 37/2019), que a su vez se remite al ATS de 25 de octubre de 2017 (conflicto 106/2017) indicó que:

En este caso, la competencia territorial de la acción ejercitada con carácter subsidiario viene determinada por el art. 52.1.14.º de la LEC, que prevé la competencia del juzgado del domicilio del demandante, puesto que en ella se solicita la declaración de nulidad de determinadas condiciones generales por considerarlas abusivas. Pero en la principal, acción de nulidad radical absoluta y originaria del contrato, no es aplicable ninguno de los fueros competenciales previstos en los diversos apartados del art. 52.1 de la LEC.

Como quien ejercita la acción es un consumidor, es aplicable la regla competencial del artículo 52.3 de la LEC, conforme a la cual «será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51». Dado que la demandada es de persona física, es el artículo 51.1 de la LEC, que prevé que sea demandada en el lugar de su domicilio o en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

En tal sentido se pronuncia el ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 1 de diciembre de 2020, rec. núm. 204/2020; citando en el mismo sentido el ATS de 17 de marzo de 2020 (conflicto 29/2020). Más recientemente, ATS (Civil), Sec. 1.ª de 27 de abril de 2021, rec. núm. 276/2020, según se menciona, en línea con lo declarado por esta sala en ocasiones anteriores (Autos de 21 de julio de 2020, conflicto 83/2020; 17 de marzo de 2020, conflicto 29/2020; 30 de junio de 2020, conflicto 94/2020; 9 de abril de 2019, conflicto 37/2019; 25 de octubre de 2017, conflicto 106/2017, y 13 de abril de 2021, conflicto 296/2020). Más recientemente, y en este sentido, con aplicación del artículo 52.3 de la LEC, el ATS (Civil), Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2021, rec. núm. 110/2021.

Por consiguiente, en los distintos supuestos donde se contempla la posible competencia para esta caso, el artículo 52.1.14 y el 52.3 (incluso diríamos el 52.2), la jurisprudencia resuelve definitivamente que sea el número 3 del 52, que nos dice lo siguiente:

Cuando las normas de los apartados anteriores no fueren de aplicación a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51.

Luis, en definitiva, ha elegido su domicilio, sin embargo, el juzgado se inhibe en favor del juzgado del domicilio social de la demandada. Craso error por lo que se ha dicho, pues el foro alternativo aplicable es el del artículo 52.3 de la LEC, porque la acción principal es la de nulidad radical absoluta y originaria del contrato de tarjeta de crédito contratada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), art. 20.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 50, 51, 52, 53 y 71.4.
- Real Decreto 1720/2007 (Reglamento de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal), art. 38.
- SSTS 245/2019, de 25 de abril, Sec. 1.<sup>a</sup>, en la STS 740/2015, de 22 diciembre; 563/2019, Sec. 1.<sup>a</sup>, de 23 de octubre, rec. núm. 6010/2018; de 1 de junio de 2021, Sec. 1.<sup>a</sup>, rec. núm. 110/2021, y 422/2020, de 14 de julio, rec. núm. 4943/2019.
- AATS de 25 de octubre de 2017, conflicto 106/2017; 9 de abril de 2019, conflicto 37/2019; 17 de marzo de 2020, conflicto 29/2020; 30 de junio de 2020, conflicto 94/2020; 21 de julio de 2020, conflicto 83/2020; 1 de diciembre de 2020, rec. núm. 04/2020; 13 de abril de 2021, conflicto 296/2020; 27 de abril de 2021 (Civil), Sec. 1.<sup>a</sup>, rec. núm. 276/2020.
- SAP de Asturias 357/2021, Sec. 5.<sup>a</sup>, de 15 de octubre de 2021, rec. núm. 304/2021.

# Competencia y procedimiento para la tramitación de subvenciones y bases de convocatoria

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.-*

## Enunciado

En los presupuestos generales del Estado se consigna una subvención de fomento en favor de la Comunidad Autónoma de Extremadura con destino a que los propietarios de determinadas fincas rústicas, calificadas como montes, procedan a la reforestación de aquellos, toda vez que por la erosión del terreno se encontraban muy deteriorados. Se determina, al respecto, que la gestión de estos fondos y el procedimiento de subvención se llevará a cabo por el ministerio competente en materia de Agricultura y Montes. El ministro, posteriormente, dictando el acto administrativo correspondiente, desconcentró la competencia en un organismo autónomo del mismo ministerio, cuya presidenta aprobó las bases del procedimiento de subvención el día 4 de enero del año XXX.

Estas bases fueron recurridas el día 1 de febrero del año XXXX en reposición por la Asociación Nacional de Agricultores, debidamente inscrita en el registro correspondiente, cuyas fincas, extendidas por todo el país, tenían la consideración de montes y se encontraban necesitados, igualmente, de reforestación, por idénticas razones. Entre otras razones afirman como argumento del recurso que en las bases no se había referenciado el recurso que cabía contra ellas y que, además, no se determinó en las mismas el procedimiento de concesión, aspecto que luego concretó la convocatoria, siendo el de concurrencia competitiva. El recurso fue presentado por el representante de la misma presencialmente en el registro del organismo. La Administración, el mismo día, le indica que no cabe la presentación presencial y, en idéntico día, la asociación presenta electrónicamente el recurso en el registro electrónico del organismo público.

La convocatoria se efectúa el día 8 de mayo y se concede un plazo de 20 días naturales para la presentación de las solicitudes. El importe de cada subvención será de 3.000 euros hasta la finalización del crédito disponible. La convocatoria es recurrida en alzada

por una persona que era transportista y que carecía de finca rústica alguna con la consideración de montes.

En el procedimiento puesto en marcha tras la convocatoria, se nombró el órgano colegiado a que se refiere la Ley 38/2003, Ley general de subvenciones, para evaluar las solicitudes antes de las propuestas del instructor.

El día 3 de junio, un interesado presenta la solicitud de la subvención que en el trámite oportuno –propuesta de resolución provisional– fue excluido. Ante esa exclusión presenta el oportuno recurso de reposición a los 20 días de la notificación de esa propuesta de exclusión.

Con cada solicitud se había de acompañar una documentación determinada entre la que se encontraba testimonio o copia de la escritura de propiedad de la finca.

Respecto a los diversos solicitantes de la subvención, destacamos:

- a) Uno de ellos comprobó que había extraviado la escritura de propiedad, cuya copia o testimonio fue requerida por la Administración el mismo día en que se efectuó la convocatoria de las ayudas económicas, por lo que se dirigió al Registro de la Propiedad solicitando se le facilitara testimonio de la escritura, pero, llegado el día de vencimiento del plazo para presentar solicitudes, no la había obtenido, por lo que presentó su solicitud sin dicho documento.
- b) A otro solicitante se le requirió para que presentase un documento exigido, pero se niega a ello, argumentando que hacía poco tiempo lo había presentado en el ayuntamiento del municipio de su domicilio y que tiene este derecho de no presentación, en este caso, reconocido por ley.
- c) Otro solicitante, antes de efectuarse la convocatoria, sufrió un accidente de circulación, resultando con heridas muy graves, que determinaron su ingreso en la UCI de un centro médico donde estuvo hasta un día antes de finalizar el plazo para la presentación de solicitudes, en que pasó a una habitación normal. Por esta razón, solicitó a la Administración una prórroga de 5 días para presentar su solicitud.
- d) Otro solicitante adeudaba a la Administración un reintegro de una anterior subvención concedida.
- e) Un solicitante que se le declaró culpable de resolución de un contrato administrativo mediante resolución notificada el día del vencimiento del plazo para presentar la solicitud de subvención fue excluido en la propuesta de resolución provisional.
- f) Otro solicitante presentó, en su momento, como certificación de estar al corriente con la Seguridad Social el mismo certificado presentado cinco meses antes en otro procedimiento de subvenciones.

Durante la instrucción del procedimiento el instructor solicitó dos informes preceptivos, pero no vinculantes, a tenor de la legislación sectorial, el primero, a un órgano perteneciente al ministerio competente en materia de Agricultura y Montes, el segundo, a otro órgano perteneciente a la consejería competente, igualmente, en materia de Agricultura y Montes de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Respecto al primer informe, tras reiterados recordatorios para que se emita el mismo, aquel hace caso omiso y no lo emite. En cuanto al segundo de ellos, fue emitido en tiempo y plazo.

Con posterioridad, e inmediatamente antes de dictar resolución en el procedimiento, la presidenta del organismo autónomo delegó en el gerente la competencia para dictar aquella, aunque con posterioridad revocó la misma.

Dictada, por la presidenta del organismo autónomo, la resolución del procedimiento, fue publicada el día 4 de octubre del año XXX. La misma contenía, exclusivamente, la relación de los solicitantes que obtuvieron la subvención y no hizo constar la desestimación del resto de los solicitantes.

Constatamos las siguientes circunstancias:

- a) A un solicitante no se le notificó la propuesta de resolución definitiva, pero se enteró de que estaba excluido, definitivamente, de la concesión, al publicarse la misma en el BOE. Por ello, interpuso el recurso administrativo pertinente, entre otras razones porque no había recibido notificación alguna.
- b) Respecto a otro solicitante, ni en la propuesta de resolución definitiva ni en la resolución final del procedimiento apareció como beneficiario. El mismo había presentado su solicitud el día 20 de mayo del año XXX, por lo que, transcurridos seis meses desde dicha fecha, entendió otorgada la subvención, lo que hizo saber a la Administración. Ante el no abono del importe de la subvención, en su creencia de que tenía derecho a recurrir, interpone recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.
- c) Otro solicitante, al que la resolución no le concedió la subvención, recurrió en vía contencioso-administrativa la denegación, alegando que una de las bases que regularon el procedimiento y que se le aplicó para denegarle la subvención establecía que los únicos que podían participar en el procedimiento eran los titulares de fincas rústicas enclavadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no permitiendo la intervención de otros titulares que, como él, tenían fincas análogas con la consideración de montes.

Finalmente, tras la solicitud, se constató que un beneficiario había obtenido la subvención al falsificar un documento esencial que había de acompañarse con la solicitud. Ante

ello, la presidenta del organismo autónomo pone en marcha el oportuno procedimiento de revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho.

Es de hacer constar que un beneficiario subcontrató con un tercero la subvención concedida, sin comunicarlo al órgano concedente, por importe de 1.600 euros.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajustada a derecho esta subvención prevista en los presupuestos generales en los términos en que el Estado otorga la subvención a la Comunidad Autónoma de Extremadura? Si no fuera así, ¿qué medios de defensa tendría la Comunidad Autónoma?
2. ¿Resulta ajustada a derecho la desconcentración moderada por el organismo autónomo? Si no fuera así, ¿cuál o cuáles serían, en su caso, las consecuencia jurídica/s?
3. ¿Era preciso la existencia de algún instrumento jurídico previo con anterioridad al procedimiento de subvenciones, en concreto a la aprobación de las bases y a su convocatoria? Si no existiera el mismo, ¿cómo sería el procedimiento tramitado y sus consecuencias? ¿Resulta ajustado a derecho que el organismo no admitiera la presentación presencial del recurso? ¿Cómo puede haber realizado la Administración el requerimiento de subsanación de la presentación del recurso? ¿Cómo se resolverá el recurso de la asociación de agricultores contra las bases y el de alzada de un particular contra la convocatoria?
4. ¿Actuó conforme a derecho la Administración excluyendo la solicitud presentada el día 3 de junio? ¿Cómo deberá resolverse el recurso de reposición interpuesto? ¿Debe publicarse en diario oficial la concesión de las ayudas?
5. Análisis de ciertas solicitudes:
  - a) ¿Qué puede hacer la Administración respecto al solicitante que extravió el documento que debía presentar?
  - b) ¿Tiene razón el solicitante al que se le requirió para que presente un documento, que se niega argumentando que hacía poco tiempo lo había presentado en el ayuntamiento del municipio de su domicilio y que tiene este derecho de no presentación, en este caso, reconocido por ley?
  - c) ¿Qué debe responder la Administración ante la prórroga pedida por el solicitante que estuvo enfermo?
  - d) ¿Cómo debe actuar la Administración ante el solicitante que adeudaba a la Administración un reintegro de una anterior subvención concedida?
  - e) ¿Debió excluir del procedimiento al solicitante que se le declaró culpable de resolución de un contrato administrativo mediante resolución notificada el día del vencimiento del plazo para presentar la solicitud de subvención?

6. ¿Qué pudo hacer el instructor del procedimiento ante la no emisión del informe preceptivo para la resolución? En su caso, ¿qué consecuencias acarrearía esa no emisión del informe?
7. ¿Es ajustada a derecho la delegación realizada por la presidenta del organismo autónomo en el gerente para resolver este procedimiento?
8. Comente las circunstancias ocurridas con diversos solicitantes:
  - a) A un solicitante no se le notificó la propuesta de resolución definitiva, pero se enteró de que estaba excluido al publicarse la misma en el BOE. Por ello, interpuso el recurso administrativo pertinente, entre otras razones porque no había recibido notificación alguna.
  - b) ¿Interpretó correctamente el silencio administrativo el solicitante del apartado b)? ¿Cómo se resolverá el recurso contencioso interpuesto por el mismo solicitante contra la inactividad de la Administración?
  - c) ¿Es procedente el recurso del recurrente del apartado c) dado el tiempo transcurrido desde la aprobación de las bases? Si así fuera, ¿que modalidades de recurso podía utilizar?
9. ¿Cómo será la resolución que solo hace constar, de forma expresa, la relación de los solicitantes que obtuvieron la subvención y no hizo constar la desestimación del resto de los solicitantes?
10. ¿Es ajustada a derecho la subcontratación realizada?
11. ¿Resulta ajustado a derecho que la presidenta del organismo ponga en marcha el procedimiento de revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho? Indique todas las consecuencias que podrían derivarse para el que fue beneficiario de esta subvención.

## Solución

1. ¿Resulta ajustada a derecho esta subvención prevista en los presupuestos generales en los términos en que el Estado otorga la subvención a la Comunidad Autónoma de Extremadura? Si no fuera así, ¿qué medios de defensa tendría la Comunidad Autónoma?

El artículo 11 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, señala que:

1. Por razón de su titularidad los montes pueden ser públicos o privados.
2. Son montes públicos los pertenecientes al Estado, a las comunidades autónomas, a las entidades locales y a otras entidades de derecho público.

3. Son montes privados los pertenecientes a personas físicas o jurídicas de derecho privado, ya sea individualmente o en régimen de copropiedad.

En cuanto al ajuste a derecho respecto a los términos en que se prevé la subvención, la Constitución, en su artículo 149.1.23.<sup>a</sup>, señala como competencia exclusiva del Estado la «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias».

Estamos en presencia de lo que se conoce con el nombre de superposición de competencias, en cuanto se da esta situación cuando se superpone un título competencial genérico de intervención del Estado a la competencia de las comunidades autónomas sobre una materia, aunque esta se califique de exclusiva; por ejemplo, la ordenación general de la economía.

Lo mismo ocurre cuando el Estado tiene competencia sobre las bases o legislación básica o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las comunidades autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución.

En tal supuesto, el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que les dé un margen de actuación a las comunidades autónomas para concretar, con mayor detalle, la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las comunidades autónomas, de manera que, por regla general, no pueden consignarse a favor de un órgano de la Administración del Estado o un organismo intermediario de esta. Aspectos que no se han respetado en el presente caso, donde el Estado se reserva absolutamente todo lo concerniente a la gestión y al procedimiento de subvenciones, atribuyéndolo, posteriormente, a un organismo autónomo.

Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible, o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios subjetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

Respecto a los medios de defensa con que cuenta la comunidad autónoma en este caso, como la determinación de la actividad de fomento y su especificación, se lleva a cabo en una ley que es la de los presupuestos generales del Estado. En principio, no cabe otra opción que, al amparo del artículo 162.1 a) de la Constitución y 31.2 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, que señala que para interponer el recurso de inconstitucional-



dad «para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados y la comunidad autónoma al efecto», interponer dicho recurso.

Entendemos que no sería posible plantear, en un momento posterior, el conflicto entre el Estado y la comunidad autónoma, contemplado en los artículos 62 y siguientes de la LOTC, porque, señala el artículo 67, que «si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad».

2. ¿Resulta ajustada a derecho la desconcentración moderada por el organismo autónomo? Si no fuera así, ¿cuál o cuáles serían, en su caso, las consecuencia jurídicas?

A la figura de la desconcentración se refiere el artículo 8.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público en estos términos: «La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias».

La viabilidad jurídica de esta desconcentración a favor del organismo autónomo no ofrece dudas, porque ha de interpretarse en sentido amplio quién puede recibirla, y, en este sentido, ha de admitirse a los organismos autónomos, como lo demuestra la práctica administrativa en la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas en materia de contratación y subvenciones (así, por ejemplo, el Decreto 8/2021, de 25 de marzo, de desconcentración de competencias en materia de contratación en el ámbito del Organismo Autónomo de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, BOCyL de 26 de marzo de 2021).

Se trataría de una descentralización funcional que consiste en el reconocimiento al órgano correspondiente de competencias específicas o delimitadas solo a un sector de actividad; es decir, el Estado asigna una función técnica o de servicios a una entidad gestora que dispone de personalidad jurídica y patrimonio propio.

Recordar también que la desconcentración supone transferencia de la titularidad de la competencia, sobrepasando el mero ejercicio, como sucede en la delegación. Altera la competencia, que es propia del órgano receptor, excluyendo la de cualquier otro. Por ello tiene carácter organizativo y, finalmente, los actos y resoluciones dictados por desconcentración se imputan al órgano que los ha dictado, de forma que el tratamiento procedimental y procesal se establece en función de este, no del desconcentrante.

Pero la operada en este caso no es ajustada a derecho ya que:

- El artículo 10.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS), exige que la misma se realice a través de real decreto del Consejo de Ministros y, en este caso, se ha realizado por el ministro; y
- La desconcentración requiere previsión normativa, no bastaría el acuerdo del órgano competente, por lo que es irrevocable, en tanto no se derogue o modifique la norma de previsión, generalmente reglamentaria. Recordamos que en este caso se hizo mediante acto administrativo.

La consecuencia jurídica sería, en su caso, la invalidez de la desconcentración operada por ser nula de pleno derecho, a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), al haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente y, a su vez, a tenor del artículo 47.1 e), por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Esto supondría que todo lo actuado por el organismo autónomo sería también nulo de pleno derecho, por ser manifiestamente incompetente.

Por ello procedería la revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho, conforme al artículo 106.1 de la LPAC, previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

3. ¿Era preciso la existencia de algún instrumento jurídico previo con anterioridad al procedimiento de subvenciones, en concreto a la aprobación de las bases y a su convocatoria? Si no existiera el mismo, ¿cómo sería el procedimiento tramitado y sus consecuencias? ¿Resulta ajusta a derecho que el organismo no admitiera la presentación presencial del recurso? ¿Cómo puede haber realizado la Administración el requerimiento de subsanación de la presentación del recurso? ¿Cómo se resolverá el recurso de la asociación de agricultores contra las bases y el de alzada de un particular contra la convocatoria?

En relación con si era preciso el cumplimiento de algún requisito previo con anterioridad al procedimiento de subvenciones, en concreto a su convocatoria, señalamos que dispone el artículo 8.1 de la LGS que las Administraciones públicas tienen el deber de elaborar un plan estratégico de subvenciones que permita relacionar los objetivos a alcanzar y los efectos que se pretenden conseguir con los costes previstos y su financiación, con el objeto de adecuar, con carácter previo a la concesión de una subvención, las necesidades públicas que se pretenden cubrir.

La exigencia de contar con un plan estratégico de subvenciones se incardina en la obligación legal de que el gasto público responda a los principios de máximo rigor económico,

austeridad, eficiencia en el uso de recursos disponibles, calidad de los servicios prestados y transparencia en la gestión pública.

De este modo, una planificación de las subvenciones facilita la coherencia y la eficiencia de las actuaciones de las Administraciones públicas, y ayuda a evitar posibles solapamientos entre ellas; también facilitará el control de la estabilidad presupuestaria y permitirá al ciudadano conocer la previsión de subvenciones y su distribución en función de las políticas públicas contenidas en los programas de gobierno.

Ahora bien, la exigencia de contar con un plan estratégico de subvenciones no supone en ningún caso la generación de ningún derecho a favor de los potenciales beneficiarios, ya que la naturaleza jurídica del plan se configura como un mero instrumento de gestión de carácter programático que marca las principales líneas de fomento de las actividades de interés general que se van a llevar a cabo en un determinado periodo; dicho de otra manera, el plan carece de valor normativo.

La principal consecuencia es que el incumplimiento del plan estratégico no supone en ningún caso el nacimiento del derecho a exigir indemnizaciones por parte de los potenciales beneficiarios del mismo.

Según el artículo 13 del Reglamento de la LGS, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio

los planes estratégicos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 11 de este Reglamento serán aprobados por el Ministro o Ministros responsables de su ejecución y se remitirán a la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y a las Cortes Generales para su conocimiento.

Los planes estratégicos de subvenciones y sus actualizaciones deberán publicarse en el Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones y Ayudas Públicas. La Intervención General de la Administración del Estado deberá dictar las Instrucciones oportunas para la puesta en marcha de dicha publicación.

Por su parte, el artículo 11 del reglamento señala:

1. Se aprobará un plan estratégico para cada Ministerio, que abarcará las subvenciones tanto de sus órganos como de los organismos y demás entes públicos a él vinculados.
2. No obstante, se podrán aprobar planes estratégicos especiales, de ámbito inferior al ministerial, cuando su importancia justifique su desarrollo particularizado, o planes estratégicos conjuntos, cuando en su gestión participen varios Ministerios u Organismos de distinto ámbito ministerial.

Las consecuencias de la ausencia injustificada del Plan Estratégico de Subvenciones, según la jurisprudencia sentada por la STS de 4 de diciembre de 2012, determina la nulidad de la subvención. Reproducimos un extracto de dicha sentencia:

Así las cosas, la hipotética incertidumbre acerca de si la resolución de la Alcaldía fue precedida o no del plan estratégico de subvenciones requerido en una norma básica, como lo es la de aquel art. 8.1 de la Ley 38/2003 (Disposición final primera de esta), debe resolverse en perjuicio del Ayuntamiento demandado, pues es este, y no la Administración demandante, quien disponía con toda facilidad del medio de prueba idóneo para despejarla (art. 217.1 de la Ley 58/2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En la sentencia de 26 de junio de 2012, consideró el Tribunal Supremo, dado el tenor de los apartados 1 y 3 del artículo 8 de la Ley 38/2003 y de la disposición adicional 13.<sup>a</sup> de la Ley 38/2003, que el plan estratégico al que se refiere tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial, cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar al menos aquello a que alude el apartado 1 de ese artículo 8.

Por tanto, se debería incoar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio. La consecuencia de la declaración de nulidad debe ser la de la obligación de devolver las cantidades percibidas (art. 36.4 LGS) si se completa el procedimiento y se paga.

En relación con el recurso de reposición de la asociación de agricultores debemos tener en cuenta que una asociación es una persona jurídica que se constituye mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y que se dotan de los estatutos que rigen su funcionamiento.

Proclamado como derecho fundamental por el artículo 22 de la Constitución española de 1978, el derecho de asociación se desarrolla en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, donde se establece que el derecho de asociación incluye el derecho a la inscripción en el registro de asociaciones competente, a los solos efectos de publicidad, que solo podrá ser denegado cuando no se reúnan los requisitos establecidos en la referida ley orgánica.

Señala el artículo 5.2 de la citada ley orgánica:

El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena

capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10.

Por tanto, a tenor del artículo 14.2 a) estaba obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración. Al presentar presencialmente el recurso, a tenor del artículo 68.4 de la Ley 39/2015, que establece que «la Administración Pública requerirá al interesado para que subsane la solicitud a través de su presentación electrónica [...] [y que] se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación», la Administración actuó correctamente, haciéndoselo saber para que subsanara el defecto de presentación. Como luego se presentó en plazo y forma el recurso, debió tramitarse sin perjuicio de la resolución oportuna.

Como persona obligada a relacionarse electrónicamente, la Administración deberá realizar el requerimiento por medios electrónicos, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 43: mediante comparecencia del interesado (representante de la asociación) en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o a través de la dirección electrónica habilitada única, previo aviso a la interesada a un dispositivo electrónico o una dirección de correo electrónico. Pero puede ocurrir que la Administración desconozca ese dispositivo o dirección de correo porque la interesada no lo haya indicado en el escrito presentado de forma presencial, por lo que el requerimiento mediante notificación electrónica muy probablemente no será atendido.

En estos casos, la Administración, aun no estando obligada, deberá valorar la oportunidad de realizar el requerimiento en papel al amparo de la previsión del artículo 41.1 b): «Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante».

En cuanto a este procedimiento se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva de subvenciones, puesto que concurren todos los requisitos exigidos en el artículo 2 de la Ley 38/2003, general de subvenciones.

En cuanto al análisis de dicho recurso de la asociación distinguimos:

- Respecto al plazo, al existir un mes para su interposición (art. 123 y 124 LPAC) está en plazo (se publican las bases el día 4 de enero y se recurre el día 1 de febrero).
- En cuanto a su legitimación, la tiene, pues el artículo 4.2 de la LPAC señala que «las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca». Tienen «interés legítimo». No es el mero interés de defensa de la le-

galidad en abstracto que ciertas leyes sectoriales atribuyen a cualquiera mediante la acción pública o popular (urbanismo, costas, etc.). El interés legítimo forma parte del concepto más amplio que hace referencia a las «situaciones jurídicas subjetivas» que derivan del ordenamiento jurídico. De la norma jurídica derivan, para los distintos sujetos que actúan en el comercio jurídico, o bien situaciones de poder (la posibilidad de actuar en un determinado sentido) o situaciones de deber (limitaciones respecto de su libertad de actuar). Se dan, pues, «situaciones jurídicas de poder» y «situaciones jurídicas de deber».

La situación de poder típica es la conocida con el nombre de derecho subjetivo, que es aquella en la que se encuentra el administrado respecto de las normas que han sido inmediatamente dictadas para la tutela de intereses individuales o para la garantía de utilidades sustanciales. Junto a ello, puede haber administrados para los que la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración pública comporte una ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás; se dice entonces que esos administrados son titulares de un «interés legítimo», que no es otra cosa que el interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos, en la medida en que dicho interés es objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

La STS de 11 de octubre de 2004, rec. núm. 5693/2000, señala que:

la matriz de la legitimación radica en la utilidad que obtendría el actor si prosperase su pretensión, bien por recibir un beneficio, bien por dejar de sufrir un perjuicio efectivo, de carácter materia o jurídico, derivado inmediatamente del acto o disposición recurridos, porque aunque no sea suficiente un mero interés por la legalidad ni estar basado en motivos extrajurídicos susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal, sí se han reconocido como incluíbles en este concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales.

- En cuanto a la procedencia del recurso, las bases, según el artículo 17.1, se aprueban en la Administración General del Estado, organismos públicos y restantes entidades de derecho público vinculadas o dependientes, se aprueban por orden ministerial de acuerdo con el procedimiento del artículo 24 de la LGS, y previo informe de los servicios jurídicos y de la intervención delegada correspondiente, siendo publicadas en el BOE. No será necesario orden ministerial cuando las normas sectoriales específicas de cada subvención incluyan las bases reguladoras.

Por todo ello, estas bases no fueron aprobadas por órgano competente, ya que lo hizo la presidenta del organismo, por lo que, al tener naturaleza de disposición

general o reglamentaria, las mismas, al amparo del artículo 47.2 de la LPAC, son nulas de pleno derecho y el único recurso procedente era el contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, ya que el artículo 112 señala que «contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa». La competencia del Juzgado Central tiene su respaldo en el artículo 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que dice que conocen en primera o en única instancia de «los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del artículo 10».

- Respecto al argumento utilizado, entre otros, referido a la falta de indicación del recurso que procedía contra las bases, carece de razón. Las bases, como ya hemos indicado, tienen la naturaleza de disposición general o reglamentaria, no son un acto administrativo, en cuyo caso, en virtud del artículo 40.1 de la LPAC, se estaba obligado en la notificación o en la publicación a señalar el recurso procedente, órgano para resolver y plazo. En las disposiciones generales o reglamentos no es preciso hacer referencia a esos extremos, entre otros extremos porque son normas jurídicas, fuente de derecho contra las que solo cabe recurso contencioso-administrativo. En este sentido, el artículo 17 de la LGS, referido al contenido de las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones, no hace referencia alguna a que deba constar el recurso que cabe contra las mismas, aunque es cierto que las mayoría de ellas contienen un apartado específico referido a la resolución y recurso contra la misma.

El artículo 131 de la LPAC, relativo a la publicidad de las normas señala:

Las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Adicionalmente, y de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios.

Respecto al otro motivo del recurso, consistente en que en las bases no se había especificado el procedimiento de concesión de las subvenciones, aunque luego se especificó en la convocatoria, tiene razón, ya que el valor de la convocatoria es de acto administrativo y el de las bases, como ya hemos indicado, de disposición general. En el artículo 17.3 b) de la LGS obliga a que el procedimiento que se va a utilizar para la concesión de subvenciones forme parte del contenido de las bases. Y este aspecto es muy importante, porque frente a la convocatoria cabe recurso administrativo y frente a las bases solo cabe recurso contencioso-administrativo.

En conclusión, respecto al recurso de reposición debió ser no admitido al amparo del artículo 116 c) de la LPAC, al tratarse de un acto no susceptible de recurso administrativo.

Respecto al recurso de alzada contra la convocatoria es el procedente, porque el acto administrativo del gerente no ponía fin a la vía administrativa, según el artículo 114 de la LPAC.

Existía un mes para su interposición (desconocemos si lo interpuso en plazo o no, porque nada dice el relato de hechos), pero carecía de legitimación para recurrir porque esa persona, al no ser titular de finca rústica alguna que tuviera la consideración de montes, nada podía obtener con su recurso, ni beneficio ni perjuicio, luego tan solo pretendía la defensa de la legalidad en abstracto y la LGS no reconoce la acción popular en esta materia. Luego el recurso debió ser no admitido, al amparo del artículo 116 b) de la LPAC, por carecer de legitimación el recurrente.

Sin embargo, respecto al fondo de la cuestión, según los artículos 23.2 y 10.1 es órgano competente para la convocatoria el presidente o director del organismo autónomo. Como en este caso han sido aprobadas por el gerente, salvo que hubiera delegación, estamos ante un vicio de anulabilidad, conforme al artículo 48 y convalidable, según el 52, por el superior jerárquico, que será el director o presidente.

Por ello, cabría recurso de alzada contra el acto de la convocatoria del gerente, porque sus actos, en virtud del artículo 114.2 d) de la LPAC, no ponen fin a la vía administrativa. El competente para resolver será el superior jerárquico, a tenor del artículo 121 de la LPA, existiendo el plazo de un mes para su interposición, según el artículo 122.1, a contar, en este caso, desde la publicación del acto, al tratarse de un acto expreso. Pero es de resaltar que, al tratarse de un acto anulable por incompetencia jerárquica (art. 48 LPAC), cabía la convalidación, conforme al artículo 52 de la LPAC.

4. ¿Actuó conforme a derecho la Administración excluyendo la solicitud presentada el día 3 de junio? ¿Cómo deberá resolverse el recurso de reposición interpuesto? ¿Deben publicarse en diario oficial la concesión de las ayudas?

La convocatoria se publicó el día 8 de mayo. Si había 20 días naturales para la presentación solicitudes, el día 29 de mayo vencía el plazo, salvo que este día fuera inhábil, en cuyo caso se prorroga al primer día hábil siguiente. De manera que fue ajusta a derecho la exclusión de este solicitante, que deberá hacerse en la propuesta de resolución provisional.

En relación con el recurso de reposición contra esta exclusión no fue ajustado a derecho, pues el artículo 24.4 de la LGS señala que



una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado al que se refiere el apartado 1 del artículo 22 de esta ley deberá emitir informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada.

El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada, que deberá notificarse a los interesados en la forma que establezca la convocatoria, y se concederá un plazo de 10 días para presentar alegaciones.

Continuando, luego, el precepto y apartado indicado que

examinadas las alegaciones aducidas en su caso por los interesados, se formulará la propuesta de resolución definitiva, que deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.

Por tanto, el recurso debió no ser admitido, al amparo del artículo 116 c), al no ser el acto susceptible de recurso. Y tampoco podríamos aplicar el principio de *in dubio pro actione* que formula el artículo 115.2 de la LPAC cuando afirma que «el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter», pues existían 10 días para hacer las alegaciones y, en este caso, presentó el recurso a los 20 días desde la notificación de la propuesta de exclusión.

Respecto a la publicación, el artículo 18, en el apartado tercero enumera los supuestos en los que no es necesaria la publicación, enumerándose entre ellos cuando los importes individualmente considerados sean de cuantía inferior a 3.000 euros. En este caso, las bases deberán prever la autorización de otros procedimientos que, de acuerdo a especiales características, cuantía y número, aseguren la publicidad de los beneficiarios de las mismas. Aquí, al ser la cuantía de 3.000 euros, es precisa la publicación.

## 5. Análisis de ciertas solicitudes:

a) ¿Qué puede hacer la Administración respecto al solicitante que extravió el documento que debía presentar?

Según el artículo 23.3 de la LGS, en los supuestos de imposibilidad material de obtener el documento el órgano competente podrá requerir al solicitante su presentación o, en su defecto, la acreditación por otros medios de los requisitos a que se refiere el documento, con anterioridad a la formalización de la propuesta de resolución. El artículo 23.4 señala

que la normativa reguladora de la subvención podrá admitir la sustitución de la presentación de determinados documentos por una declaración responsable del solicitante. En este caso, con anterioridad a la propuesta de resolución, se deberá requerir la presentación de la documentación que acredite la realidad de los datos contenidos en la declaración, en un plazo no superior a 15 días.

En este caso concreto, el solicitante obró correctamente, pues el mismo día de la convocatoria, en plazo, para presentar la solicitud, enterado de que el documento era obligatorio, al comprobar su extravío trató de solucionarlo pidiendo al registro testimonio del mismo, pero, por causas ajenas a su voluntad, vencido el plazo de presentación, aquel registro no se lo había facilitado. Luego debió acompañar copia de la solicitud del documento que acreditaba que lo hizo en plazo y, en su caso, una declaración responsable y, con posterioridad, antes de la propuesta de resolución, ante el requerimiento de la Administración, en plazo que se le otorgue, no superior a 15 días, presentar el documento.

- b) ¿Tiene razón el solicitante al que se le requirió para que presente un documento, que se niega argumentando que hacía poco tiempo lo había presentado en el ayuntamiento del municipio de su domicilio y que tiene este derecho de no presentación, en este caso, reconocido por ley?

El artículo 23.3 de la LGS señala que

las solicitudes de los interesados acompañarán los documentos e informaciones determinados en la norma o convocatoria, salvo que los documentos exigidos ya estuvieran en poder de cualquier órgano de la Administración actuante, en cuyo caso el solicitante podrá acogerse a lo establecido en el párrafo f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Hoy es el artículo 53.1 d) de la LPAC que recoge como derecho del interesado el «no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por estas».

También es importante destacar que la mencionada Ley 39/2015 establece en el artículo 28.2 que

los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedi-

miento. Previamente, el interesado deberá expresar su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en su artículo 35 f), entre los derechos de los ciudadanos ya apuntaba el de «no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la administración actuante».

Luego, vista la distinta redacción de los preceptos, parece que la Ley 39/2015 extiende este derecho a cuando el documento se encuentra ante cualquier Administración pública.

Para evitar que el ciudadano tenga que aportar el documento, «las administraciones públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto».

Viene en apoyo de estos planteamientos el artículo 155 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, centrado en las transmisiones de datos entre Administraciones públicas: «Cada administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos».

Parece, por tanto, que la Ley 38/2003 es más restrictiva en esta cuestión, y teniendo en cuenta que la Ley 39/2015 es una ley general y la Ley 38/2003 es sectorial o especial podría aplicarse el principio de «la ley especial deroga a la ley general» que significa que el principio de especialidad rige las relaciones internormativas: la ley especial prevalece sobre cualquier otra de igual o inferior rango, desplazando la eficacia de esta última. En aplicación de la regla, la norma con una regulación directa y específica de la materia de la que se trate prevalece sobre cualquier otra (STS, Sala 3.ª, de 28 de febrero de 2001, rec. núm. 559/2000). La interpretación jurisprudencial niega la supletoriedad de la ley general en las cuestiones reguladas directamente por la ley especial. El principio de especialidad resuelve el problema del concurso de leyes o de conflicto aparente de las mismas mediante la aplicación preferente y prioritaria de la norma especial, sin embargo no procederá aplicar la regla cuando la especialidad pueda ser atribuida a las dos leyes o normas en conflicto (STS, Sala 1.ª, de 30 de septiembre de 2010, rec. núm. 670/2007). La jurisprudencia de la Unión Europea ha producido una doctrina homogénea sobre esta regla bajo los siguientes criterios: 1) Solo se aplica a la relación existente entre dos normas en vigor (Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de marzo de 2011, C-352/09 P, ap. 48); 2) está vinculada al principio de seguridad jurídica, al principio de presunción de legalidad y de efecto útil de los actos de la Unión (Sentencia del Tribunal General, Sala Cuarta ampliada, de 21 de marzo de 2012,

asuntos acumulados T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 y T-69/06 RENV, ap. 55); 3) la aplicación del criterio *lex specialis derogat legi generali* adquiere relevancia cuando dos disposiciones persiguen objetivos idénticos y contienen contenidos contradictorios.

Sin embargo, nos inclinamos porque lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 38/2003, cuando limita el derecho a no presentar documentos en el procedimiento de subvención que obren en poder de la Administración actuante, no es la interpretación más adecuada por:

- El contenido del derecho fue objeto de ampliación por una Ley posterior respecto a la Ley 38/2003, que fue la Ley 39/2015.
- Esta cuestión no es, propiamente dicho, ninguna especialidad procedimental propia del procedimiento de subvenciones, sino que es una determinación que, en su momento se hizo copiando lo que decía la Ley 30/1992, que ahora cambió su redacción.
- Es la interpretación más favorable al interesado.
- Ha existido un desarrollo de la relaciones interadministrativas con los progresos de las técnicas tecnológicas de información y comunicación que obligan a las Administraciones públicas.
- Finalmente, la introducción o exposición de motivos de la Ley 39/2015 señala, entre otras cuestiones:

De acuerdo con el marco constitucional descrito, la presente Ley regula los derechos y garantías mínimas que corresponden a todos los ciudadanos respecto de la actividad administrativa [...]; asimismo, destaca la previsión de que solo mediante Ley puedan establecerse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta norma, pudiéndose concretar reglamentariamente ciertas especialidades del procedimiento referidas a la identificación de los órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar [este no es ningún nuevo trámite].

c) ¿Qué debe responder la Administración ante la prórroga pedida por el solicitante que estuvo enfermo?

Deberá denegarla porque el artículo 71 de la Ley 30/1992 señala que en procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva no cabe la prórroga. Por su parte, el artículo 23.4 habla para subsanar defectos de un plazo máximo improrrogable de 10 días.

Pudo nombrar un representante, acreditando la representación, conforme al artículo 5 de la LPAC.

d) ¿Cómo debe actuar la Administración ante el solicitante que adeudaba a la Administración un reintegro de una anterior subvención concedida?

El artículo 13.2 g) de la LGS señala que se está incurso en causa de prohibición para ser beneficiario de una subvención «no hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen».

Pero el artículo 21.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LGS señala que

a efectos de lo previsto en el artículo 13.2 g) de la Ley se considerará que los beneficiarios o las entidades colaboradoras se encuentran al corriente en el pago de obligaciones por reintegro de subvenciones cuando no tengan deudas con la Administración concedente por reintegros de subvenciones en periodo ejecutivo o, en el caso de beneficiarios o entidades colaboradoras contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en periodo voluntario.

e) ¿Debió excluir del procedimiento al solicitante que se le declaró culpable de resolución de un contrato administrativo mediante resolución notificada el día del vencimiento del plazo para presentar la solicitud de subvención?

El artículo 13.2 c) de la LGS señala como causa de prohibición para ser beneficiario de una subvención «haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración».

Pese a ello, no debe ser excluido, pues no estaba incurso, aún, en tal causa de prohibición, ya que el artículo 28 del reglamento referido al alcance y duración de la prohibición cuando derive de la resolución de contratos señala:

1. Cuando la prohibición derive de la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, el alcance y la duración de la prohibición para obtener la condición de beneficiario o de entidad colaboradora serán los mismos que los que se acuerden para la prohibición de contratar.

2. La resolución por la que se establezca la prohibición para contratar tal y como se regula en el artículo 19 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deberá pronunciarse también acerca de la prohibición para obtener subvenciones.

En este caso no existía resolución firme, pues la resolución administrativa que le declaró culpable de la resolución del contrato administrativo se le notificó el día del vencimiento

del plazo para presentar la solicitud de la subvención, por lo que al menos disponía de un mes para interponer recurso de reposición contra aquella resolución y dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo.

f) Otro solicitante presentó, en su momento, como certificación de estar al corriente con la Seguridad Social el mismo certificado presentado cinco meses antes en otro procedimiento de subvenciones.

El artículo 88.4 del Real Decreto 887/2006, Reglamento de la LGS, señala que «no será necesario aportar nueva certificación si la aportada en la solicitud de concesión no ha rebasado el plazo de seis meses de validez». De manera que el documento era válido.

6. ¿Qué pudo hacer el instructor del procedimiento ante la no emisión del informe preceptivo para la resolución? En su caso, ¿qué consecuencias acarrearía esa no emisión del informe?

El artículo 24.3 a) de la LGS señala:

3. Las actividades de instrucción comprenderán: a) Petición de cuantos informes estime necesarios para resolver o que sean exigidos por las normas que regulan la subvención. En la petición se hará constar, en su caso, el carácter determinante de aquellos informes que sean preceptivos. El plazo para su emisión será de 10 días, salvo que el órgano instructor, atendiendo a las características del informe solicitado o del propio procedimiento, solicite su emisión en un plazo menor o mayor, sin que en este último caso pueda exceder de dos meses.

Cuando en el plazo señalado no se haya emitido el informe calificado por disposición legal expresa como preceptivo y determinante, o, en su caso, vinculante, podrá interrumpirse el plazo de los trámites sucesivos.

No es este el caso, pues el relato de hechos nos dice que no era vinculante. Por otra parte la expresión «determinante» ya ha desaparecido del actual artículo 80.3 de la LPAC.

Según el artículo 22.1 d) de la LPAC,

el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento.

Esto es lo que pudo hacer el instructor, suspender el plazo máximo legal para resolver durante un plazo máximo que no exceda de tres meses.

Por otra parte, el artículo 80.3 y 4 de la LPAC establece:

3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones salvo cuando se trate de un informe preceptivo, en cuyo caso se podrá suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento en los términos establecidos en la letra d) del apartado 1 del artículo 22.

[...]

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.

En conclusión, la no emisión del informe pudo dar lugar:

- a) A que no se tuviera en cuenta en la resolución si, tras vencer el plazo para su emisión, se emite.
  - b) La responsabilidad disciplinaria del o de los causantes de la no emisión por incumplimiento de lo previsto en el artículo 29 de la LPAC, al decir que «los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos». Y el interesado puede hacerlo valer en el trámite de alegaciones, donde a tenor del apartado 2 «en todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria».
7. ¿Fue ajustada a derecho la delegación realizada por la presidenta del organismo autónomo en el gerente para resolver este procedimiento?

El artículo 22.1 de la LGS señala:

El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

En este supuesto, y sin perjuicio de las especialidades que pudieran derivarse de la capacidad de autoorganización de las Administraciones públicas, la propuesta de concesión se formulará al órgano concedente por un órgano colegiado a través del órgano instructor. La composición del órgano colegiado será la que establezcan las correspondientes bases reguladoras.

Por lo tanto, era obligatoria, en principio, la existencia de este órgano colegiado y, efectivamente, en el caso que analizamos existió.

Por su parte, el artículo 24.4 establece que

una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado al que se refiere el apartado 1 del artículo 22 de esta ley deberá emitir informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada.

El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada, que deberá notificarse a los interesados en la forma que establezca la convocatoria, y se concederá un plazo de 10 días para presentar alegaciones.

De lo que se puede deducir que el informe de este órgano colegiado era preceptivo por imperativo de la ley.

Por si fuera poco, el relato de hechos señala que se solicitó y se emitió en plazo otro informe preceptivo solicitado. Pues bien, no sería ajustada a derecho la delegación operada en este caso, pues el artículo 9.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, señala que

no constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento las circunstancias de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o un informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver una vez que el correspondiente procedimiento se haya emitido un informe o dictamen preceptivo, cosa que ha sucedido en este caso.



En este caso, el informe preceptivo de la consejería competente en materia de agricultura de la comunidad autónoma fue emitido en tiempo y forma.

## 8. Comente las circunstancias ocurridas con diversos solicitantes:

- a) A un solicitante no se le notificó la propuesta de resolución definitiva, pero se enteró de que estaba excluido al publicarse la misma en el BOE. Por ello, interpuso el recurso administrativo pertinente, entre otras razones, porque no había recibido notificación alguna.

El artículo 24.5 de la LGS señala que

la propuesta de resolución definitiva, cuando resulte procedente de acuerdo con las bases reguladoras, se notificará a los interesados que hayan sido propuestos como beneficiarios en la fase de instrucción, para que en el plazo previsto en dicha normativa comuniquen su aceptación.

Por tanto, a este solicitante no había que notificarle esa propuesta, pues no había sido propuesta para la concesión de la subvención. Bastaba la publicación de acuerdo con el artículo 44.1 b), al tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva.

Por otra parte, esa propuesta es un acto de trámite no cualificado según el artículo 112 (contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta ley. La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento) que dicta el instructor, luego no caber recurso alguno.

Respecto al motivo, entre otros, relativo a la falta de notificación de la propuesta, amén de lo ya dicho de que no había que notificarle, es que no se puede utilizar ese motivo para un recurso pues, aunque la notificación no se hubiere realizado siendo preceptiva, esa falta de notificación se entendería subsanada al interponer el recurso, por lo que ninguna indefensión real o material se produjo.

Por todo ello, ese escrito que denominó «recurso» debe ser interpretado como un escrito de alegaciones, a tenor del principio *in dubio pro actione* recogido en el artículo 115.2 de la LPAC, en el sentido de que «el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter».

b) Respecto a otro solicitante, ni en la propuesta de resolución definitiva ni en la resolución final del procedimiento apareció su nombre. El mismo había presentado su solicitud el día 20 de mayo del año XXX, por lo que, transcurridos seis meses desde dicha fecha entendió otorgada la subvención. Ante el no abono del importe de la subvención, en su creencia de que tenía derecho a recurrir, interpone recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

Interpretó mal tanto el cómputo del plazo para resolver como el sentido del silencio. Así, el artículo 25.4 de la LGS señala:

El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento no podrá exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca un plazo mayor o así venga previsto en la normativa de la Unión Europea. El plazo se computará a partir de la publicación de la correspondiente convocatoria, salvo que la misma posponga sus efectos a una fecha posterior.

Por lo tanto, debió entender no concedida la subvención, sin perjuicio de exigir a la Administración que le resuelva y notifique expresamente, porque así lo impone el artículo 21.1 de la LPAC al decir que

la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

En cuanto al recurso que interpuso contra la inactividad de la Administración es del todo improcedente. En este sentido, el artículo 29.1 de la LJCA señala:

Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En este caso no se da el presupuesto habilitante, en el sentido de que la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en vir-

tud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Eso hubiera ocurrido si se le hubiera reconocido la subvención y no se le pagara, pero no ha sido el caso, porque la Administración no se ha pronunciado al respecto. Por lo tanto, su derecho a recurrir a la vía contencioso-administrativa era exigir resolución expresa y, en su caso, recurrir contra una resolución presuntamente desestimatoria.

Por otro lado, tampoco estamos ante el supuesto del artículo 29.2 de la LJCA que señala:

Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78,

pues no existía acto firme alguno ni expreso ni presunto, porque el silencio era desestimatorio

c) Otro solicitante, al que la resolución no le concedió la subvención, recurrió en vía contencioso-administrativa la denegación, alegando que una de las bases que regularon el procedimiento y que se le aplicó para denegarle la subvención establecía que los únicos que podían participar en el procedimiento eran los titulares de fincas rústicas enclavadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no permitiendo la intervención de otros titulares que, como él, tenían fincas análogas con la consideración de montes.

Respecto a la procedencia del recurso, debemos reiterar que esa especificación territorial de los beneficiarios de la subvención se determinó en la Ley de presupuestos generales del Estado y, por tanto, las bases, en virtud del principio de jerarquía normativa, estaban obligadas a recoger esta determinación. Debió, en su momento, recurrirse, por quienes estuvieran legitimados, la referida ley.

Por otra parte, si fuera un acto administrativo, es cierto que el plazo de dos meses fijado en el artículo 46.1 de la LJCA ya había transcurrido sobradamente, pero las bases tienen valor de disposición general o reglamentaria, de manera que a tenor de lo establecido en el artículo 26 de la LJCA,

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

De manera que, transcurrido el plazo para el recurso directo contra esa base podría interponer el recurso indirecto, impugnando un acto dictado en aplicación de una disposición general (la bases), fundando el recurso en la ilegalidad de aquella.

Por su parte, el artículo 27 señala:

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.
2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

En este caso, el órgano competente que dictó la resolución fue la presidenta y el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso contencioso-administrativo contra sus actos era el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, pues el artículo 9.1 c) de la LJCA señala que este órgano jurisdiccional es competente

En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del artículo 10.

De manera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la LJCA ese Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo sería el competente para conocer del recurso contra el acto de aplicación de la base (resolución del procedimiento) y, estimado el recurso, esa sentencia debería declarar la nulidad de esa base.

En cuanto a las modalidades de recurso contencioso que pudo utilizar eran:

- O bien el recurso contencioso-administrativo ordinario que podría ir por el procedimiento abreviado del artículo 78 si la cuantía no superara los 30.000 euros. (Se pueden utilizar todos los argumentos que se estimen pertinentes sin limitación alguna).
- O bien, el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas, regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA, que es el procedimiento sumario y preferente a que se refiere el artículo 52.2 de la CE para la defensa de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitu-

cional. A diferencia del anterior, solo pueden utilizarse argumentos relativos a la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 14 al 30.1, nunca argumentos de infracción de la legalidad ordinaria (infracciones de derecho administrativo materiales o formales).

- Dictada sentencia firme en cualquiera de esos procedimientos podría, luego, acudir al Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo por vulneración del artículo 14 de la CE. Este proceso se regula en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, por lo dicho al principio, el órgano jurisdiccional debió por Auto declarar la no admisión del recurso a tenor de lo dispuesto en el art.51 c) de la LJCA «*por haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación*». También cabría la desestimación porque era obligatorio recoger en las Bases una determinación legal.

9. ¿Cómo será la resolución que solo hace constar de forma expresa la relación de los solicitantes que obtuvieron la subvención y no hizo constar la desestimación del resto de los solicitantes?

El artículo 25.3 exige que se haga constar la relación de los que obtuvieron las subvención y la desestimación del resto de solicitantes, pero en realidad estamos en presencia de un acto tácito para los que no se concede la subvención, porque si no aparecían en la lista como que se les había concedido la subvención, ya podían entender que se les había desestimado.

Evidentemente, la resolución, respecto a los que se desestimó la subvención, debería ser motivada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la LPAC, al menos en su apartado a), que especifica que deben ser motivados «los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos». Por tanto, si esta no motivación causó indefensión real y efectiva, la misma incurre en vicio de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC, por constituir una infracción del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los afectados tenían también la posibilidad de hacer jugar la figura del silencio administrativo desestimatorio, y pasados seis meses desde la convocatoria acudir a la vía contencioso-administrativa (art. 25.6 LGS).

10. ¿Cómo será, desde el punto de vista jurídico, la subcontratación realizada?

El artículo 29 de la LGS señala que la subcontratación la debe permitir la norma reguladora de la subvención, es decir, las bases de la misma, extremo que no nos indica el relato de hechos.

El porcentaje subcontratado no excederá del que se fije en las bases. Lo desconocemos. Si no se fija nada, no excederá del 50 % del importe de la actividad subvencionada. En este caso, excedía porque el importe de la subvención era de 3.000 euros y se ha subcontratado por 1.600 euros. Por tanto, salvo que las bases lo permitieran, esta subcontratación no es válida.

11. ¿Resulta ajustado a derecho que la presidenta del organismo ponga en marcha el procedimiento de revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho? Indique todas las consecuencias que podrían derivarse para el que fue beneficiario de esta subvención.

En principio esa subvención, efectivamente, era nula de pleno derecho, pues el artículo 36.1 de la LGS referido a la invalidez de la resolución de concesión señala que son causas de nulidad de la resolución de concesión: «a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común» –hoy, debe entenderse referido al art. 47.1 de la LPAC–. Los motivos concretos podrían ser dos o bien el e), por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o el f) actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren derechos o facultades sin tener los requisitos para ello.

Pero el artículo 36.5 de la LGS determina que «no procederá la revisión de oficio del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro contempladas en el artículo siguiente».

El artículo siguiente, el 37.1 a), señala que

también procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o la fecha en que el deudor ingrese el reintegro si es anterior a esta, en los siguientes casos: a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

Por tanto, lo que procedía era poner en marcha el procedimiento de reintegro regulado en los artículos 41 y 42 de la LGS, de los que destacamos:

- El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título IV de la LPAC, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo.
- El procedimiento de reintegro de subvenciones se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de

orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También se iniciará a consecuencia del informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Administración del Estado.

- En la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.
- El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 21 y 23 de la LPAC.

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

- La resolución del procedimiento de reintegro pondrá fin a la vía administrativa.  
Respecto a otras consecuencias que podría conllevar la actuación del beneficiario, falseando un documento para obtener la subvención, serían:
  - Que la Administración comunique a la fiscalía o autoridad correspondiente los hechos por un presunto delito de falsedad documental.
  - Incoar procedimiento sancionador por una presunta infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 58 a) de la LGS que podría conllevar, a tenor del artículo 63.1 a) de la LGS, la sanción de multa pecuniaria proporcional del doble al triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada o, en el caso de entidades colaboradoras, de los fondos indebidamente aplicados o justificados impuesta por el ministro competente en materia de Agricultura, que es adonde está adscrito el organismo autónomo, según el artículo 66.1 a) de la LGS. Finalmente, de acuerdo con el artículo 59 de la LGS «

las sanciones no pecuniarias, que se podrán imponer en caso de infracciones graves o muy graves, podrán consistir en:

- a) Pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas y avales de las Administraciones públicas u otros entes públicos.
- b) Pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de actuar como entidad colaboradora en relación con las subvenciones reguladas en esta ley.
- c) Prohibición durante un plazo de hasta cinco años para contratar con las Administraciones públicas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 22, 52.2, 149.1 y 162.1.
- Ley Orgánica 2/1979 (del Tribunal Constitucional), arts. 31.2, 41 y 62.
- Ley 29/1998 (de la jurisdicción contencioso-administrativa), arts. 9.1, 26, 27, 29, 51 y 114.
- Ley 38/2003 (general de subvenciones), arts. 2, 8, 10, 13, 17, 22, 23, 24, 25, 29, 36, 37, 41, 42, 59 y 61.
- Ley 43/2003 (de montes), art. 11.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 5, 14, 21, 22.1, 23, 28, 35, 40, 41.1, 43, 47, 48, 52, 53, 68.4, 80, 106, 112, 114, 115, 116, 123, 124 y 131.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 8.2, 9.5 y 155.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento de la Ley de subvenciones), arts. 11, 13, 28 y 88.



## 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](http://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](mailto: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](http://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.<sup>a</sup> 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.

# Formación a empresas

Cursos de formación a medida



En el CEF.- nos adaptamos a las necesidades formativas de todo tipo de empresas para ofrecer una propuesta global a medida



## Presencial

En nuestras sedes de Madrid, Barcelona y Valencia o bien en las instalaciones de tu empresa



## Telepresencial

Clases online y en directo que permiten interactuar con profesores y estudiantes










## Online

Vídeos explicativos y material audiovisual a través del campus virtual

## Nuestro proceso

- ✓ Análisis y detección de necesidades específicas
- ✓ Valoración y diseño a medida del plan formativo
- ✓ Puesta en marcha y ejecución
- ✓ Gestión de la bonificación de la FUNDAE
- ✓ Evaluación y encuestas
- ✓ Seguimiento

## Áreas formativas

-  **Tributación**
-  **Jurídica**
-  **Laboral y Recursos Humanos**
-  **Contabilidad y Finanzas**
-  **Dirección y Administración de Empresas**
-  **Excel y Microsoft Power BI**
-  **Marketing y Ventas**



Más información en:

 [www.cef.es/empresas](http://www.cef.es/empresas)

 91 451 98 28

**CEF.-**



PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

2022

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

**CEF.-**

### *Modalidades*

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 32.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 28.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 19.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 8.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 7.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

**CEF.-**

### *Dotaciones económicas*

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

**CEF.-**

### *Lugar y plazo*

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaria del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2022**, a las **20:00 horas**.

**CEF.-**

### *Solicitud de las bases*

Puede solicitar las bases del premio visitando [www.cef.es](http://www.cef.es)