

El volcán de La Palma: medidas jurídicas para garantía de los afectados

Octavio Manuel Fernández Hernández

Asunción del coste de los daños por los actos propios de otros

Juan Panisello Martínez

Domicilio electrónico de personas físicas en notificaciones administrativas

Vicente Magro Servet

La mediación en materia de *compliance*

Juan Carlos Velasco Perdígones

¡Feliz Navidad!



DEF.-
udima

Revista CEFLegal

Núm. 263 | Diciembre 2022

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

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

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

Nicolás González-Deleito y Domínguez. Socio de Cuatrecasas

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

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

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

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

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

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

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

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

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

Edita

Centro de Estudios Financieros

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

Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

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

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

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

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

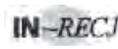
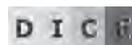
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- Algunos problemas en torno a la asunción del coste de los daños por los actos propios de otros, en el ámbito de la responsabilidad civil 5-32
Some problems around the assumption of the cost of damage for the acts of others, in the field of tort law
Juan Panisello Martínez
- Inclusión en ficheros de insolvencia patrimonial (Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2022) 33-38
Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

- El volcán de La Palma: medidas jurídicas para la garantía de los derechos de los afectados 39-68
The La Palma volcano: legal measures to cover the rights of the affected
Octavio Manuel Fernández Hernández
- Hacia un domicilio electrónico obligatorio de las personas físicas ante la Administración pública en materia de notificaciones 69-100
Mandatory electronic address for natural persons before the public Administration regarding notifications
Vicente Magro Servet
- La determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados solo puede ir referida a la oferta global 101-104
Jaime Pintos Santiago y María Dolores Fernández Uceda

Penal

- La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento 105-124
Compliance mediation and its integration into compliance programs
Juan Carlos Velasco Perdigones

Casos prácticos

Civil

- Covid y fuerza mayor en los arrendamientos 125-128
Adelaida Medrano Aranguren
- Arrendamiento de local de negocio y su traspaso 129-137
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

- Contrato administrativo de servicios y contratación electrónica. Valor estimado. Precio de licitación 138-158
Julio Galán Cáceres

- Normas de publicación 159-160

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>

Algunos problemas en torno a la asunción del coste de los daños por los actos propios de otros, en el ámbito de la responsabilidad civil

Juan Panisello Martínez

Abogado

bufetepanisello@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-1806-7812>

Este trabajo ha sido **finalista** en el **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

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

Extracto

Los actuales supuestos de responsabilidad civil en que una persona responde por los daños causados por otra evidencian no solo una dispersión de criterios y de constante evolución, sino que también ese modo de funcionamiento debe ser analizado desde el punto de vista de las disfunciones que provoca. Se presume responsable a quien ha participado de alguna manera en la producción del daño causado a través de una conducta negligente consistente en no haberlo evitado, debiendo hacerlo. En realidad, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio. La responsabilidad por hecho ajeno se convierte en una garantía legal en favor de las víctimas. Se convierte en un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas de daños causados.

Palabras clave: responsabilidad civil; daños; culpa; riesgo; seguro.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Citación: Panisello Martínez, J. (2022). Algunos problemas en torno a la asunción del coste de los daños por los actos propios de otros, en el ámbito de la responsabilidad civil. *Revista CEFLegal*, 263, 5-32.



Some problems around the assumption of the cost of damage for the acts of others, in the field of tort law

Juan Panisello Martínez

Abstract

The current cases of tort law in which a person is liable for the damages caused by another, evidences not only a dispersion of criteria and constant evolution, but also that this mode of operation must be analyzed from the point of view of the dysfunctions it causes. It is presumed liable to those who have participated in any way in the production of the damage caused through negligent conduct consisting of not having avoided it, and must do so. In fact, there is no liability for someone else's act but, rather, a real case of responsibility for one's own act. Liability for an act of others becomes a legal guarantee in favor of the victims. It becomes a mandatory insurance that the law grants to victims of damages caused.

Keywords: tort law; damage; fault; risk; insurance.

Citation: Panisello Martínez, J. (2022). Algunos problemas en torno a la asunción del coste de los daños por los actos propios de otros, en el ámbito de la responsabilidad civil. *Revista CEFLegal*, 263, 5-32.



Sumario

1. Cuestiones previas
 2. La responsabilidad por los actos de los empleados
 - 2.1. De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo
 - 2.2. La responsabilidad del empresario como efecto del riesgo organizativo
 3. La responsabilidad por los actos del personal de la Administración y sus funcionarios
 - 3.1. La reticencia al ejercicio de la acción de regreso
 - 3.2. Alternativas a la acción de regreso
 4. La responsabilidad por los actos de los menores o de las personas con discapacidad
 - 4.1. La responsabilidad civil en el Código Civil
 - 4.2. La responsabilidad civil en el Código Penal
 - 4.2.1. La responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal
 - 4.2.2. La responsabilidad por los daños causados por delincuentes mayores de edad sujetos a curatela
 - 4.3. La responsabilidad en la Ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores
 - 4.3.1. Hechos punibles cometidos por menores de 14 años
 - 4.3.2. Hechos punibles cometidos por los menores de edad mayores de 14 años
 - 4.4. La responsabilidad de los centros docentes privados
 - 4.4.1. Responsabilidad por actos ilícitos dañosos no tipificados penalmente
 - 4.4.2. Responsabilidad por actos penalmente tipificados
 5. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Cuestiones previas

En determinadas hipótesis el ordenamiento hace recaer la obligación de asumir los costes de los daños que se han producido a quien no los ha ocasionado física o materialmente. Se establece así lo que se denomina responsabilidad por el hecho de otro o responsabilidad vicaria, a través de la cual un determinado sujeto responde por los daños causados por conductas dañosas de un tercero con el que está vinculado por una relación de agencia, dependencia u otro tipo de relación análoga. La ley señala como responsable a alguien porque presume que ha participado de alguna manera en la producción del daño causado a través de una conducta negligente consistente en no haberlo evitado, debiendo hacerlo (Gómez Pomar, 2004, pp. 2 y ss.).

Pero esta presunción permite afirmar que entonces en realidad no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio. La responsabilidad por hecho ajeno no sería un reproche, sino una garantía legal en favor de las víctimas. Así, por ejemplo, afirmar que el principal (en una relación de dependencia laboral) ha causado el daño no deja de ser una ficción y se estaría dando por cierto algo que no se ajusta a la realidad, y además sin ofrecer razón alguna por la cual hay que fingir algo que evidentemente no ha ocurrido (Keren Paz, 2016, p. 125).

Lo que se pretende es explicar los motivos por los que el sistema de responsabilidad vicaria en general evidencia su ineficacia.

2. La responsabilidad por los actos de los empleados

La responsabilidad del empresario por los actos de sus empleados prevista en el artículo 1903.4 del CC, se ha basado tradicionalmente en la *culpa in vigilando* o *in eligendo* del empresario, y constituye en la actualidad una fuente importante de reclamaciones derivadas de las nuevas y complejas relaciones empresariales. Es un hecho patente que el clásico binomio patrón-empleado no representa al modelo actual de centro de imputación de responsabilidades al empresario. La multitud de sujetos que intervienen en la cadena empresarial dificulta enormemente la individualización del sujeto que debe ser condenado a resarcir el daño causado a un tercero como consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial (Beluche Rincón, 2011, pp. 387 y 388).

2.1. De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo

Al amparo de lo establecido en el artículo 1903.4 del CC, la jurisprudencia ha venido fundamentando la responsabilidad de los empresarios ante terceros lesionados por los actos de sus asalariados en dos motivos¹: ya sea en la *culpa in eligendo* (cuando el empresario selecciona al asalariado él es el responsable de sus acciones)² o en la *culpa in vigilando o in controlando* (cuando el empresario debe controlar y supervisar la actividad de sus asalariados)³. Englobando ambos elementos podría decirse que en esencia el empresario es responsable ante la víctima por un funcionamiento deficiente de la empresa o *culpa in operando*⁴, pero quedará exento de responsabilidad cuando no hubiera asumido el deber de vigilancia y no se hubiera reservado una participación o dirección en los trabajos ejecutados por un tercero⁵.

Los principales requisitos para considerar que existe responsabilidad por parte del empresario son⁶: a) la existencia de una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada⁷, articulándose de ordinario pero no exclusivamente a través de un contrato laboral⁸; b) la realización del daño tiene que haberse producido dentro de las horas de trabajo y como resultado del trabajo realizado⁹; y c) la conducta negligente del dependiente¹⁰. Este último requisito presenta dudas en cuanto a la verdadera necesidad de su concurrencia y, de hecho, el Tribunal Supremo ha dictado resoluciones en uno y otro sentido¹¹.

Una vez acreditadas estas circunstancias los empresarios deberán responder directamente ante las víctimas sobre la idea de que tuvo que existir una propia negligencia en el control

¹ STS de 29 de febrero de 1996 (rec. núm. 2422/1992).

² STS de 18 de julio de 2005 (rec. de casación núm. 1137/1999).

³ STS de 30 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4815).

⁴ STS de 3 de abril de 2006 (NCJ049635).

⁵ STS de 29 de septiembre de 2000 (rec. núm. 2865/1995).

⁶ STS de 20 de diciembre de 1996 (rec. núm. 917/1993).

⁷ STS de 21 de junio de 2006 (rec. núm. 4907/1999).

⁸ STS de 29 de octubre de 2002 (NCJ040342).

⁹ SSTS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828) y 18 de mayo de 2006 (sentencia núm. 520/2006).

¹⁰ SSTS de 6 marzo 2007 (RJ 2007\1828) y 10 de octubre de 2007 (NCJ038444).

¹¹ Sentencias que tienden a objetivar la responsabilidad civil del empresario aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo: SSTS de 17 de octubre de 2001 (NCJ039073), 22 de abril de 2003 (NCJ036083), 1 de octubre de 2003 (NCJ039711) y 17 de julio de 2003 (rec. de casación núm. 752/1997). Sin embargo, no es menos cierto que otro importante grupo de sentencias rechaza el riesgo como fuente única de la responsabilidad civil por culpa extracontractual: STS de 31 de marzo de 2003 (rec. de casación núm. 2476/1997), 9 de julio de 2003 (Sentencia núm. 696/2003) y STS de 31 de diciembre de 2004 (rec. de casación núm. 531/1998).

o en la elección de los asalariados¹², y sin perjuicio de la negligencia requerida en la conducta del causante del daño –asalariado–¹³. Ahora bien una vez que el empresario hace frente a los costes de los daños que se han producido frente a la víctima, puede ejercer con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1904.1 del CC la acción de repetición contra el asalariado¹⁴.

Pero lo importante es señalar en este momento que tal como se ha concebido tradicionalmente esta responsabilidad vicaria, puede advertirse la existencia de una concurrencia de culpas o la exigencia de una doble culpa. Por un lado, la del sujeto que con sus actos causa directamente el daño, el dependiente; y por otro, la del sujeto que, por disposición legal, aparece como centro de imputación del daño causado por su dependiente a un tercero. Pero la culpa como negligencia o imprudencia y que opera cuando un sujeto, por no observar la diligencia debida, causa un daño a otro ha experimentado a lo largo de los años un proceso evolutivo que ha desembocado, también en el caso concreto del artículo 1903.4 del CC, en una cuasiobjetivación de la responsabilidad, para algunos, o, mejor dicho, en una clara y decisiva objetivación de la misma, basada en la llamada teoría del riesgo.

Como consecuencia de esta evolución se atribuye la responsabilidad a aquel sujeto que por la actividad desarrollada por otro obtiene beneficios, debiendo asumir en consecuencia el riesgo derivado del mismo, sin necesidad de averiguar la culpa. Asimismo, esta reorientación fundamenta en otras ocasiones la atribución de la responsabilidad al empresario en el principio de solidaridad, en la medida en que la empresa se encuentra en mejores condiciones económicas para resarcir el daño que el empleado causante directo del mismo, normalmente insolvente.

2.2. La responsabilidad del empresario como efecto del riesgo organizativo

La obligación de indemnizar que el artículo 1903.4 del CC hace pesar sobre el empresario constituye un riesgo de empresa en virtud del cual el empresario responde frente a terceros de la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, y esa corrección incluye los hechos de sus empleados (Roca Trías, 2003, p. 111).

En la medida en que la responsabilidad del empresario está basada en ese riesgo organizativo, cabe advertir que el requisito de la dependencia adquiriere una configuración diferente. En este sentido, la concepción clásica de la responsabilidad de los empresarios por los actos de sus empleados como un régimen en el que el patrón responde por un em-

¹² STS de 6 de octubre de 1994 (rec. núm. 2842/1992).

¹³ STS de 25 de octubre de 1996 (RJ 1996\4728).

¹⁴ STS de 26 de octubre de 2002 (NCJ040354).

pleado, a quien encomienda la realización de una actividad empresarial, queda desdibujada cuando pretendemos aplicarla a un empleado que desempeña sus funciones en una organización compleja. En una organización, las funciones de control y supervisión se diluyen en una infinidad de relaciones de agencia. La responsabilidad de los empresarios por los actos de sus empleados se convierte entonces en un coste más de la actividad empresarial, en una prima que paga el empresario en favor de las víctimas potenciales de daños causados por la actividad propia del giro de la empresa; un seguro obligatorio que la ley consiente a las víctimas de daños causados por las organizaciones empresariales. El empresario pasa a ser un codeudor que asume el riesgo de la insolvencia de sus empleados y los costes de identificación de la víctima (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, p. 20). La inadecuación de la culpa como criterio tradicional de imputación subjetiva de responsabilidad es lo que subyace en la jurisprudencia objetivadora, que debería ser el punto de arranque de una evolución legislativa hacia una nueva configuración de la responsabilidad del empresario por los hechos dañosos de sus dependientes (Beluche Rincón, 2011, pp. 387 y 388).

El Tribunal Supremo ha intentado superar la falta de adaptación del texto del artículo 1903.4 del CC a la realidad empresarial moderna, caracterizada por una relación entre los empresarios y auxiliares menos personal y directa, mediante una aplicación flexible del precepto. Esta interpretación, a pesar de reconocer formalmente la posibilidad teórica de que el principal pueda exonerarse de acuerdo con la regla del artículo 1903.6 del CC¹⁵, hace prácticamente imposible que ello suceda en la realidad (Peña López, 2004, p. 155). En este sentido cada vez son más habituales resoluciones del Tribunal Supremo que se refieren al carácter cuasiobjetivo de la responsabilidad del empresario o a la admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo para justificar este resultado¹⁶. Además, para hacer responder al empresario, los tribunales consideran suficiente probar la culpa anónima de algún auxiliar, sin necesidad de identificar el concreto auxiliar causante del daño¹⁷.

Tal vez lo más eficiente consistiría en que el empresario respondiera objetivamente de los riesgos típicos de su actividad y, entre ellos, como un riesgo más de su empresa, de los daños culposamente causados por sus empleados en el desempeño de sus tareas. El empresario, ajeno a la causación del daño, y con independencia de su culpa en la elección, vigilancia y control del dependiente, debería responder objetivamente de los daños de los que aquel en el que ha diferido el ejercicio de sus cometidos empresariales sea subjetivamente responsable. La responsabilidad del empresario tendría que modelarse como una responsabilidad vicaria, en la que la culpa del dependiente fuera requisito *sine qua non* —de modo que aquel solo pudiera exonerarse por la inexistencia de tal culpa de su empleado—

¹⁵ SSTS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828), 10 de octubre de 2007 (NCJ038444), 2 de abril de 2004 (NCJ039909) y 24 de marzo de 2003 (rec. de casación núm. 2326/1997).

¹⁶ SSTS de 19 de junio de 2000 (NCJ045017), 31 de octubre de 1998 (rec. de casación núm. 441/1994) y 20 de diciembre de 1996 (rec. núm. 917/1993).

¹⁷ SSTS de 11 de noviembre de 2002 (NCJ039362) y 9 de junio de 1998 (rec. de casación núm. 819/1994).

y se le permitiera recuperar el coste de los daños pagados, repitiendo frente a este, que es el deudor principal (Beluche Rincón, 2011, pp. 387 y 388).

Esta propuesta de responsabilidad vicaria del titular de la empresa por los daños culposamente causados por sus empleados, con ocasión del desarrollo de actividades ordinarias de la empresa que no comporten peligros excepcionales, tiene su lógica y sus ventajas. En primer lugar, si un empresario desarrolla una actividad con el fin de obtener lucro, es razonable que sea responsable de manera objetiva por los daños causados por sus dependientes negligentes en el ejercicio de sus funciones. En segundo lugar, la propia actividad empresarial atribuye al empresario una función de garantía respecto a la actuación de sus dependientes, y ese papel de garante permite que la víctima pueda accionar de manera directa y exclusiva frente al empresario, seguramente más solvente que el dependiente responsable directo del daño, sin perjuicio de que pueda repercutirle el coste de los daños a los que ha hecho frente. En tercer lugar, la simple capacidad económica del empresario para asegurarse es una consideración añadida para la defensa del sistema de responsabilidad objetiva del empresario.

Sin embargo, la responsabilidad vicaria del titular de la empresa, por los daños culposamente causados por sus empleados con ocasión de sus funciones, se topa con el problema de la identificación del dependiente culpable y de la necesidad de probar su negligencia como auténtica causa del daño. Por ello, la doctrina afirma que en estas hipótesis de difícil comprobación subjetiva, ha de producirse un tránsito de la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, p. 20). El empresario debería responder a través de un sistema de responsabilidad directa (no vicaria) como titular que es de la organización empresarial en la que se organiza el daño.

En definitiva, si bien el empresario debe ser vicariamente responsable del daño causado culposamente por un empleado determinado con ocasión de sus funciones, ha de ser subjetivamente responsable del daño causado por cualquier dependiente no identificado cuando tal daño sea realización del riesgo típico de su actividad, salvo que pruebe que adoptó las medidas idóneas para evitarlo (Basozabal Arrue, 2015, p. 236). De una responsabilidad por hecho ajeno se ha de evolucionar hacia una responsabilidad por hecho propio que ponga a cargo del empresario los daños típicos evitables. Debe progresarse de una responsabilidad por hecho del dependiente a una responsabilidad de la organización por culpa presunta: una culpa objetiva por infracción de los deberes de cuidado propios de la actividad empresarial de que se trate, que ha de presumirse¹⁸.

Sin duda un sistema de responsabilidad objetiva resulta más adecuado en relación con el desarrollo por la empresa de actividades anormalmente peligrosas¹⁹. En estos casos de

¹⁸ Artículo 4:202. Responsabilidad de la empresa, European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law (PETL), disponible en <http://www.egtl.org>.

¹⁹ Artículo 5:101. Actividades anormalmente peligrosas, PETL.

responsabilidad acentuada el empresario respondería simplemente por los daños causados que sean consecuencia de los riesgos de su actividad, reputándose actividad anormalmente peligrosa la que crea un riesgo previsible y significativo –en atención a la gravedad o a la probabilidad– de daño, aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y no se trate de una actividad de uso común (Basozabal Arrue, 2015, p. 28). El hecho de que la responsabilidad no dependiera de la culpa no implica que se trate de una responsabilidad por mera causación, o de un mero reparto social de ciertos riesgos (Díez-Picazo y Ponce de León, 2011, pp. 109 y ss.). Se trataría de una responsabilidad personal imputable a un comportamiento libre: el de quien decide servirse de una fuente de riesgo para poner en marcha una actividad y obtener así una ganancia, y que en el desarrollo de dicha actividad causa un daño, quizá a pesar de haberla llevado a cabo diligentemente (Basozabal Arrue, 2015, pp. 55 a 57).

3. La responsabilidad por los actos del personal de la Administración y sus funcionarios

El actual sistema jurídico de la responsabilidad civil posibilita que, en garantía de las víctimas, estas puedan reclamar frente a las Administraciones públicas el resarcimiento de los daños ocasionados por sus autoridades o empleados públicos (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, pp. 11 a 17). La Administración, una vez haya indemnizado el coste de los daños a los perjudicados, puede repercutir de oficio a sus autoridades y empleados el resarcimiento de los daños que estos hayan causado en el desempeño de sus funciones mediante dolo, culpa o negligencia grave (art. 36.2 Ley 40/2015)²⁰. Sin embargo, en la práctica la Administración casi nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio (Barcelona Llop, 2000, p. 45).

3.1. La reticencia al ejercicio de la acción de regreso

Al margen de la ausencia de mecanismos procesales que permitan ejecutar forzosamente la acción de regreso en el caso de que la Administración no la ejercite, el párrafo segundo del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece una serie de criterios que deben ser ponderados para decidir si se exige responsabilidad a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, a pesar de que concurran los requisitos para ejercitar la acción de regreso. Esta exigencia legal de ponderar matiza la pretendida obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso, al disponer la Administración de un margen de apreciación para efectuar la ponderación, margen que deriva de la indeterminación de los criterios enunciados por el legislador, al no concretar

²⁰ STS de 17 de febrero de 2006 (rec. de casación núm. 2288/1999).

cómo deben ser ponderados, así como de la posibilidad de que la Administración tenga en cuenta también otros criterios distintos de los mencionados en dicho precepto, posibilidad que se desprende de la expresión «entre otros» que en el precepto se emplea (Sánchez Morón, 2006, p. 919).

A pesar de lo afirmado en la norma y del tiempo transcurrido desde que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sustituyera la expresión «podrá exigir» por la de «exigirá de oficio», la realidad desborda y supera la previsión normativa, pues la responsabilidad civil de los servidores públicos por los daños ocasionados en el ejercicio de sus cargos no ha sido exigida por la Administración prácticamente nunca (Díez Sánchez, 2007, p. 216).

Sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda reclamarse al servidor público cuando su conducta no haya sido diligente, la Administración puede ejercer la acción de repetición para recuperar el importe de la indemnización abonada. Pero, como la Administración puede incoar expediente administrativo sin necesidad de exigir una compensación económica al personal a su servicio, con la finalidad de que el ciudadano no conciba esta pasividad como producto de una mala administración, se ve en la necesidad de incoar los expedientes disciplinarios cuando la actuación de un empleado público pueda ser calificada contraria a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que el empleado presta su servicio, siempre que de ella se derive un perjuicio a los administrados (Delgado Moral, 2019, p. 110).

Asimismo, la falta de ejercicio de la acción de repetición estriba en que a la víctima y a los tribunales les resulta mucho más fácil identificar a la Administración a cuyo servicio se encontraba el agente que ha provocado el daño, así como en el hecho de que las autoridades y funcionarios carecen por lo común de los recursos patrimoniales necesarios para reparar muchos de los daños que ocasionan, algunos de los cuales revisten una extraordinaria magnitud²¹.

Probablemente la reticencia de la Administraciones pública a exigir la responsabilidad civil de autoridades y empleados públicos por los costes de los daños ocasionados negligentemente en el desempeño de sus funciones obedece, en gran medida, a que de ese modo satisfacen mejor los intereses generales que representan (Doménech Pascual, 2009, p. 116): si el personal al servicio de la Administración estuviese obligado finalmente a responder, posiblemente adoptaría cautelas excesivamente costosas, primándose alternativas de actuación que minimizaran los eventuales daños resarcibles sobre las alternativas más convenientes para los intereses públicos. Además, para que la Administración pudiera disponer de personal potencialmente idóneo, tendría que recurrir al pago de un

²¹ STS de 15 de marzo de 2005 (rec. núm. 7498/2000).

seguro o elevar sus retribuciones en la cuantía suficiente para que pudiera contratarlo el propio personal, con el fin de cubrir sus responsabilidades ante una eventual acción de regreso. En definitiva, a la Administración le resulta más rentable asumir de manera directa el coste de los daños y no repercutir al personal a su servicio, que incrementarles los salarios para que de una u otra manera sea una compañía de seguros la que haga frene al pago final. Además, los administrados se ahorran los costes que ocasionaría la gestión de los contratos de seguro y el oportuno beneficio empresarial (Doménech Pascual, 2019, pp. 24 y 25).

El efecto primordial de la falta de ejercicio de la acción de regreso es que no estimula la conducta diligente del personal al servicio de la Administración pública, porque desaparece la amenaza de responder con su propio patrimonio por los daños causados imprudentemente. Pero, por el contrario, ejercitar la acción de regreso y hacer que sea el personal el que responda con su propio patrimonio del daño causado comporta un efecto o riesgo similar: el personal al servicio de la Administración pública tomará la decisión de cubrir su responsabilidad con un seguro, seguro que se activará ante el ejercicio de la acción de regreso, con lo que desaparecerán los incentivos que le impulsaban a actuar de manera diligente, pues el coste de los daños que se causen los asumirá la compañía de seguros.

3.2. Alternativas a la acción de regreso

La existencia de un contrato de seguro puede propiciar comportamientos ineficientes y reducir las cautelas que la persona debe adoptar en sus actos. Y aunque las compañías de seguros articulen mecanismos para paliar comportamientos ineficientes, difícilmente conseguirán eliminarlos por completo, por mucho que exijan primas más elevadas al personal potencialmente con más riesgo, o por mucho que bonifiquen las primas a los que acrediten bajos índices de siniestralidad o a quienes adopten determinadas precauciones –p. ej. cursos de formación– encaminadas a prevenir daños (Gómez Ligüerre *et al.*, 2003, pp. 15 y ss.).

No es demasiado aventurado sostener que la Administración puede reducir más eficientemente que las compañías de seguros el riesgo moral derivado del hecho de que sus funcionarios estén «asegurados» (asegurados bien porque han contratado un seguro o bien porque *de facto* no existe la acción de regreso). Además de poder otorgar también bonificaciones de diversa índole a los empleados que más correctamente hayan desempeñado sus tareas, la Administración tiene la ventaja de que posee mejor información que las compañías de seguros sobre la peligrosidad o el riesgo que entrañan cada uno de los puestos de trabajo y de las actividades que se desarrollan. A ello se une que la Administración puede controlar y dirigir la actividad de sus funcionarios «asegurados», evitando, por ejemplo, que los menos cautos ocupen los puestos de mayor riesgo, vigilando y exigiendo mayor diligencia a los más descuidados, asignando las tareas más peligrosas a los más competentes, etc. Y, en todo caso, la Administración tiene la posibilidad de prevenir la realización de

conductas dañinas por parte del personal a su servicio mediante un adecuado ejercicio de la potestad disciplinaria. Obsérvese que muchas de las acciones gravemente culposas que sobre el papel permitirían el ejercicio de la acción de regreso constituyen también infracciones disciplinarias, amenazadas con sanciones que, sin duda alguna, poseen una notable eficacia disuasoria (Díez Sánchez, 2007, p. 214).

Lo que si debiera distinguirse es entre el carácter culposo o intencionado de la lesión. La Administración debería ejercer la acción de repetición cuando los daños han sido causados dolosamente. Las mismas razones que siempre han llevado al legislador a excluir la cobertura de los siniestros causados por la conducta dolosa del asegurado justifican que los funcionarios que hayan provocado intencionadamente una lesión a terceros no gocen de inmunidad frente al ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, pp. 16 y 17).

Consentir que el personal al servicio de la Administración quede *de facto* asegurado por los daños que provoquen de manera intencionada no tiene sentido alguno, pues resulta muy costoso para la Administración y no reporta beneficio alguno a los empleados cuya conducta es diligente. No asegurar los daños dolosos supone un significativo ahorro para la Administración, sin que ello perjudique en lo más mínimo a los funcionarios con conductas diligentes, pues estos siempre tienen la posibilidad de eludir dicha responsabilidad a un coste cero: tan solo deben abstenerse de provocarlos voluntariamente.

El problema es que en la práctica no siempre es fácil distinguir entre dolo y culpa, por lo que existe el riesgo de que al enjuiciar la conducta del funcionario la Administración y, en última instancia, los tribunales consideren que este ha actuado dolosamente y le exijan la reparación de los daños ocasionados cuando, en verdad, este no los causó de manera intencionada, sino «tan solo» negligentemente. Si este riesgo alcanza niveles significativos, es probable que se produzca una disminución indeseable del atractivo del empleo público y, correlativamente, de su demanda, pues los funcionarios no pueden ponerse a cubierto del citado riesgo mediante la contratación de un seguro. Una manera de reducir dicho riesgo sería poner suma cautela en la utilización de la acción de regreso: ejercerla solo en los casos en los que, sin duda alguna, pueda constatarse que el servidor público provocó el daño dolosamente (Gómez Pomar y Arquillo Colet, 2000, p. 3).

Puede observarse por tanto que en un primer momento la falta de ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración podría considerarse una práctica no deseable y perjudicial (Doménech Pascual, 2009, p. 116), porque permite que el personal a su servicio quede impune y el erario dañado, al asumir el coste de no hacerles responder y cargar los contribuyentes con las consecuencias patrimoniales negativas de sus conductas (Barcelona Llop, 2000, pp. 44 y ss.). Sin embargo, y analizadas las cosas desde otra perspectiva, esa falta de ejercicio puede resultar más eficiente siempre que la Administración disponga de medidas concretas de dirección, inspección y, en su caso, sanción, medidas de las que no disponen las compañías de seguros (Doménech Pascual, 2008, pp. 12 a 14).

4. La responsabilidad por los actos de los menores o de las personas con discapacidad

La regulación normativa en España de la responsabilidad civil de padres, tutores y curadores está enormemente fragmentada, causando inseguridad jurídica, resoluciones contradictorias y falta de coherencia entre las diversas hipótesis contempladas. La aplicación del Código Civil, del Código Penal o de la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM) depende de la edad del autor de los daños y de la tipificación o no como ilícito penal del acto que causa el daño. Así, por ejemplo, por los ilícitos penales cometidos por un menor de edad mayor de 14 años los padres responden de manera objetiva solo si este es penalmente imputable (supuesto en que también lo será civilmente) (art 61.3 LORPM), respondiendo por culpa en caso contrario (art. 5.1 LORPM y art. 118.1.1.^a CP) (Gómez Calle, 2006, p. 1287).

4.1. La responsabilidad civil en el Código Civil

En el ámbito civil general y en los supuestos en que un daño sea causado por un menor o por un mayor de edad con discapacidad, siempre que el acto no revista caracteres de delito, se atribuye la responsabilidad civil a las personas bajo cuya guarda, tutela o curatela se encuentren. Pero estos quedan exonerados de responsabilidad cuando prueben que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1903.7.º CC)²².

Esta carga de probar el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño para poder liberarse de responsabilidad hace que, sobre la base de los principios *culpa in vigilando* y *culpa in educando* (Gómez Calle, 2006, p. 1287), la responsabilidad en la práctica pase a ser directa y cuasiobjetiva o por riesgo²³. En la búsqueda de un responsable que atienda la reparación del daño causado por el menor, el Tribunal Supremo ha acabado por convertir a los guardadores legales en una especie de compañía de seguros que debe responder siempre atendiendo a criterios objetivos de acaecimiento del daño (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 39), facilitando la indemnización del coste de los daños a la víctima²⁴.

Resulta prácticamente imposible localizar un solo caso en el que los padres hayan conseguido probar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o incapaz: responden los padres, sencillamente, porque son padres (Durany Pich, 2000a, p. 1). Y lo mismo ocurre con los tutores y curadores (Tenreiro Busto, 2021, p. 5). La jurisprudencia ha venido optando por declarar la responsabilidad de los padres por ser negligentes, descuidados e impruden-

²² SAP de Baleares de 19 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APIB:2012:743).

²³ SSTS de 8 de marzo de 2006 (NCJ047589) y 10 de noviembre de 2006 (NCJ042658); SSAP de Valencia de 23 de enero de 2012 (JUR 2012\171580) y de Madrid de 28 de septiembre de 2011 (JUR 2011\24867).

²⁴ STS de 29 de diciembre de 1962 (RJ 1962\5141).

tes, enturbiando el fundamento culpabilístico de la responsabilidad²⁵. En la práctica el Tribunal Supremo eleva tanto el nivel de exigencia en la admisión de la prueba de la diligencia debida, que en contadas ocasiones tiene lugar la exoneración de los padres por la responsabilidad de sus hijos²⁶. E incluso en ocasiones la absolución de los padres no es debido a que probaran la no concurrencia de culpa, sino más bien porque faltaba la relación de causalidad²⁷.

Esta realidad jurisprudencial contenida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo evidencia que en la práctica totalidad de los casos se declara la responsabilidad civil de los padres sin ninguna posibilidad real de exoneración. Esta línea ha sido criticada por diversos autores, que consideran que parece que la responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos es una auténtica obligación derivada de la patria potestad, y no una responsabilidad basada en el criterio de la culpa. Además, como no se establece una obligación de responsabilidad por los daños ocasionados por los menores y las obligaciones legales no se presumen (art. 1090 CC), el Tribunal Supremo ha tenido que deformar y forzar el artículo 1903 del CC hasta tal punto de que ha cambiado completamente su significado: la responsabilidad de los padres se ha convertido por obra de nuestro Tribunal Supremo en la más objetiva de las responsabilidades por el hecho ajeno, que recoge el artículo 1903 del CC (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 37).

En la jurisprudencia española se encuentran abundantes supuestos de lo que podría denominarse «la presunción de negligencia de los padres», a los que se les acaba atribuyendo siempre la responsabilidad civil con independencia del cuidado y diligencia desarrollados²⁸, pudiendo encontrarse o deducirse una línea argumental que –quizá al margen de los que el legislador estableció inicialmente en el art. 1903 CC– considera que mientras los hijos o pupilos no sean mayores de edad o se emancipen, los padres o tutores deben responder de los actos de aquellos, con independencia de si los padres o tutores son conscientes²⁹ o no³⁰ de las actividades de sus hijos o pupilos, o de si hubiera mediado prohibición expresa³¹. En consecuencia, con arreglo al principio *culpa in vigilando*, los padres y tutores siempre deben

²⁵ SSTS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000\1520), 30 de junio de 1995 (rec. núm. 795/1992) y 13 de octubre de 1998 (NCJ047926).

²⁶ STS de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997\1650), que contempla uno de estos supuestos de exoneración de responsabilidad de los padres.

²⁷ SSTS de 10 de junio de 2008 (rec. de casación núm. 1785/2001) y 28 de diciembre de 2001 (NCJ060250).

²⁸ SSTS de 23 de febrero de 2010 (rec. de casación núm. 1697/2005), 10 de noviembre de 2006 (NCJ042658), 8 de marzo de 2002 (NCJ039752), 21 de octubre de 2002 (NCJ039917), 12 de mayo de 1999 (NCJ046201) y 22 de septiembre de 1992 (sentencia núm. 827/1992). En sentido opuesto, admitiendo la falta de responsabilidad de los padres, por todas, STS de 27 de enero de 2006 (rec. núm. 2244/1999).

²⁹ SAP de Albacete de 24 de julio de 2004 (JUR 2004\243409).

³⁰ STS de 12 de mayo de 1999 (NCJ046201).

³¹ STS de 14 de abril de 1977 (RJ 1977\1654).

controlar³² las actividades normales de los menores mientras están bajo su custodia³³. Incluso cuando no estén con el menor en el preciso momento de causar el daño (p. ej. el niño está jugando solo en un parque y daña a otro niño), serían responsables de los actos de sus hijos o pupilos por la misma razón: no deberían haber dejado al menor solo y deberían haberse ocupado de él³⁴. La *culpa in vigilando* cesa cuando el menor es puesto bajo la custodia de otra persona –p. ej. la escuela–, pero se reanuda cuando el padre o tutor lo recoge³⁵. La *culpa in educando*, a diferencia de la *culpa in vigilando*, igualmente se aprecia aun cuando los padres o tutores no tengan la custodia en el momento en el que se causa el daño³⁶.

4.2. La responsabilidad civil en el Código Penal

El Código Penal de 1995 estableció que los menores de 18 años no son responsables criminalmente con arreglo al Código Penal, y remitió el establecimiento del régimen de responsabilidad, en estos casos en que un menor comete un acto tipificado, a lo que estableciera la futura Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (art. 19 CP).

De este modo, la responsabilidad civil por delitos cometidos por menores se ve afectada por un primer reenvío del artículo 1092 del CC al artículo 19 del CP, y por un segundo reenvío de este a la LORPM, sin que los reenvíos acaben aquí, ya que la LORPM realiza a su vez un doble reenvío: por un lado, remite al Código Penal para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil, y por otro lado, remite al Código Civil y a la LEC para regular todo lo relativo a la responsabilidad civil cuando el perjudicado se reserve la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil (art. 61.1 LORPM).

Esta fragmentación normativa de lo que en puridad es una misma cuestión provoca inseguridad, falta de coherencia y resoluciones contradictorias. La distinción normativa entre una responsabilidad civil de carácter general y una forma específica que se define como dimanante de un ilícito penal debería haber dejado de existir hace tiempo. El legislador de 1995 ignoró la reiterada crítica de la doctrina, ante todo la civilista, al hecho de que apareciera regulado en cuerpos normativos penales un tema netamente civil como es el de la reparación del daño que una persona ocasiona, sea cual sea el carácter del ilícito del que ese

³² SSTS de 4 de mayo de 1984 (RJ 1984\2396) y 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984\4332).

³³ STS 22 de septiembre de 1984 (sentencia núm. 505/1984): la responsabilidad civil de los padres por los actos realizados por los hijos que se encuentran bajo su potestad se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que les incumbe.

³⁴ STS de 11 de marzo de 2000 (NCJ048429).

³⁵ SSTS de 10 de diciembre de 1996 (rec. de casación núm. 1771/1993), 3 de diciembre de 1991 (rec. núm. 2531/1989) y 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8538).

³⁶ SSAP de Navarra de 12 de noviembre de 2004 (AC 2004\2085) y La Coruña, 2 de febrero de 1998 (AC 1998\3967).

daño trae causa (Díez-Picazo Ponce de León, 1999, p. 283). Pero más grave aún es que ese desplazamiento de normas claramente civiles hacia leyes penales es que el régimen de responsabilidad civil varíe tanto según que el hecho dañoso esté o no penalmente tipificado, dato este que solo debería ser relevante a los efectos de la sanción penal. Así, no se comprende por qué la responsabilidad de padres o tutores deje de ser subjetiva (art. 1903 CC) para convertirse en objetiva (art. 61.3 LORPM) cuando el acto dañoso del menor de edad y mayor de 14 años sea constitutivo de un ilícito penal. Si quisiera justificarse por la mayor reprochabilidad del hecho dañoso penalmente tipificado, no tendría razón de ser que en los supuestos en que el autor del acto dañoso es mayor de edad e imputable se establezca para los curadores una responsabilidad subsidiaria y por culpa que ha de ser probada (art. 120.1 CP), mientras que si se trata de un ilícito meramente civil es directa y se exonera al demandante de acreditar la culpa de los padres, tutores o curadores (art. 1903 CC). Tampoco se comprende por qué razón al sujeto incapaz de discernir se le trata de modo tan diferente a los efectos de responsabilidad civil, según que su acto esté o no penalmente tipificado: si no lo está, no responderá de ningún modo, por aplicación del artículo 1902 CC; y si lo está, responde, y no solo subsidiariamente sino de modo directo, aunque quepa la graduación judicial equitativa, conforme al artículo 118.1.1.^a del CP (Gómez Calle, 2006, p. 1.286).

El régimen de esta cuestión está previsto en los artículos 118.1 y 120.1 del CP. Por un lado, el artículo 118.1.1.^a del CP se aplica a quienes ejerzan apoyo legal o de hecho de quien, siendo menor o mayor de edad, se encuentre bajo su autoridad y quede eximido de responsabilidad penal por concurrir alguna de las causas de exención previstas en los números 1.^o y 3.^o del artículo 20 del CP. Por otro lado, el artículo 120.1.^o del CP resulta de aplicación en los delitos cometidos por un mayor de edad sujeto a curatela, siempre y cuando dicho mayor sea penalmente imputable, siendo por defecto de los mismos responsables civiles los curadores. Como puede fácilmente deducirse la regulación contenida en el Código Penal no deja de tener un ámbito de aplicación muy reducido, sobre todo en el supuesto previsto en el artículo 120.1 del CP (Tenreiro Busto, 2021, p. 8).

Con la entrada en vigor de la LORPM –a la que luego nos referiremos– corresponde a esta norma la regulación de la mayoría de los supuestos en que se ventila la responsabilidad civil de los padres y tutores por los hechos ilícitos penales de los menores de edad (art. 61.3 LORPM).

4.2.1. La responsabilidad por los daños causados por el inimputable penal

La regulación de la responsabilidad civil de las personas que ejerzan apoyo legal o de hecho por los actos realizados por los sujetos declarados inimputables penales «siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte» (art. 118.1.1.^a CP), se diferencia de manera notable con la prevista en el Código Civil (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 43 y Gómez Calle, 2006, pp. 1.284 y 1.285). Como es sabido, en el Código Civil la responsabilidad civil de los padres

o tutores es directa pero presunta, mientras que en el Código Penal se exige la prueba por el demandante de la culpa de quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho para hacerlos responsables civiles de los hechos dañosos, por lo que parece que también quiere hacerse responder al sujeto causante del daño (Yzquierdo Tolsada, 2001, p. 258). Por añadidura, en la última parte del artículo 118.1.1.^a del CP se declara que lo anterior es «sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables», cuando la responsabilidad civil de estos parece ya haber quedado fijada con la primera parte del redactado del artículo, con lo cual dicha redacción final sería claramente superflua (Parra Lucán, 1997, pp. 775 y ss.).

Varias son las razones que apuntan en la dirección de que el inimputable debe responder civilmente del hecho ilícito en forma directa. En primer lugar, el artículo 118.1.1.^a del CP establece que «en los casos de los números 1.º y 3.º son *también* responsables» quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, y ese adverbio hace pensar que el precepto parte de la responsabilidad civil directa y previa del causante del daño³⁷. En segundo lugar, el artículo 118.2.^a del CP declara que «son *igualmente* responsables el ebrio y el intoxicado», luego se considera que el ebrio y el intoxicado responden de la misma forma que los sujetos enumerados en los números 1.º y 3.º del artículo 20 del CP, es decir, siempre (Quintero Olivares *et al.*, 2000, p. 695).

Tras verificar la responsabilidad civil del sujeto inimputable es preciso determinar la manera en que la misma puede hacerse efectiva. No queda claro si el sujeto inimputable y quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho responden solidariamente, o, por el contrario, cada uno de ellos responde frente a la víctima con solo la parte que le correspondiera (Gómez Calle, 2006, p. 1284). En principio, parece sensato considerar que el artículo 118.1.1.^a del CP se basa en una responsabilidad civil solidaria³⁸ entre quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho con el sujeto inimputable, porque el apartado II.8 de la exposición de motivos de la LORPM en el ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas introduce el principio –en cierto modo revolucionario– de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores (Yzquierdo Tolsada, 2001, pp. 258 y 259).

La interpretación más acorde es la que da al precepto el mismo sentido que tiene la responsabilidad que vino después a declararse en el artículo 61.3 de la LORPM. Pero para ello hay que entender que los inimputables penales (art. 118.1.1.^a CP) son imputables civilmente por tener suficiente capacidad para entender y comprender las consecuencias de sus actos. Son imputables en cuanto susceptibles de culpa. Así, ante el daño causado por quien, siendo penalmente inimputable, es, sin embargo, susceptible de culpa civil, habrá

³⁷ No obstante, obiter dicta, la STS de 26 de marzo de 1999 (RJ 1999\2054) califica la responsabilidad contemplada en la regla primera del artículo 118 de CP de subsidiaria.

³⁸ STSJ de Castilla y León de 29 de septiembre de 2000 (ARP 2000\3317), siguiendo pronunciamientos de las SSTS de 28 de mayo de 2002 (rec. de casación núm. 1355/2000) y 22 de abril de 2004 (rec. de casación núm. 842/2003), considera que sí es una responsabilidad solidaria, a diferencia de la SAP de Granada de 10 de junio de 2000 (ARP 2000\2864).

responsabilidad directa del inimputable y de quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 43). Pero no puede perderse de vista que la responsabilidad civil que se deriva de los daños provocados por el inimputable penal no se basa en la culpa, sino que se justifica por la comisión de un acto objetivamente ilícito que está penalmente tipificado. Ahora bien, este sistema se ve dulcificado por el hecho de que los tribunales pueden moderar de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de los sujetos responsables (art. 118.1.1.º, últ. párr. CP); al determinar la del inimputable pueden ponderar su limitado discernimiento y su situación patrimonial.

4.2.2. La responsabilidad por los daños causados por delincuentes mayores de edad sujetos a curatela

A diferencia del artículo 118.1.1.ª CP, en el que se establece la responsabilidad civil de quienes ejerzan apoyo legal o de hecho por los daños causados por los sujetos inimputables que se encuentren bajo su autoridad, siempre que hubiera existido culpa o negligencia por su parte³⁹, en el artículo 120.1 del CP se establece la responsabilidad civil subsidiaria de los curadores por los hechos ilícitos penales cometidos por los mayores de edad que precisen apoyo, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y que vivan en su compañía (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 45; Díez-Picazo Ponce de León, 1999, pp. 281 y 282). Se pueden subrayar las siguientes diferencias:

- En primer lugar, si el sujeto causante del hecho ilícito dañoso es considerado imputable desde un punto de vista penal o solo se le aprecia la atenuante de trastorno mental transitorio (art. 21.1.ª y 2.ª CP), la regla a aplicar será la prevista en el artículo 120.1 del CP. Por el contrario, en caso de que al sujeto se le considere inimputable por concurrir alguna de las eximentes contempladas en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 20 del CP, la normativa a aplicar sería la contemplada en el artículo 118.1.1.ª del CP.
- En segundo lugar, así como la responsabilidad civil prevista en el artículo 118.1.1.ª CP es directa, la contemplada en el artículo 120.1 del CP es de carácter subsidiario. La responsabilidad civil del mayor con discapacidad que precise apoyo es una responsabilidad directa, pero si este no la puede hacer efectiva por ser insolvente, entonces entraría en juego la responsabilidad subsidiaria de los curadores cuando tengan facultades de representación plena y que convivan con él (Abril Campoy, 2003, p. 39), siempre que hubiese mediado por su parte culpa o negligencia⁴⁰.

³⁹ STS de 14 de octubre de 2002 (rec. de casación núm. 3603/2000).

⁴⁰ La STS de 26 de marzo de 1999 (rec. de casación núm. 1285/1998) afirma que «tanto el artículo 118.1.1 como el 120.1 CP –"lex posterior" con respecto al Código Civil– exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que solo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada».

- En tercer lugar, el artículo 120.1 del CP, a diferencia del 118.1.1.^a del CP, solo hace referencia a la responsabilidad civil de curadores con facultades de representación plena, y no alude a quienes ejerzan apoyo de hecho al imputable. Así, parece que éstos estarán exentos de responsabilidad civil por los actos ilícitos penales que pueda cometer el sujeto imputable (García Vicente *et al.*, 1998, p. 217).
- Por último, en el artículo 120.1 del CP se requiere que el sujeto imputable viva en compañía de los curadores, en similares términos a como lo hace el artículo 1903.4 del CC. Sin embargo, el requisito de la vida en compañía no aparece en el texto del artículo 118.1.1.^a del CP. La cuestión, en principio, no tiene mayor trascendencia, puesto que en caso de que el sujeto imputable sea internado en un colegio o un centro se rompe el nexo causal respecto de la responsabilidad civil de sus guardadores.

En todo caso existe una semejanza entre ambos preceptos, porque ambos exigen la existencia de culpa o negligencia por parte de las personas que ejerzan apoyo legal o de hecho o los curadores que prestan apoyo para que se desencadene su responsabilidad civil, si bien el régimen de responsabilidad contemplado en el artículo 120.1 del CP es más tolerante para los curadores que el previsto en el artículo 1903.4 del CC, puesto que en el Código Civil la responsabilidad es directa y se presume, mientras que en el Código Penal es subsidiaria y debe probarse la culpa o negligencia (Gómez Calle, 2006, p. 1.279).

4.3. La responsabilidad en la Ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores

Los menores de 18 años no responden criminalmente –como sabemos– con arreglo al Código Penal, pero podrán ser responsables con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de la responsabilidad penal de los menores (art. 19 CP). El régimen que esta ley diseñó para regular las consecuencias de los actos delictivos de los menores establece una diferenciación entre los ilícitos penales cometidos por un menor de 14 años y los cometidos por un menor de edad, pero mayor de 14 años.

4.3.1. Hechos punibles cometidos por menores de 14 años

Cuando el autor de los hechos delictivos sea menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la Ley 5/2000, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (art. 3 LORPM).

De esta forma, el menor de 14 años que cometa un delito resulta ser inimputable, es decir, queda fuera del circuito penal, no siendo posible por parte del Estado exigirle responsabilidades penales por los presuntos delitos que pudieran haber cometido. Sin embargo, no

resulta así con respecto a la responsabilidad civil derivada del daño causado por el menor. Y que será la contemplada en el artículo 1903 del CC, precepto que traslada la responsabilidad civil a otras personas, tales como padres, tutores o centros educativos, que son las que van a sufrir los costes de la reparación del daño causado por el menor.

Se piensa, probablemente de manera equivocada, que los actos ilícitos penales que pueda realizar un menor de 14 años por lo general tendrán escasa importancia, por lo que será preferible acudir a la vía civil y no a la penal. En todo caso, los padres de los menores de 14 años podrán ser declarados responsables por los hechos cometidos por sus hijos con arreglo a lo establecido en el artículo 1903.2 del CC. La responsabilidad civil derivada de los actos con apariencia delictiva ejecutados por un menor de 14 años recaerá generalmente en sus padres, tutores y guardadores. Pero nada más allá, como el poder imponerle una medida/pena, como sí se hace respecto a los menores de más de 14 años.

4.3.2. Hechos punibles cometidos por los menores de edad mayores de 14 años

La LORPM se aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como ilícitos penales en el Código Penal o las leyes penales especiales (art. 1). Puede decirse por tanto que la inimputabilidad penal real se encuentra en el menor de 14 años. Conforme al Código Penal solo se exigirá responsabilidad penal para aquellos sujetos mayores de 18 años, mientras que los sujetos con edad comprendida entre 14 y 18 estarán sujetos a una responsabilidad penal regulada en esta específica LORPM. Las mismas figuras tipificadas en el Código Penal se aplican a unos y otros grupos de sujetos; lo que varía son las consecuencias sancionatorias aplicables.

Pues bien, los menores de edad mayores de 14 años que respondan penalmente también responderán civilmente y, en caso de que tengan padres o tutores, responderán solidariamente con estos (Gómez Calle, 2006, pp. 1.139 y 1.140). Pero a diferencia de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1903, 2.º y 3.º del CC, que requiere la existencia de una conducta culposa de los padres y tutores, el artículo 61.3 de la LORPM establece una responsabilidad objetiva de los padres del menor causante de un ilícito penal, los cuales no pueden excusarse de su responsabilidad civil alegando el empleo de la máxima diligencia en el cumplimiento de sus deberes como padres (Abril Campoy, 2003, p. 39; Vaquer Aloy, 2001, pp. 1632 y ss.)⁴¹.

En el caso que los padres no hubiesen favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, se faculta al tribunal para que pueda moderar su responsabilidad civil –y también, en su caso, la de los otros sujetos responsables–. Sin embargo, la realidad es que esta moderación de responsabilidad en la práctica no se lleva a cabo, pues, o bien lo ha-

⁴¹ En sentido inverso, Díaz Alabart (2000, p. 44) entiende que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo.

bitual será que el menor sea insolvente (y en consecuencia toda la cuantía indemnizatoria deba ser aportada por los padres), o, aunque los padres puedan repetir contra el menor, no parece que en la práctica esto se lleve a término (Vaquer Aloy, 2001, p. 1.635).

Cabe pensar que la facultad de moderación que el artículo 61.3 LORPM otorga al tribunal produce efecto frente al perjudicado (*ad extra*) y no solo en la relación interna (Gómez Calle, 2006, p. 1.267). La jurisprudencia ha señalado en algunas resoluciones que si la facultad de moderación no tuviera efectos *ad extra*, estaríamos ante una responsabilidad civil más severa aún que la que recoge el artículo 1903 del Código Civil en sus párrafos 2.º y 7.º, y no parece que sea esa la intención del legislador. Asimismo, se ha señalado que tal conclusión se desprende de la propia lectura del precepto (art. 1.2 LORPM) y de que únicamente en un inciso separado se permita, no la exclusión, sino la moderación de la responsabilidad y, además, deriva de su propio fundamento y de su finalidad, cual es la de establecer un sistema objetivo, y sin excusas ni fisuras, que garantice y asegure la indemnización de los daños sufridos por la víctima del delito cometido por menores. De ahí a pretender que la moderación de la responsabilidad civil solidaria solo pueda aplicarse *ad intra* es un paso más que la ley no autoriza a dar⁴².

A pesar de la diferente regulación teórica entre el artículo 61.3 de la LORPM, que contempla una responsabilidad objetiva, y el artículo 1903 del CC, que contempla una responsabilidad por culpa, en la práctica el Tribunal Supremo interpreta el requisito de la culpa de tal manera que hace que solo en contadas ocasiones se declare la ausencia de responsabilidad civil de los padres por actos de sus hijos. Puede decirse por tanto que existe un acercamiento entre la interpretación que la jurisprudencia realiza del artículo 1903 del CC y lo que establece el artículo 61.3 de la LORPM (Durany Pich, 2000a, p. 1),

Tampoco deja de ser extraño que el artículo 61.3 de la LORPM haya fijado la responsabilidad civil de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho y añada «por este orden». Una interpretación literal del precepto en el sentido de que en el caso de que existan padres estos respondan siempre en primer lugar puede resultar convincente cuando los padres han incumplido los deberes de guarda con respecto a sus hijos, pero no parece adecuada cuando ningún reproche se les pueda formular. Así, ante los daños producidos por menores, por ejemplo, en el centro de enseñanza y, en general, estando el menor bajo guarda de hecho, no podría declararse la responsabilidad civil de los padres por ir estos primeros en el orden.

Aunque existen resoluciones que optan por una interpretación literal de la expresión «por este orden» del artículo 61.3 de la LORPM, y estiman que en caso de existencia de padres, estos son los únicos responsables civiles por los actos delictivos que cometan sus hijos me-

⁴² Son varias las sentencias que se pronuncian en este sentido de moderación de responsabilidad con efectos *ad extra*: SSAP de Gerona de 3 de febrero de 2011 (JUR 2011\147548), Asturias de 4 de marzo de 2005 (JUR 2005\90490), Soria de 5 de marzo de 2002 (JUR 2002\127328), Córdoba de 20 de febrero de 2004 (JUR 2004\105382), Badajoz de 25 de enero de 2005 (AC 2005\333), Zaragoza de 23 de junio de 2005 (JUR 2005\168430) y Madrid de 10 de diciembre de 2007 (JUR 2008\118227).

nores de edad, con independencia de dónde y con quién se cometan dichos actos delictivos⁴³, la doctrina se decanta por una interpretación teleológica del precepto, considerando responsables civiles a la persona o personas que ostentan la guarda del menor en el momento de producirse el daño (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 47; Díaz Alabart, 2000, pp. 44 y 45).

No deja de ser curioso que en tan solo tres meses de diferencia, coincidiendo dos de los tres magistrados firmantes, la Audiencia Provincial de Tarragona dictase una resolución atendiendo a una interpretación teleológica y en otra a una interpretación literal. En la sentencia de 12 de abril de 2005 «el orden» de responsabilidad solidario del artículo 61.3 de la LORPM se interpretó con criterio lógico y no excluyente, es decir, que «quien ejerce efectivamente el deber de guarda del menor desplaza a los restantes por ser ajenos a la custodia», y pese a ser los padres los primeros llamados a responder, «el deber de prevenir la conducta delictiva del menor es obviamente de quien lo controla y este el primer responsable», por lo que en este caso se decretó la responsabilidad de la entidad pública que ostentaba la tutela y no los padres⁴⁴. En cambio, la sentencia de 25 de julio de 2005 atendió al orden específico de prelación en cascada, por lo que si un menor tiene padres, aunque se encuentra bajo la guarda de la Administración en el momento de cometer la infracción, son los padres y solamente los padres los llamados a responder⁴⁵.

El artículo 61.3 de la LORPM no afirma que los padres y demás sujetos responsables que enumera respondan solidariamente. Es más, al establecer que la responsabilidad se exigirá «por este orden» excluye de manera tácita la responsabilidad solidaria. Una explicación podría encontrarse en el hecho de que, aunque la responsabilidad civil regulada en la LORPM sea objetiva, eso no significa que todos los sujetos solidarios contemplados en la norma deban responder siempre, sino que será necesario acreditar que concurre la comisión de un acto tipificado penalmente, la producción de un daño y también la relación de causalidad. Pues bien, el nexo causal debería encontrarse en un criterio de imputación objetiva con base en el ejercicio de la guarda. En este sentido, el orden indicado en el precepto va referido al posible ejercicio de la función de la guarda y, en consecuencia, del deber y la posibilidad de control del menor causante del daño. La responsabilidad civil derivada de ilícito penal cometido por un menor de 18 años no emancipado vendrá determinado por el criterio de la guarda (Díez-Picazo Ponce de León y Gullón Ballesteros, 2005, pp. 566 y 567). Por esta razón, los padres de un menor emancipado no responden de los hechos ilícitos penales cometidos por su hijo emancipado, ya que desaparecida la obligación de guarda de los padres, desaparece también en este caso el fundamento de imputación de su responsabilidad (Vaquer Aloy, 2001, pp. 1.633 y 1.634)⁴⁶.

⁴³ SSAP de Málaga de 16 de septiembre de 2009 (ARP 2010\17) y Ávila de 20 de octubre de 2008 (JUR 2009\241913).

⁴⁴ SAP de Tarragona de 12 de abril de 2005 (JUR 2005\123453).

⁴⁵ SAP de Tarragona de 25 de julio de 2005 (JUR 2006\213811).

⁴⁶ Sin embargo, Durany Pich (2000b, p. 4) entiende que los padres del menor que ha cometido el hecho ilícito penal responderán solidariamente con él, aunque se trate de un menor emancipado, pues la norma no prevé lo contrario.

4.4. La responsabilidad de los centros docentes privados

4.4.1. Responsabilidad por actos ilícitos dañosos no tipificados penalmente

Con base en el artículo 1903.5 del CC el titular de un centro docente responderá por los hechos ilícitos cometidos por sus alumnos. Lo que realmente importa es que exista un daño cometido por un alumno, pudiendo intervenir o no otras conductas negligentes, como la del profesorado o la del titular del centro. Al respecto, se plantea la cuestión de si la responsabilidad civil del titular del centro docente privado es de naturaleza objetiva o, por el contrario, tiene su fundamento en la culpa o negligencia de aquel.

La jurisprudencia por regla general se ha pronunciado a favor del fundamento subjetivo de la responsabilidad civil de los centros docentes. Con anterioridad a la reforma del Código Civil operada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, sobre modificación de los códigos civil y penal en materia de responsabilidad civil del profesorado, la doctrina de forma mayoritaria aceptaba el fundamento subjetivo de la responsabilidad de los centros docentes. Y con posterioridad parece que el legislador no abandona del todo el fundamento de la culpa. Para que proceda la declaración de responsabilidad civil del titular del centro docente resulta preciso que medie culpa por su parte y que la misma sea causa del daño. A pesar del Preámbulo de la Ley 1/1991, que parece apartarse del fundamento de la culpabilidad, el criterio de imputación sigue siendo el mismo, es decir, la *culpa in vigilando*, pero trasladada del maestro al centro docente (Díaz Alabart, 2000, pp. 31 y 32).

Los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse estos resultados acreditan la insuficiencia de las medidas –falta algo por prevenir–, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquel al que se le atribuye la causación del daño ocasionado⁴⁷.

La modificación operada en 1991 ha establecido un nuevo criterio de imputación del daño hacia la entidad educativa o el director-titular docente del centro, siempre y cuando se produzca el daño sobre un menor de edad del centro. La responsabilidad del titular del centro vendrá fundada en la responsabilidad por riesgo de empresa, sin perjuicio de que en su caso pueda descansar la responsabilidad además de en «la culpa en la organización» en la actuación concreta del profesor del centro como «culpa personal *in vigilando*» (Nieto García, 2011).

⁴⁷ SSTs de 30 de diciembre de 1999 (rec. de casación núm. 1235/1995) y 10 de diciembre de 1996 (rec. de casación núm. 1771/1993), entre otras.

4.4.2. Responsabilidad por actos penalmente tipificados

En relación con la responsabilidad civil de los centros docentes privados por los actos ilícitos penales que cometan sus alumnos mientras realizan actividades escolares o extraescolares, cabe decir que no aparece regulada en la normativa penal (art. 19 CP) ni de forma expresa en la posterior ley del menor a la que se remite (art. 61.3 LORPM). Dicha omisión resulta llamativa en un texto legal que trata de regular en su integridad la responsabilidad penal y civil de los menores (Lasarte Álvarez *et al.*, 2007, p. 103).

Si la responsabilidad se aplica a un menor de 14 años parece claro que no responderá penalmente por hechos tipificados penalmente y las responsabilidades civiles que puedan derivarse se ventilarán en la jurisdicción civil con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil (art. 3 LORPM). En el caso de menores de edad mayores de 14 años el problema radica en que difícilmente puede situarse a los centros docentes con los sujetos que enumera el artículo 61.3 de la LORPM –esto es, con los padres, tutores, acogedores, guardadores legales o guardadores de hecho–, por lo que en algunas conductas no resultará pacífico determinar la normativa aplicable, como puede ser en supuestos de conductas agresivas hacia los profesores y que a la par pueden constituir una infracción penal⁴⁸ o de acoso escolar⁴⁹.

⁴⁸ En el ámbito autonómico, en función de que se atribuya la consideración de autoridad pública solo a los profesores de centros públicos docentes públicos o también a los profesores de centros privados concertados, la interpretación del artículo 550 del CP cambiará en función del ámbito territorial de la normativa autonómica.

La Ley 2/2010, de 15 de junio, de autoridad del profesor, de la Comunidad Autónoma de Madrid, al otorgar en su artículo 5 a los profesores de los centros docentes públicos, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de autoridad pública, deja abierta la posibilidad de aplicación del artículo 550 del CP: «Artículo 5. *Autoridad pública*. Los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores tendrán, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan atribuidas, la condición de autoridad pública, y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico».

La Ley 2/2011, de 1 de marzo, de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de la Comunidad Autónoma de La Rioja, comporta mayores problemas de interpretación al extender, en su artículo 5, la condición de autoridad pública a los profesores de centros privados concertados que no tienen la condición de funcionarios públicos: «Artículo 5. *Autoridad pública*. Los directores y demás miembros del equipo directivo, así como los profesores de los centros docentes públicos y centros privados concertados, en el ejercicio de las potestades de gobierno, docentes y disciplinarias que tengan asignadas, tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico».

⁴⁹ Según la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, el acoso escolar (*bullying*) comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral.

Fundamentar la responsabilidad de los centros docentes en el sistema de responsabilidad subjetivo es una ficción. El defecto o la omisión de organización, de vigilancia o de control por parte de centro docente, no es en realidad más que el defecto u omisión imputables a las personas físicas que han actuado como órganos de decisión, representación o administración de la persona jurídica, y que por ello son las únicas que pueden ser culpables. Sin el hecho individual y propio no puede hablarse de acción personal, que es la base del hecho culpable, como tampoco de culpabilidad, que presupone siempre una decisión y una actuación propias.

La imposición de penas a las personas jurídicas por «actos propios» de otros sujetos quebranta los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal, al desvincularse completamente de la acción antijurídica y culpable del propio sujeto. Los intentos de armonizar las categorías del delito, principalmente la acción, la tipicidad subjetiva y la culpabilidad, en aras de fundamentar la capacidad delictiva de las personas jurídicas y la legitimidad de imponerles penas, pueden acabar desnaturalizando el sentido y los fines de las penas, al violentar el mismo concepto de delito y de la culpabilidad (art. 5 CP).

Un derecho penal que dé cabida a la responsabilidad objetiva y colectiva, con abandono de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que constituyen fundamento y límite de las penas, supone una modificación de tal envergadura del derecho penal, pensado para conductas, situaciones o estados particularmente humanos y fundado en categorías dogmáticas consolidadas acerca de la acción y la culpabilidad incompatibles con la persona jurídica, y con una determinada concepción de las funciones y esencia de la pena, que merecería una profunda reflexión sobre el modo de insertarlo correctamente dentro del conjunto del sistema jurídico, para articularlo de forma independiente con todas las particularidades derivadas de esta nueva clase de responsabilidad, pues la extensión de la parte general del Código Penal a las personas jurídicas o no será posible, o precisará la introducción de significativas especialidades. Por otra parte, de mayor importancia es que estas particularidades, en principio pensadas para personas jurídicas, se insertan en un Código Penal con pretensión de armonía sistemática y de conceptos, basado históricamente en la responsabilidad penal individual, lo que puede dar lugar a confusión en cuanto a su alcance, dando pie a interpretaciones que acaben deformando y desnaturalizando los principios e instituciones jurídico-penales que son de aplicación al derecho penal de personas físicas (Nieto García, 2011).

5. A modo de conclusión

Los factores que realmente justifican que en determinados supuestos se prefiera atribuir los costes de los daños a otros en lugar de imputarlos a las personas que los han causado son varios: la mayor solvencia y capacidad de afrontar los costes de transacción de quien ha de responder en lugar del causante del daño, la aversión al riesgo, la capacidad de los

principales para controlar la conducta de los agentes, los incentivos que los agentes pueden tener para adoptar medidas de precaución en ausencia de responsabilidad personal, o la contratación de un seguro de responsabilidad civil por quien está en mejor condición de hacerlo (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, pp. 4-5).

En el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la causación del daño. Al contrario, la ley presume su participación en la causación del daño a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Con otras palabras, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio.

La responsabilidad por hecho ajeno no es un reproche sino una garantía legal en favor de las víctimas, que asume quien debe hacer frente el coste de los años conforme a alguno de los roles previstos legalmente. La responsabilidad por hecho de otro se convierte en un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas de daños causados (Salvador Coderch y Gómez Ligüerre, 2002, p. 20).

Referencias bibliográficas

- Abril Campoy, J. M. (2003). La responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 675, 11-54.
- Barcelona Llop, J. (2000). La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 105, 37-57.
- Basozabal Arrue, X. (2015). *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Beluche Rincón, I. (2011). Consideraciones sobre la responsabilidad empresarial del 1903 CC. En AA. VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011, pp. 387-392. Editum.
- Delgado Moral, C. (2019). Procedimiento administrativo en vía de regreso: consideraciones sobre su (in)aplicación práctica en el ámbito de la enseñanza pública. *Derecho UNED*, 24, 93-115. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/issue/view/1340>.
- Díaz Alabart, S. (2000) La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad. En S. Díaz Alabart y C. Asúa González, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la Enseñanza*. Montecorvo.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2011). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. La

- responsabilidad civil extracontractual*, t. V. Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A. (2005). *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Tecnos.
- Díez Sánchez, J. J. (2007). Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos. En J. A. Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (pp. 205-234). Dykinson.
- Doménech Pascual, G. (2008). Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio. *InDret*, 2. http://www.indret.com/pdf/545_es.pdf.
- Doménech Pascual, G. (2009). ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos? *Revista de Administración Pública*, 180, 103-159.
- Doménech Pascual, G. (2019). Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños. *InDret*, 2. <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/07/1465-.pdf>.
- Durany Pich, S. (2000a). Padres y maestros. *InDret*, 1. https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/007_es.pdf.
- Durany Pich, S. (2000b). Las reglas de responsabilidad civil en el nuevo derecho penal de menores. *InDret*, 2. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/019_es.pdf.
- García Vicente, F., Soto Nieto, F., Lamo Rubio, J. de y Guillén Soria, J. M. (1998). *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*. Bosch.
- Gómez Calle, E. (2006). Responsabilidad de padres y centros docentes. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad civil* (pp. 1.233-1.332). Aranzadi.
- Gómez Ligüerre, C. I., Camí Campamà, M. y Sánchez Álvarez, V. (2003). Ciclomotores y seguro. *InDret*, 3. http://www.indret.com/pdf/149_es.pdf.
- Gómez Pomar, F. (2004). Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.ª, 19.6.2003. *InDret*, 193. http://www.indret.com/pdf/193_es.pdf.
- Gómez Pomar, F. y Arquillo Colet, B. (2000). Daños dolosos y seguro. *InDret*, 3. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/025_es.pdf.
- Keren Paz, T. (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, C., López Peláez, P. y Moretón Sanz, M. F. (2007). *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*. Dykinson.
- Nieto García, A. J. (2011). La responsabilidad civil y penal de los centros docentes por daños y perjuicios en el alumnado en el ejercicio de actividades propias de la organización escolar. *Aranzadi Digital*, 1. Aranzadi Digital (BIB 2011\288).
- Parra Lucán, M. A. (1997). Comentario a la STS de 5 de marzo de 1997. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 44, 775-792.
- Peña López, F. (2004). La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. En J. M. Pena López (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual* (pp. 146-157). Cálamo.
- Quintero Olivares, G., Morales Prats, F. y Prats Canut, J. M. (2000). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Aranzadi.
- Roca Trías, E. (2003). *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant lo Blanch.
- Salvador Coderch, P. y Gómez Ligüerre, C. I. (2002). Respondeat Superior II. De la res-



ponsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización. *InDret*, 3. http://www.indret.com/pdf/088_es.pdf.

Sánchez Morón, M. (2006). *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos.

Tenreiro Busto, E. (2021). Análisis del fin de las incapacitaciones judiciales. *Colex*, 21.

Vaquero Aloy, A. (2001). La responsabilidad civil en la Ley orgánica de responsabilidad

penal de los menores: una propuesta de interpretación. *La Ley*, 1, 1.632-1.638.

Yzquierdo Tolsada, M. (2016). ¿Por fin menores civilmente responsables? Reflexiones a propósito de las reformas de 2015. *FORO*, 19(2), 31-56. <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.55366>.

Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Dykinson.

Inclusión en ficheros de insolvencia patrimonial

Comentario a la STS de 19 de septiembre de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

El aumento de reclamaciones por parte de personas que son incluidas en ficheros de insolvencia patrimonial, reclamando la vulneración del derecho al honor, me ha determinado elegir una sentencia para comentar sobre esta cuestión.

En muchos casos son contratos suscritos *online*, quedando constancia inicial de la identidad de la persona que ha realizado la contratación con la entidad mercantil correspondiente, si bien no se acredita si realmente es la contratante; pensemos en sustracción de documentación personal y su utilización para obtener un lucro ilícito. En casos como este, es esencial denunciar la pérdida o sustracción de la documentación para que quede constancia y para posteriores actuaciones si fueren necesarias.

Son las empresas acreedoras las que solicitan la inclusión en registros de morosos a aquellas personas que han dejado de pagar sus deudas, debiendo para ello cumplir una serie de requisitos legales, sin los que esa inclusión sería lesiva y vulneradora al honor.

Esa situación se puede deber a la negativa a pagar, simplemente; otras veces por no reconocer la deuda, no ser el que contrajo la deuda derivada del contrato o no atender los requerimientos de los acreedores.

Esta publicación de los datos personales de los deudores pueden ser objeto de publicidad en la medida en que puede alertar a la entidad que va a realizar cualquier transacción

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de noviembre de 2022).

económica con la persona interesada de la situación en la que se encuentra en el registro de insolvencia y crédito, y, en caso positivo, denegar la operación. Eso alerta al afectado, que podrá dirigirse a dicho registro a confirmar la situación y a partir de ahí interponer, si lo considera necesario, una reclamación, e iniciar contra la entidad correspondiente un procedimiento por vulneración de su derecho fundamental al honor.

El supuesto de la sentencia que se comenta, en resumen, es el siguiente: un particular contrae una deuda con un gran almacén de 350 euros. El demandante presenta demanda de honor al comprobar que se le deniega una determinada operación de crédito, tras comprobarse que está incluido en un archivo de insolvencia y crédito, negando la realización de la deuda, y la falta de conocimiento de esa posibilidad y de los requerimientos correspondientes, y la inclusión en un fichero de insolvencia, considerada por él ilegítima y que vulnera su derecho al honor, solicitando una indemnización de 8.000 euros por daños morales, con intereses legales en concepto de mora desde la interposición de la demanda. En el procedimiento en primera instancia se estima la demanda, considerando que la deuda existe, pero no el requerimiento de pago previo, y condena a la entidad en la cantidad solicitada más los intereses en concepto de mora desde la presentación de la demanda. La demandada interpone recurso de apelación y la audiencia provincial estima el recurso y revoca la sentencia dictada por el juzgado, absolviendo a la entidad demandada de todas las pretensiones solicitadas.

Frente a la sentencia de la audiencia provincial el demandante interpone recurso de casación por infracción del derecho al honor, al infringir el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 y lo previsto en la LOPD, artículos 38.3, 39 y 40.1. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, condenando a la entidad a lo en ella recogido.

Ante sentencias tan dispares, es importante indicar cuáles son los requisitos que se exigen para la inclusión de los deudores que no pagan sus deudas en ficheros de insolvencia patrimonial, de acuerdo a los artículos 38.1 a), 40.1 y 43 del 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.

El artículo 38, en relación con los requisitos para la inclusión de los datos, dispone que:

1. Solo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado

una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico.

c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

En estos supuestos, el impago de la deuda llevará, tras la imposibilidad de cobrar, a solicitar que se anote en el archivo de insolvencia patrimonial con fundamento en el incumplimiento de los deudores. En muchos casos en dichos registros de insolvencia aparecen personas con numerosas deudas respecto del inscrito. En estos supuestos puede presumirse que detrás está la negativa a cumplir con el pago de sus deudas. Pero en todo caso han de cumplirse los requisitos legales.

Si fuere solo una deuda la reclamada y anotada en el registro de insolvencia, normalmente se tiene conocimiento cuando le es comunicado por la entidad con la que contrata que informa que no puede realizarse la operación por constar en un archivo de insolvencia como moroso. A partir de este momento, el afectado normalmente se pone en contacto con la entidad que tiene el control del registro de insolvencia, y comunicará con la empresa que acordó el asiento para comentarlo y en su caso iniciar las acciones oportunas, al no reconocer la deuda que se le reclama en su caso. Esta situación también puede ser debida a que en algún momento le hayan sustraído o perdido la documentación y lo haya denunciado; en este caso, estando la deuda será difícil que sí se anote en un registro de esa naturaleza y que pueda prosperar cualquier acción. No obstante, en estos casos es posible que prospere la demandada que contra el honor se interpuso, al no tratarse de una deuda real y reconocida, sino provocada por el uso indebido de la documentación que se extravió o fue sustraída.

Asimismo, el artículo 40.1 determina que:

1. El responsable del fichero común deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Para decidir si la inclusión en el fichero es correcta o no se ha de partir, por tanto, de la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible. La prueba de esta existencia corresponde al acreedor que afirma haber concedido el préstamo o una transacción económica. En este caso, la parte demandada debe aportar la documentación correspondiente que lo acredite.

La STS 740/2015, de 22 de diciembre (NCJ060698), señala que 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.

Por tanto, además de existencia de la deuda cierta vencida y exigible, el requerimiento previo de pago es requisito fundamental. El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 226/2022 de 6 de mayo de 2022 dice que

la sentencia del TS de fecha 11 de diciembre de 2020 establece que el mero envío del requerimiento de pago, por vía postal, no acredita la recepción del mismo, por lo que no se puede entender efectuado el preceptivo requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero de morosos. En supuestos iguales al presente, esta sección ha venido considerando que el requerimiento así practicado no cumple su finalidad, en la medida que no consta su recepción por el destinatario. A tal efecto, se puede citar la sentencia de fecha 14 de enero de 2021, con cita a la dictada por dicha sección fecha 8 de octubre de 2020, que señala: «Con la demanda se acompañaron las tres cartas que se dicen remitidas a D ... en las que se le requiere el pago de las respectivas deudas (1.030,56 euros, 1.875,37 euros y 1.012,95 euros), en las que consta que son enviadas por..., si bien también están firmadas por ... Se acompañan igualmente tres «certificaciones» de envío de correspondencia, en las que la entidad ... afirma que las cartas fueron enviadas al domicilio del Sr. ... Y, por último, se aportan tres documentos en los que la propia ... dice «certificar» (que no es otra cosa que asegurar o afirmar una cosa, sin valor especial en este caso porque quien certifica no goza de fe pública) que respecto de esas tres cartas «no consta incidencia alguna en la entrega de la mencionada notificación ni, concretamente, que la misma fuera rechazada, devuelta o no hubiera resultado posible su entrega en la dirección indicada constando como NO devuelta».

También debe mencionarse la STS de 25 de abril de 2019, núm. 245/2019 (NCJ064013) en la que se expone que

la atribución a una persona de la condición de «moroso», y la comunicación de esta circunstancia a terceras personas, afecta al honor de la persona a la que se realiza la imputación, porque existe una valoración social negativa de las personas incluidas

en estos registros y porque la imputación de ser «moroso» lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Así lo venimos afirmando desde la sentencia 284/2009, de 24 de abril, del pleno de la sala (NCJ049288).

Reseñar igualmente que la reciente sentencia de la sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de noviembre de 2021, dice que

se acompaña a todos ellos certificación emitida por el prestador de Servicios de Generación, Impresión y Puesta a Disposición del Servicio de Envíos Postales – Correos y/o unipost-, SERVINFORM, S.A., certificando la realización del requerimiento previo de pago de referencia, junto al resto de comunicaciones emitidas en el proceso generado, sin que se produjese incidencia alguna en el proceso, que hubiera impedido su ejecución, y que fue puesta a disposición del servicio de envío postales; además se adjuntaba certificación emitida por el prestador del servicio para la grabación y custodia de las devoluciones de notificaciones, [...] certificando respecto a cada requerimiento de pago que no les consta en depósito o custodia, ni ha sido objeto de tratamiento por algún motivo de devolución. A la vista de la jurisprudencia expuesta, lo que se acredita es un envío masivo de notificaciones a los deudores, pero no se acredita la recepción por el destinatario. Al no constar devuelta la carta no prueba la recepción, pues la entidad disponía de mecanismos adecuados para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío, o similares, motivo por el cual procede declarar que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad recurrente.

El Tribunal Supremo, no obstante tratarse de un supuesto de envío masivo de cartas por vía postal, ha considerado justificado la realización del requerimiento si venía acompañado de otras pruebas o documentos de los que pudiera deducirse indiciariamente su recepción por el deudor. Así, en la sentencia de 29 de enero de 2013, se habían enviado telegramas a la misma dirección, mientras que en la reciente sentencia de fecha 2 de febrero de 2022, se alude a los numerosos *emails* enviados a la dirección de correo electrónico del demandante que figuraba en el contrato y a otras comunicaciones, con información de la acreedora o de publicidad de la misma y de las que había constancia de su recepción.

En cualquier caso, la simple inclusión en el registro ya supone la existencia de un perjuicio indemnizable bajo presunción *iuris et de iure* (no susceptible de prueba en contrario). La circunstancia de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, con atención a los parámetros fijados en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre; 12/2014, de 22 de enero (NCJ058259); 130/2020, de 27 de febrero (NCJ064859), y 592/2021, de 9 de septiembre (NCJ065703), entre otras muchas).

En la sentencia constan la existencia de seis deudas anteriores y la existencia de seis inclusiones meses más tarde, por lo que el recurrente se encontraba en situación de insolvencia por numerosas deudas impagadas, lo que supone que no se vio sorprendido por la inclusión en el registro, evidenciando una actitud totalmente pasiva, por lo que la finalidad del requerimiento decayó en aplicación de la doctrina expuesta.

Por tanto, tras el examen de la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que se exigen para incluir a una persona en un registro de insolvencia patrimonial y crédito, se desestimó el recurso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, que revocó la dictada por el juzgado de primera instancia, al no existir las infracciones mencionadas por el recurrente.

En la sentencia que se comenta, al haberse cumplido los requisitos exigidos legalmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, para incluir en el repetido fichero de solvencia la deuda del demandante, se considera que la sentencia dictada por la audiencia provincial que revocó la del juzgado de primera instancia, que estimó la demanda, es ajustada a derecho.



El volcán de La Palma: medidas jurídicas para la garantía de los derechos de los afectados

Octavio Manuel Fernández Hernández

*Secretario de Administración local, categoría superior.
Ayuntamiento de Candelaria (Tenerife)*

Este trabajo ha sido **finalista** en el **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito y Domingo, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

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

Extracto

El 19 de septiembre de 2021 comenzó la erupción de un volcán en la zona de Cumbre Vieja en la isla de La Palma, que finalizó el día 13 de diciembre del mismo año. Durante 86 días, los ciudadanos afectados han sufrido la pérdida de sus propiedades, tales como su vivienda habitual, casas rurales, establecimientos profesionales, mercantiles e industriales, así como sus fincas agrícolas y ganaderas.

En el presente trabajo explicamos, desde el punto de vista del derecho administrativo, la labor desempeñada por las Administraciones públicas en tres etapas y su repercusión sobre los afectados:

1. El prevolcán: Los ciudadanos afectados no fueron informados previamente de los diferentes estudios científicos del fenómeno preeruptivo, que comenzó en 2017.
2. El volcán: La coordinación entre todos los servicios de seguridad y emergencias de las Administraciones públicas para evitar muertos y lesionados, así como del consenso administrativo de todas las ayudas paliativas aprobadas.
3. El posvolcán: La necesaria regulación por leyes estatales y canarias de los derechos de los afectados mediante la creación de un estatuto jurídico *ad hoc*.

Palabras clave: transparencia; coordinación; regulación.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Citación: Fernández Hernández, O. M. (2022). El volcán de La Palma: medidas jurídicas para la garantía de los derechos de los afectados. *Revista CEFLegal*, 263, 39-68.



The La Palma volcano: legal measures to cover the rights of the affected

Octavio Manuel Fernández Hernández

Abstract

On September 19, 2021, the eruption of a volcano began in the Cumbre Vieja area on the island of La Palma, which ended on December 13 of the same year. For 86 days, the affected citizens have suffered the loss of their properties such as their habitual residence, rural houses, professional, commercial and industrial establishments, as well as their agricultural and livestock farms.

In this paper we explain from the point of view of Administrative Law the work carried out by public Administrations in three stages and its impact on those affected:

1. The prevolcano: The affected citizens were not previously informed of the different scientific studies of the preeruptive phenomenon that began in 2017.
2. The volcano: The coordination between all the security and emergency services of the public Administrations to avoid deaths and injuries, as well as the administrative consensus of all the approved palliative aid.
3. The posvolcano: The necessary regulation by state and Canary Islands laws of the rights of those affected through the creation of an ad hoc legal statute.

Keywords: transparency; coordination; regulation.

Citation: Fernández Hernández, O. M. (2022). El volcán de La Palma: medidas jurídicas para la garantía de los derechos de los afectados. *Revista CEFLegal*, 263, 39-68.

Sumario

1. Planteamiento: la necesaria regulación de un derecho del posvolcán que regule los derechos y deberes de los afectados en ausencia de la normativa actual vigente en la materia
2. La etapa prevolcán: el fenómeno preeruptivo 2017-2021
 - 2.1. La información científica no divulgada a la población
 - 2.2. La semana del volcán: del lunes 13 al domingo 19 de septiembre de 2021. Constitución del PEVOLCA: un plan que se transforma en la Administración de la emergencia volcánica
 - 2.3. La falta de información previa sobre el fenómeno preeruptivo a los vecinos cuyas propiedades fueron sepultadas
3. La etapa del volcán: desde el comienzo, el 19 de septiembre de 2021, hasta el 25 de diciembre de 2021, en la que se dio oficialmente por finalizado
 - 3.1. Datos oficiales: daños y valoración
 - 3.2. Normas aprobadas por el Estado: el derecho estatal del volcán
 - 3.3. Normas aprobadas por la Comunidad Autónoma de Canarias: el derecho autonómico del volcán
 - 3.4. La participación de la sociedad civil de forma altruista en las donaciones y en la protección y asesoramiento a los afectados por el volcán
 - 3.5. Ausencia de participación efectiva de los afectados en la toma de decisiones sobre la reconstrucción de la zona afectada
4. La etapa del posvolcán: desde el 25 de diciembre de 2021 en adelante
 - 4.1. La necesaria aprobación por una ley que garantice la expropiación de los terrenos afectados por la lava con el justiprecio en metálico o en especie a favor de los afectados y que cree un consorcio administrativo para la reconstrucción
 - 4.2. La necesaria aprobación de una ley del Parlamento de Canarias que regule los derechos y deberes de los afectados
 - 4.3. Preguntas y respuestas sobre el régimen jurídico de los bienes destruidos de forma total o parcial por el volcán de Cumbre Vieja
 - 4.4. La posible responsabilidad patrimonial del Estado y del resto de las Administraciones públicas por comisión por omisión al no informar a la población afectada con carácter previo al fenómeno preeruptivo
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento: la necesaria regulación de un derecho del posvolcán que regule los derechos y deberes de los afectados en ausencia de la normativa actual vigente en la materia

El pasado 19 de septiembre de 2021, a las 15:12 horas comenzó una erupción volcánica en la zona de Montaña Rajada en la isla de La Palma, en el municipio de El Paso.

Fue activado el Plan Estatal General de Emergencias de Protección Civil (PLEGEM) en fase de Alerta y Seguimiento Permanente, la Situación de Emergencia Nivel 2 y el semáforo volcánico en nivel rojo, correspondientes al Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico de la Comunidad Autónoma de Canarias (PEVOLCA). Se movilizaron numerosos medios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Desde el comienzo de la erupción se han evacuado a más de 7.000 personas de las poblaciones afectadas, la lava ha sepultado más de 1.000 hectáreas, que corresponden a más de 1.000 viviendas, así como cultivos y explotaciones agropecuarias, carreteras, infraestructuras, dotaciones, equipamientos, polígonos industriales, etc. en los municipios de El Paso, Los Llanos de Aridane y Tazacorte.

La gravedad de los daños materiales ha provocado la reacción inmediata de las distintas Administraciones, aprobándose por el Consejo de Ministros el 28 de septiembre de 2021 la declaración de la isla de La Palma como zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil (ZAEPC).

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Canarias aprobó el Decreto-ley 12/2021, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas tributarias, organizativas y de gestión como consecuencia de la erupción volcánica de la isla de La Palma, así como el Decreto-ley 14/2021, de 28 de octubre, por el que se regula el marco general para la tramitación de los procedimientos de concesión de ayudas con carácter de emergencia producida por las erupciones volcánicas en la isla de La Palma, en el que se crea el registro de personas afectadas.

Todas estas medidas administrativas estatales y autonómicas han contribuido de manera inmediata a paliar solo de forma temporal y transitoria la situación de vulnerabilidad social y económica en la que se encuentran los afectados.

El derecho administrativo debe dar respuesta a esta situación *sui generis*, que no tiene regulación en el derecho autonómico canario, consistente en que miles de ciudadanos ostentan un título formal de propiedad sobre bienes inmuebles que han sido sepultados por la lava, sobre los que ya no tienen la posesión de los mismos. Asimismo, dichos ciudadanos residían y realizaban actividades profesionales, empresariales, mercantiles, industriales y del sector primario en la zona sepultada por la lava y han perdido su derecho a la vivienda, al empleo y el resto de derechos sociales y económicos que poseían el día antes del volcán, el 18 de septiembre de 2021, y que están garantizados en la Constitución española y en el estatuto de autonomía de Canarias.

Para afrontar esta inédita situación civil y administrativa en la que unos ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Canarias se encuentran es necesaria crear un derecho administrativo especial que regule el estatuto jurídico específico de los ciudadanos afectados mediante la redacción de una ley específica al respecto en la que se garantice de forma íntegra los derechos que poseían los ciudadanos afectados con fecha 18 de septiembre de 2021, el día anterior de la erupción, y que, después de 86 días de destrucción, han perdido el efectivo ejercicio de sus derechos previos.

2. La etapa prevolcán: el fenómeno preeruptivo 2017-2021

2.1. La información científica no divulgada a la población

Durante la erupción volcánica y después de la misma se han dado a conocer publicaciones en revistas científicas y en medios de comunicación que advertían del fenómeno preeruptivo, que comenzó en el año 2017 y del que la población nunca fue informada de forma oficial, y que constituyen argumentos para una posible reclamación de los afectados por responsabilidad patrimonial de la Administración por comisión por omisión:

1. Estudio publicado en la revista *Nature* en la sección de *Scientific Reports*, el día 28 de enero de 2021, titulado «Detección de la aparición de disturbios volcánicos en La Palma, Islas Canarias, evolución e implicaciones», firmado por José Fernández, Joaquín Escayo, Zhongbo Hu, Antonio G. Camacho, Serguéi V. Samsonov, Juan F. Prieto, Kristy F. Tiampo, Mimmo Palano, Jordi J. Mallorquí y Eumenio Ancochea (Fernández *et al.*, 2021, pp. 1-13).

Este grupo de investigadores publicó en enero de 2021 (ocho meses antes de la erupción) un trabajo científico que señalaba la existencia de actividad magmática bajo Cumbre Vieja, que podía terminar provocando una erupción en el punto donde se produjo.

Como explica José Fernández en una entrevista en *El País* (Salas, 23 de septiembre de 2021), «todo cuadraba», «cuadra con las anomalías de gases, cuadra con

- la geoquímica, cuadra con la geodesia». El estudio no tuvo repercusión, pero informaron al Instituto Geográfico Nacional (IGN) y al Instituto Vulcanológico de Canarias (INVOLCAN). Esta declaración demuestra que los organismos oficiales estaban avisados de este estudio y, sin embargo, no hubo ninguna información oficial a la población que posteriormente resultó afectada, la mayoría de la cual no tenía asegurada sus propiedades al desconocer el riesgo volcánico de la zona.
2. Marc-Antoine Longpré (2021), vulcanólogo francés y profesor asociado del Queens College de la Universidad de la Ciudad de Nueva York, en un artículo publicado durante la erupción, en la revista *Science* el día 2 de diciembre de 2021 afirmaba: «Cumbre Vieja despertó con una erupción que se llevaba preparando bajo tierra cuatro años y que aceleró su ritmo apenas ocho días antes de que se abriese la tierra». «El malestar volcánico comenzó en 2017». «La erupción se había estado preparando durante cuatro años». «Los disturbios se aceleraron hasta el punto en que parecía probable una erupción solo ocho días antes de que el magma saliera a la superficie» (pp. 1.197-1.198).
 3. Joan Martí Molist (2022, p. 9), geólogo y director de Geociencias Barcelona-CSIC, en un reportaje publicado en la revista *National Geographic* de enero de 2022, dice: «Ya desde el año 2020 podíamos afirmar que Canarias se estaba moviendo». «Todo el archipiélago entró en una fase mucho más activa [...]. En 2017 las entidades que monitorizaban la actividad volcánica en el archipiélago detectaron terremotos a una profundidad de entre 20 y 30 kilómetros y en La Palma se han registrado durante los últimos cuatro años hasta 10 enjambres sísmicos. La erupción era solo cuestión de tiempo. Únicamente había que determinar cuándo y dónde se produciría. En La Palma se esperaba que lo hiciera en la dorsal de Cumbre Vieja, la zona geológicamente más activa de la isla, que se extiende a lo largo de 21,5 kilómetros».
 4. Los informes técnicos existentes tanto del INVOLCAN como del IGN, que acreditan que desde el año 2017 había comenzado un proceso preeruptivo.
 5. Sucesivas entrevistas realizadas en diferentes medios de comunicación por diferentes científicos, que aseveran que la erupción se venía gestando desde el año 2017:
 - María José Blanco, que es la directora en Canarias del IGN, en un reportaje en el programa *Informe Trópico* de la televisión canaria dijo: «La erupción ha sido la culminación de un proceso que veníamos detectando desde octubre de 2017».
 - El alcalde de Fuencaliente, Gregorio Alonso (municipio del sur de La Palma, donde se produjo la erupción del Teneguía en 1971), en una entrevista en *Mírame TV*, dejó constancia de la advertencia que le hizo el coordinador del INVOLCAN, Nemesio Pérez, en 2019, de que estaban observando unos valores en la vigilancia que no son normales y, si esto continuaba en el tiempo, había que estar preparados porque en un año o año y medio podría haber un episodio volcánico en la isla.

2.2. La semana del volcán: del lunes 13 al domingo 19 de septiembre de 2021. Constitución del PEVOLCA: Un plan que se transforma en la Administración de la emergencia volcánica

El día 13 de septiembre de 2021, ante la evidencia de las señales de sismicidad y deformación, se activó en La Palma el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por Riesgo Volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias (PEVOLCA) que es el plan creado por el Decreto autonómico 112/2018, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Este plan de emergencias canario para volcanes se convirtió antes, durante y después de la erupción, de un plan a un auténtico ente público encargado de adoptar las decisiones en materia de la emergencia volcánica, integrado por todas las Administraciones públicas, que ha sido un modelo de coordinación interadministrativa, en el que un plan de emergencias funcionó durante el volcán como si fuera una Administración pública única a modo del consorcio administrativo del artículo 118 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

El denominado PEVOLCA estuvo integrado por el comité científico y el comité técnico. El primero analizaba el volcán y realizaba los informes científicos al comité técnico, que es el órgano encargado de adoptar las decisiones técnicas.

El comité científico se integró por representantes del IGN, el INVOLCAN, el Instituto Geológico y Minero de España (IGME), la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET), el Instituto Español de Oceanografía (IEO), la Universidad de La Laguna de Tenerife y La Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

El día 16 de septiembre, el Consejero de Administraciones Públicas, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias presidió la constitución y puesta en marcha del Comité Director (el órgano político de toma de decisiones) del PEVOLCA, con motivo del enjambre sísmico de La Palma.

En esta reunión estuvieron presentes los máximos representantes del Cabildo de La Palma, los ayuntamientos de Fuencaiente, Los Llanos de Aridane, El Paso y la Villa de Mazo; la Delegación del Gobierno de España en Canarias, la Dirección General de Seguridad y Emergencias del Gobierno de Canarias, el Servicio Canario de Salud, la Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial del Gobierno de Canarias, el Servicio de Urgencias Canario (SUC) y el CECOES 1-1-2.

Fue designado Miguel Ángel Morcuende, jefe de servicio de Medio Ambiente del Cabildo de La Palma, como director técnico del plan, y se activaron los planes de emergencia municipales, siendo fundamentales la labor de información puerta a puerta que hicieron los

alcaldes con todos sus vecinos, destacando especialmente la labor realizada por el alcalde de El Paso, Sergio Rodríguez, que fue el municipio donde erupcionó el volcán.

El sábado 18 de septiembre de 2021 se celebró una reunión informativa con los vecinos de Jedey y Las Manchas en un polideportivo muy cerca de donde al día siguiente erupcionó el volcán. Sin embargo, no fueron citados ni informados los vecinos de El Paraíso, Alcalá, Los Campitos y Todoque, que no tuvieron tiempo material de salvar sus propiedades materiales y menos aún asegurarlas, ya que el volcán erupcionó en dirección a sus casas, situadas a un kilómetro más al norte de la previsión del comité científico.

El día 19 de septiembre de 2021 a las 15:12 comenzó la erupción, con el semáforo aún en amarillo, que pasó a rojo sin pasar por el naranja, de tal modo que los vecinos más cerca del volcán de los barrios antedichos no tuvieron tiempo material de recoger sus enseres, sino que tuvieron que salir de sus casas con lo puesto, dejando el plato en la mesa.

2.3. La falta de información previa sobre el fenómeno preeruptivo a los vecinos cuyas propiedades fueron sepultadas

Por tanto, de los estudios científicos publicados, que acreditan que el proceso eruptivo expuesto se aceleró en el año 2017, sin que los vecinos fueran informados; de los hechos sucedidos el sábado 18 de septiembre, donde se convocó a una reunión informativa a unos vecinos que no fueron los inmediatamente afectados; de los hechos del domingo 19 de septiembre antes de las 15:12 horas, en los que ya había claras evidencias de una erupción inminente y no se evacuó a toda la población hasta el comienzo de la erupción, y de las investigaciones realizadas en la zona de Cumbre Vieja en La Palma por el IGN y en el INVOLCAN en los años anteriores y de las que los vecinos afectados no fueron oficialmente informados, sacamos las siguientes conclusiones:

1. Que los afectados no fueron informados con carácter previo del riesgo volcánico, a pesar de que los enjambres sísmicos comenzaron en 2017. Por tanto, los ciudadanos no tienen responsabilidad alguna por los daños y perjuicios sufridos por la erupción volcánica, ya que nunca fueron advertidos del riesgo volcánico por las diferentes Administraciones públicas cuando se les otorgó la licencia de obra de sus viviendas o la licencia de actividad para sus actividades profesionales o empresariales o cualesquiera otra autorización o acto administrativo expreso o presunto para el desarrollo de la transformación del suelo en dicha zona.
2. Hay que recordar igualmente que ninguna Administración pública advirtió a los afectados del riesgo volcánico que corrían sus propiedades y sus bienes y no se les obligó en ninguna norma jurídica, ni siquiera a efectos de mera recomendación, que se hicieran un seguro o reaseguro que cubriera el valor de sus propiedades, a pesar de que según varios estudios científicos publicados venían advirtiendo del

aumento de la sismicidad y del riesgo volcánico en la zona desde el año 2017 y de que además, según reiterados estudios científicos, la dorsal de Cumbre Vieja de La Palma es la zona de mayor probabilidad de volcanes de España y una de las zonas de mayor probabilidad volcánica de Europa.

3. La etapa del volcán: desde el comienzo, el 19 de septiembre de 2021, hasta el 25 de diciembre de 2021, en la que se dio oficialmente por finalizado

3.1. Datos oficiales: daños y valoración

La estadística oficial de la erupción volcánica es la siguiente (Fuente: Cabildo de La Palma, 2021):

1. Municipios afectados de La Palma:

- El Paso, que es el municipio donde nació el volcán junto a la Montaña Rajada en la zona de Cumbre Vieja.
- Los Llanos de Aridane, que es el municipio por donde discurrieron las tres cuartas partes de la lava y del perímetro afectado, y por tanto es el municipio, tanto en población como en bienes públicos y privados, más afectado, constituyendo el 75 % de la población afectada.
- Tazacorte, que es el municipio por donde discurrió el final de las coladas, fundamentalmente en la costa.

2. Número de días: 85. Inicio de la erupción el día 19 de septiembre de 2021 a las 14:10 horas y fin de la erupción el 13 de diciembre de 2021.

3. Superficies de las coladas de lava: 12.188.679,53 m², o sea, 1.218 hectáreas. Perímetro de la colada: 68.895,33 kilómetros, o sea 68,90 kilómetros.

4. Número de personas afectadas:

- Por residencia en las viviendas destruidas bajo el perímetro del volcán: 2.329.
- Personas evacuadas: Más de 7.000 personas: por residencia bajo el perímetro del volcán y por seguridad y por quedar incomunicadas.

5. 1.676 edificaciones destruidas, que se distribuyen así: 1.345 son viviendas (de las que 600 aproximadamente son primeras viviendas), 180 son cuartos de aperos, 75 son locales o naves industriales, 44 son edificaciones de ocio u hostelería, 44

son edificios públicos, entre los que se encuentran colegios, instalaciones deportivas, plazas, etc.

6. 73.805 m² de carreteras, que se distribuyen así:

- Carretera LP-2: 2.308 m².
- Carretera LP-211: 1.622 m².
- Carretera LP-213: 2.972 m².
- Carretera LP-2132: 2.554 m².
- Calles: 10.889 m².
- Travesías: 2.145 m².
- Otros viarios: caminos, callejones etc.: 49.984 m².

7. Cultivos: 370,07 hectáreas destruidas:

- 228,69 de plataneras.
- 68,05 de viña.
- 27,43 de aguacate.

A título de ejemplo y entre los bienes total o parcialmente destruidos destaca: el cementerio de Las Manchas, tres colegios de educación infantil y primaria (Los Campitos, Todoque y La Laguna), el centro de salud de Todoque, las farmacias de La Laguna y de Todoque, un campo de fútbol, dos canchas de fútbol sala, un complejo de pádel, un polígono industrial de 37 hectáreas, un punto limpio de residuos, un parque de bomberos aislado, centenares de estanques y depósitos de aguas para el riego de centenares de fincas de plataneras destruidas, la emblemática iglesia de Todoque, supermercados, bares y restaurantes, decenas de casas rurales, 20 paradas de autobuses, etc.

Informe oficial del Gobierno de Canarias de valoración de daños

El Servicio de Fondos Europeos de la Viceconsejería de Hacienda, Planificación y Fondos Europeos del Gobierno de Canarias elaboró el informe oficial de valoración de los daños ocasionados por la erupción del volcán, fechado a 13 de noviembre de 2021 (el volcán seguía en activo), a los efectos de la presentación de la solicitud a la Unión Europea de acogerse al Fondo de Solidaridad de la Unión Europea.

El resumen de valoración de los daños es el siguiente:

Daños totales: 842.335.686 euros, que se desglosan en:

- Daños de redes de infraestructuras tales como vías públicas, redes de agua, eléctrica y telecomunicaciones: 302.022.813 euros.
- Dotaciones públicas, tales como centros de salud, colegios, centros deportivos, centros religiosos, cementerios: 28.067.723 euros.
- Locales comerciales, negocios, locales y naves industriales: 39.496.580 euros.
- Agricultura: 290.341.582 euros.
- Forestal: Sin valorar
- Residenciales: viviendas: 164.883.580 euros.
- Centros culturales: 1.516.700 euros.
- Servicios de limpieza: 1.522.685 euros.
- Costes de operaciones de emergencia y rescate: 6.303.217 euros.
- Costes de alojamientos provisionales: 2.391.594 euros.
- Otros: 5.789.211 euros.

Los daños se iniciaron tras la erupción del volcán el día 19 de septiembre de 2021. A fecha de esta solicitud para acogerse al Fondo de Solidaridad, 13 de noviembre de 2021, el volcán de Cumbre Vieja continúa activo. El daño directo es de 842,34 millones de euros; siendo Canarias una región ultraperiférica el umbral se establece en el 1 % del PIB total regional, que es de 45.720 millones de euros, por tanto, el daño representa un 1,84 % superando dicho umbral.

3.2. Normas aprobadas por el Estado: el derecho estatal del volcán

Desde la primera semana de la erupción SS. MM. los Reyes de España, el presidente del Gobierno, ministros y altos cargos de la Administración General del Estado han visitado La Palma, participando activamente en las reuniones del comité director del PEVOLCA con las autoridades autonómicas, insulares y municipales.

En todo momento ha habido durante la erupción un alto consenso y coordinación entre todas las Administraciones públicas a los efectos del debido despliegue de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de los servicios de emergencia y protección civil en las zonas afectadas por el volcán.

Esta coordinación, que rige como principio de actuación de las Administraciones públicas según el artículo 103 de la Constitución, ha sido un modelo a seguir para próximas catástrofes naturales, donde el consenso en la toma de decisiones es fundamental para

ejecutarlas, con tantas Administraciones distintas con competencias concurrentes y de diferentes colores políticos, y así se han constituido las siguientes comisiones entre el Estado, la Comunidad Autónoma de Canarias y las corporaciones locales:

- Comisión mixta Canarias-Estado para la reconstrucción de La Palma y la comisión técnica derivada de la anterior comisión mixta.
- Comisión social para la valoración de los baremos para las viviendas sociales.
- Comisiones técnicas del Gobierno de Canarias, con el Cabildo Insular de La Palma y los tres ayuntamientos de estudio de propuestas y de normas en materia urbanística.

Entre las normas estatales del ordenamiento jurídico creado para regular el volcán y sus efectos sobre las propiedades y sobre las personas destacamos las siguientes:

- El Real Decreto 820/2021, de 28 de septiembre, por el que se aprueba la concesión directa a la Comunidad Autónoma de Canarias de una subvención para financiar la adquisición de viviendas y enseres de primera necesidad destinados a las familias afectadas por la erupción volcánica en la zona de Montaña Rajada, en la isla de La Palma (Santa Cruz de Tenerife).

Dicha medida destinó 10,5 millones de euros para cofinanciar la compra de hasta 107 viviendas de titularidad pública o privada para el realojo de aquellas personas que han perdido su hogar tras la erupción volcánica, así como para la adquisición de enseres de primera necesidad.

- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2021 por el que se ha declarado también la isla de La Palma como zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil (ZAEPC).
- El Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma.

Esta es la norma con rango de ley más importante, entre cuyas medidas destacan:

- Las ayudas por destrucción de viviendas de 30.000 euros, el doble que el terremoto de Lorca, cuyas cuantías fueron incrementadas a 60.000 euros por el Real Decreto-ley 28/2021, de 17 de diciembre, por el que se adoptan medidas complementarias de carácter urgente para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.

Esta ayuda de 60.000 euros por vivienda habitual o primera vivienda destruida a día de hoy resulta insuficiente, porque un volcán, a diferencia de otra catástrofe,

como una inundación o un terremoto, destruye las edificaciones y el suelo, por lo que toda la propiedad del afectado queda destruida, perdiendo totalmente la posesión de sus bienes, conservando una mera propiedad formal del bien.

- La regulación de los expedientes de regulación de empleo de los trabajadores que perdieron sus empleos por la destrucción de empresas y fincas agrícolas.
- La suspensión mediante una moratoria de pago de seis meses de todos los préstamos e hipotecas sobre los bienes destruidos. Dicha medida constituye un error, ya que al estar las viviendas y locales destruidos también deben ser objeto de cancelación los préstamos e hipotecas de los mismos, porque la garantía ha desaparecido, y no de una mera suspensión o moratoria.
- La constitución en el Ministerio de Justicia de una comisión para analizar el régimen jurídico de la titularidad y cargas de los bienes y derechos sobre inmuebles que han quedado cubiertos por la lava.
- La creación de notarías especiales en los municipios afectados a los efectos de que se puedan levantar actas de notoriedad de las propiedades destruidas por el volcán para los vecinos afectados que no pudieron salvar los documentos de sus títulos de propiedad.
- Las desgravaciones fiscales a los afectados en las operaciones de compra de nuevas viviendas con tipo 0 impositivo.

Finalmente debemos destacar la función desempeñada por el Consorcio de Compensación de Seguros como organismo del Estado encargado de abonar los seguros a todos aquellos vecinos que aseguraron sus casas y propiedades a tiempo, y que ya ha abonado más de 200 millones de euros en los seis primeros meses desde el comienzo de la erupción volcánica.

3.3. Normas aprobadas por la Comunidad Autónoma de Canarias: el derecho autonómico del volcán

El Gobierno de Canarias, en coordinación y colaboración con el Estado, ha aprobado sucesivas normas para la gestión diaria de la situación social y económica de los afectados, que exponemos a continuación:

- Decreto-ley 12/2021, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas tributarias, organizativas y de gestión como consecuencia de la erupción volcánica en la isla de La Palma.

Esta norma crea el registro único de afectados en el que se deben inscribir los afectados desde la entrada en vigor de la norma hasta seis meses después de la erupción. Este registro permite que cualquier ayuda o subvención que se tramite por cualesquiera de las Administraciones públicas tome los datos de dicho re-

gistro sin necesidad de que los ciudadanos afectados tengan que presentar una instancia por cada ayuda o subvención correspondiente.

Posteriormente se han aprobado sucesivas resoluciones, donde se regulan ayudas y subvenciones públicas a los afectados en materia de bienes muebles o enseres, ayudas agrícolas, ganaderas, empresariales, etc. que se caracterizan por:

- Su carácter directo por razones sociales o humanitarias.
- Su carácter injustificable, ya que no es necesario presentar justificación posterior y por tanto solo serán objeto de reintegro si se demuestra que el beneficiario no reunía los requisitos para su otorgamiento.

Las más destacadas publicadas en el Boletín Oficial de Canarias han sido:

- Orden de 19 de noviembre de 2021, por la que se establece la línea de ayudas económicas, con carácter de emergencia, para la adquisición de enseres domésticos, destinadas a las unidades familiares o de convivencia afectadas por las erupciones volcánicas en la isla de La Palma.
 - Orden de 19 de noviembre de 2021, por la que se regula la concesión de subvenciones con carácter de emergencia a las empresas y personas autónomas para mitigar los perjuicios económicos producidos por las erupciones volcánicas en la isla de La Palma.
 - Resolución de 13 de diciembre de 2021, por la que se concede una ayuda directa a los titulares de explotaciones de plátano, destinada a compensar las pérdidas de renta sufridas como consecuencia de la erupción volcánica en la isla de La Palma.
- En materia urbanística, se ha aprobado el Decreto-ley 1/2022, de 20 de enero, por el que se adoptan medidas urgentes en materia urbanística y económica para la construcción o reconstrucción de viviendas habituales afectadas por la erupción volcánica en la isla de La Palma.

Este decreto permite a los vecinos cuyas primeras viviendas están sepultadas que puedan reproducir fuera de la lava dichas viviendas mediante su construcción en suelos rústicos no protegidos en la isla de La Palma, como una forma de dar solución jurídica para aquellos vecinos que, teniendo un terreno rústico fuera de la lava, puedan rehacer su vida fuera de la colada.

La plataforma de afectados presentó alegaciones contra este decreto, que no fueron admitidas y que eran una forma de dar solución jurídica urbanística a todos los afectados y cuyas alegaciones fueron:

1. Que los afectados no solo puedan reproducir en suelo rústico sus primeras viviendas fuera de la colada, sino también el resto de sus viviendas

que constituían su sustento económico, las denominadas casas de turismo rural.

2. Que el Gobierno de Canarias adquiera suelo público que ceda a los afectados para que los mismos puedan en estas parcelas construirse sus viviendas que sustituyan a las casas sepultada, evitando así la especulación urbanística que se ha producido fuera de la colada con la subida generalizada de los precios.

3.4. La participación de la sociedad civil de forma altruista en las donaciones y en la protección y asesoramiento a los afectados por el volcán

Desde el inicio de la erupción se han sucedido las muestras de solidaridad desde todo el mundo con los damnificados del volcán, dada las imágenes dantescas de destrucción que el volcán dejó, que dieron la vuelta al mundo, lo que ha conllevado la solidaridad de múltiples colectivos, entre los que destacamos:

1. Tanto el Cabildo de La Palma como los ayuntamientos de El Paso, Los Llanos de Aridane y Tazacorte abrieron cuentas corrientes en sus portales de internet y en sus sedes electrónicas, donde los ciudadanos, empresas, organizaciones no gubernamentales etc. han ingresado las cantidades que se han ido recaudando.

Desgraciadamente, si bien la sociedad civil mundial de volcó con La Palma, la gestión de dichas donaciones, como ayudas finalistas, para los afectados ha sufrido un gran retraso, debido a la falta de personal suficiente en dichas Administraciones locales, acostumbradas a la gestión de las ayudas de emergencia social ordinarias y no a la gestión de una crisis social sin precedentes, que ha convertido en solo 86 días de volcán en personas con vulnerabilidad social y económica a más de 7.000 personas afectadas.

2. Los colegios profesionales, tales como los colegios de trabajadores sociales, de psicólogos, de notarios, de registradores, de abogados, se han volcado con la emergencia para ayudar a los afectados a sobrellevar la catástrofe en todos los aspectos: anímicos, sociales y jurídicos, con la creación de servicios de asesoramiento gratuito a los afectados.

En especial destaca la labor de las tres notarías especiales creadas en los tres municipios afectados para crear documentos notariales, como las actas de notoriedad para los afectados, cuyos documentos de propiedad fueron sepultados por el volcán.

También destaca la labor de asesoramiento jurídico gratuito a los afectados en materia de derecho civil, administrativo y laboral realizada por el Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma en la oficina de información a los afectados.

3. Las organizaciones no gubernamentales que han ayudado a los afectados en materia social, de alojamiento y de alimentos, entre las que destacamos, como emblemática, la World Central Kitchen, del chef José Andrés.
4. Los habitantes de La Palma que han ayudado a sus vecinos afectados alojándolos en sus casas, ubicando los enseres de las casas destruidas en sus garajes y depósitos, así como miles de voluntarios de Canarias, del resto de España y del mundo entero que llegaron a La Palma para ayudar a los afectados.

En definitiva, esta catástrofe ha sacado lo mejor de la sociedad que de manera altruista y sin pedir nada a cambio se ha volcado con los afectados, que quedará como ejemplo de solidaridad mundial.

3.5. Ausencia de participación efectiva de los afectados en la toma de decisiones sobre la reconstrucción de la zona afectada

Desde el principio de la erupción del volcán, las Administraciones públicas competentes han aprobado un paquete legislativo y reglamentario de normas en forma de ayudas, subvenciones, moratorias y desgravaciones que han mitigado los efectos del volcán para los afectados, de tal forma que han quedado cubierta sus necesidades mínimas en materia social y económica. Sin embargo, los afectados han quedado al margen de las decisiones que se han ido adoptando en la materia de reconstrucción urbanística, social y económica de la zona sepultada.

Los afectados se han constituido en diferentes asociaciones y plataformas para la defensa de sus derechos civiles, han organizado reuniones, concentraciones y manifestaciones para reivindicar a las Administraciones su derecho a la vivienda y certidumbre para el futuro, destacando la celebrada el día 25 de febrero de 2022 en el municipio más afectado, que terminó con la lectura de un manifiesto en la Plaza de España de Los Llanos de Aridane, y la reciente manifestación del día 19 de septiembre de 2022. La asociación de afectados más numerosa es la plataforma de afectados del volcán de Cumbre Vieja, integrada por un millar de damnificados.

Entre los afectados hay profesionales de gran capacidad y solvencia en los diferentes sectores del mundo del derecho, la empresa, la agricultura y la arquitectura. Sin embargo las Administraciones públicas no han contado con los afectados para las principales medidas adoptadas que afectan a su futuro:

1. Se adoptó la decisión de las ayudas por importe, primero, de 30.000 euros y después de 60.000 euros por vivienda destruida, y no se contó con los afectados.
2. Se constituyeron diferentes comisiones de reconstrucción, que se reúnen semanalmente, de la que forman parte las Administraciones, pero en las que no se incluyó a los representantes de los afectados.

3. Se están elaborando planes de reconstrucción por las empresas públicas urbanísticas de la comunidad autónoma, como son Gestión de Planeamiento de Canarias (GESPLAN) y Gestión Urbanística de Canarias (GESTUR), sin contar con los damnificados.
4. Se elaboró por el Gobierno de Canarias la primera norma con rango de ley del derecho del posvolcán, que fue aprobada por el Decreto-ley 1/2022, de 20 de enero, por el que se adoptaron medidas urgentes en materia urbanística y económica para la construcción o reconstrucción, por la que, como ya hemos explicado, aquellos vecinos cuyas primeras viviendas estén sepultadas pueden reproducir las mismas fuera de la lava en suelos rústicos no protegidos. En la elaboración de dicha norma no se contó con las aportaciones de los afectados.
5. Se están construyendo viviendas prefabricadas modulares para alojar a los afectados cuyas viviendas quedaron sepultadas, y en ningún momento se ha contado con los afectados para la elección y decisión del tipo de vivienda a instalar.

En definitiva, las Administraciones públicas deberían dar a los afectados una participación efectiva en los órganos de reconstrucción mediante la presencia de, al menos, un representante de los mismos en las comisiones Estado-Comunidad Autónoma de Canarias para la reconstrucción, y además deberían dar audiencia y alegaciones a los afectados en el proceso de elaboración de las normas que aprueben.

La única participación de los afectados son reuniones participativas del Cabildo Insular de La Palma, llamadas «Revivir el Valle», donde se les explica a los afectados el proceso de reconstrucción y se les escucha y se realizan las encuestas, pero no son los afectados los que participan en los órganos de dirección de esa reconstrucción.

4. La etapa del posvolcán: desde el 25 de diciembre de 2021 en adelante

4.1. La necesaria aprobación por una ley que garantice la expropiación de los terrenos afectados por la lava con el justiprecio en metálico o en especie a favor de los afectados y que cree un consorcio administrativo para la reconstrucción

Desde el final de la erupción se están realizando planteamientos jurídicos de cómo resolver la situación jurídica, inédita en el derecho administrativo, consistente en que los damnificados tienen sus propiedades bajo la lava y han perdido la posesión de las mismas, ya que las edificaciones han sido destruidas y el suelo ha sido ocupado por la lava, al que tampoco pueden acceder por razones de seguridad, ya que sigue estando en algunas zonas a temperaturas superiores a 500 grados.

Al mismo tiempo hay que dar una solución social y económica a la actual situación económica de vulnerabilidad de los afectados, ya que de tener su vivienda y su finca agrícola o su establecimiento profesional o mercantil, que era su medio de vida, ahora se han quedado sin propiedades.

El notario de Santa Cruz de Tenerife y decano notarial de Canarias, don Alfonso Cavallé Cruz, en colaboración con otros profesionales del mundo del derecho civil y administrativo de la Universidad de La Laguna, han elaborado una propuesta de decreto-ley para la reconstrucción social y económica de La Palma que pasa por la expropiación de los terrenos sepultados y su compensación mediante un justiprecio en metálico o en especie a favor de los afectados, que es una solución acertada para compensarles por las pérdidas sufridas y para el futuro económico de La Palma, que tiene los siguientes caracteres:

1. El derecho de realojamiento de los afectados en una vivienda o en una porción de terreno en la isla de La Palma de valor o superficie equivalente a la sepultada.
2. El derecho de los afectados que vinieran realizando actividades económicas a reinstalarse en parcelas o locales de superficie equivalente a la sepultada.
3. Se reconoce a los afectados un justiprecio equivalente al valor de los bienes destruidos con efectos del día antes del volcán, o sea, a 18 de septiembre de 2021. A este respecto los afectados deberán optar en recibir este justiprecio en especie mediante las viviendas, tierras o parcelas o en metálico con el valor de tasación que tenían los bienes el día antes del volcán.
4. La declaración de utilidad pública de los terrenos sepultados a los efectos de que la Administración decida qué terrenos se protegen y cuáles se transforman para la reconstrucción.
5. La creación de un consorcio administrativo para la reconstrucción, del que formarán parte la Administración General del Estado, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, el Cabildo Insular de La Palma y los ayuntamientos Los Llanos de Aridane, El Paso y Tazacorte. También contará con la presencia del representante de los afectados y del resto de los ayuntamientos de la isla. Este consorcio ha sido ideado por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de La Laguna, don Antonio Domínguez Vila.
6. Introducción de medidas fiscales para incentivar las actividades económicas de La Palma para la debida reconstrucción de la isla.

4.2. La necesaria aprobación de una ley del Parlamento de Canarias que regule los derechos y deberes de los afectados

La Plataforma de Afectados por el Volcán de Cumbre Vieja presentó en la Comisión de Reconstrucción de La Palma del Parlamento de Canarias una ley que regula los derechos de los afectados, que exponemos en resumen.

Esta ley debe ser el estatuto jurídico de los afectados, de la que deriven el resto de leyes o reglamentos que regulen el ejercicio de estos derechos.

En el artículo 1 se regula el ámbito territorial de la norma, circunscrito a los municipios afectados de la isla de La Palma, de la ciudad de El Paso, de Los Llanos de Aridane y de la Villa y Puerto de Tazacorte, estableciendo de forma subsidiaria su aplicación al resto de municipios en el caso de la inexistencia de suelo suficiente en los mismos, como se establece en los artículos 5, 6 y 7 de la misma.

En el artículo 2 se regula el ámbito subjetivo de la misma, en el que se describen los diferentes ciudadanos cuyos derechos y bienes han sido afectados por las erupciones volcánicas y en el que se integra esta norma de nueva creación con el Decreto-ley 14/2021, de 28 de octubre, de registro único de afectados.

En el artículo 3 se regula el ámbito temporal de la condición de afectado, correspondiendo el inicio de tal condición con la resolución de inscripción en el registro de afectados, y correspondiendo la finalización de dicha condición cuando se realice la restitución íntegra, ya sea en dinero o en especie, de los derechos de los afectados, que poseían a día 18 de septiembre de 2021, porque, como ya expusimos, los ciudadanos afectados no tienen ninguna responsabilidad por acción o por omisión de la destrucción total o parcial de sus bienes y derechos, y por tanto ostentan el derecho al resarcimiento de los mismos.

En el artículo 4 se garantiza de forma efectiva la audiencia y participación ciudadana de los ciudadanos afectados en el procedimiento de elaboración de las normas con fuerza de ley emanadas del Gobierno y del Parlamento de Canarias, y el resto de disposiciones de carácter general emanadas de las Administraciones públicas.

En el artículo 5 se garantizan los derechos urbanísticos de los propietarios mediante una regulación *ad hoc*, atendiendo a la singularidad de los ciudadanos afectados mediante una serie de varias medidas urbanísticas para restituir las propiedades sepultadas por la lava, y de esta forma que los afectados puedan rehacer su vida mediante las siguientes medidas, a las que podrán acogerse los ciudadanos afectados:

- La primera, como medida previa, el derecho del afectado a que la Administración pública le realice una tasación sobre los derechos y bienes destruidos por la lava, a los efectos de determinar de manera objetiva el importe económico de la pérdida sufrida.
- El derecho a ser expropiados por las propiedades sepultadas por la lava mediante la correspondiente indemnización, con valor de tasación a 18 de septiembre de 2021.
- El derecho a construir una vivienda o desempeñar actividades del sector primario en el suelo de cada propietario dentro de la lava, siempre que sea materialmente

posible su uso para el destino residencial o agrario, después de la reconstrucción de la zona afectada.

- El derecho a construir viviendas fuera de la lava o a desarrollar sus actividades agrarias, profesionales o empresariales dentro del ámbito territorial de los tres municipios afectados o en el resto de los 11 municipios de La Palma.

Asimismo, a los afectados se les debe garantizar una serie de derechos, que poseían como vecinos de los municipios afectados, en los términos del artículo 18 de la Ley de bases del régimen local, a los efectos de que en la reconstrucción de los municipios afectados se garanticen los servicios públicos de los que disfrutaban los vecinos, siempre que materialmente, conforme a la ordenación territorial y urbanística, sea posible.

Además, atendiendo a la memoria y el valor etnográfico de los pueblos sepultados y sus denominaciones se debe garantizar que, ya sea dentro o fuera de la lava, se reproduzcan las toponimias y las denominaciones de los pueblos, lugares, sitios y barrios sepultados por la lava.

Finalmente, se regula el derecho de los afectados a la tramitación por las Administraciones públicas competentes de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, con las indemnizaciones que legalmente procedan.

En el artículo 6 se regulan los derechos de protección social y educativa de los afectados. Se garantizan los siguientes derechos:

- El derecho de los afectados a una vivienda habitual de carácter social, ya sea en régimen de arrendamiento o en régimen de propiedad, en el municipio en el que estaban empadronados antes de las erupciones volcánicas, o, en su defecto, en los municipios colindantes al ámbito territorial de esta ley, o subsidiariamente en otro municipio de la isla de La Palma si se acreditara la inexistencia de viviendas sociales disponibles en el ámbito territorial de aplicación de esta ley.
- El derecho de los afectados y los miembros de su unidad familiar a disponer de ayudas sociales de atención inmediata, a los efectos de garantizar los servicios sociales básicos, tales como los alimentos, el abastecimiento de agua, el suministro de energía eléctrica, la comunicación telefónica y acceso a internet y el resto de servicios sociales básicos, como los disfrutaban a 18 de septiembre de 2021.
- El derecho de los afectados y de los miembros de su unidad familiar a disponer de los recursos económicos y materiales para garantizar su educación y su formación profesional, mediante el establecimiento de ayudas, becas y subvenciones públicas que garanticen que los afectados pueden seguir cursando sus estudios universitarios o no universitarios, o en centros públicos o privados, en las mismas condiciones de las que disfrutaban a 18 de septiembre de 2021.

- El derecho de los afectados y de los miembros de su unidad familiar a disponer de atención psicológica gratuita para garantizar su estabilidad emocional y psicofísica, derivada de los graves perjuicios para su situación personal, familiar, social y económica que han tenido las erupciones volcánicas comenzadas el 19 de septiembre de 2021.

En el artículo 7 se regula el derecho al empleo de los ciudadanos afectados y al desempeño de sus actividades profesionales y empresariales que tenían a 18 de septiembre de 2021, a los efectos de que por las Administraciones públicas se garantice, mediante las subvenciones, convenios y planes de empleo que sean precisos, estos derechos.

Se garantizan los siguientes derechos:

- Derecho de los afectados al empleo en las mismas condiciones laborales que tenían a 18 de septiembre de 2021, y a tal efecto las Administraciones públicas deberán promover todas las medidas sociales y laborales en forma de subvenciones, ayudas, planes de empleo y el resto de medidas laborales durante la vigencia de la condición de afectado, que sean procedentes para dicha garantía en el ámbito territorial de los municipios afectados o de forma subsidiaria en el resto de municipios de la isla de La Palma.
- Derecho de los afectados al desempeño de sus actividades profesionales y económicas en las mismas condiciones que tenían a 18 de septiembre de 2021, y a tal efecto las Administraciones públicas deberán promover todas las medidas económicas en forma de subvenciones, ayudas, planes de empleo y el resto de medidas económicas durante la vigencia de la condición de afectado que sean procedentes para dicha garantía.

En el artículo 8 se garantizan las necesarias desgravaciones y exenciones fiscales en los impuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias, al objeto del necesario tratamiento diferenciado a los afectados por las pérdidas sufridas.

En el artículo 9 se regulan los derechos de los ciudadanos afectados en materia de dignidad, con motivo de la entrega de viviendas sociales y de reconocimiento público, en los actos públicos o centros que se realicen como aniversario o recuerdo de las erupciones volcánicas comenzadas el 19 de septiembre de 2021, a los efectos de que en el resarcimiento de los bienes y derechos de los afectados se respete la dignidad y el dolor de los afectados y la imagen personal y familiar de los afectados, y no se conviertan en un espectáculo político y mediático.

Finalmente, en el artículo 10, como corolario de lo anterior, se regulan los deberes de los ciudadanos afectados, a los efectos de colaborar con las Administraciones públicas y someterse a las actuaciones de verificación y comprobación que exijan las Administraciones públicas.

4.3. Preguntas y respuestas sobre el régimen jurídico de los bienes destruidos de forma total o parcial por el volcán de Cumbre Vieja

Las siguientes preguntas se responden sobre los bienes afectados por la lava.

¿De quién es el suelo afectado por la lava?

El suelo sigue siendo de los propietarios que lo eran antes del volcán, para lo cual deben demostrarlo con las escrituras de propiedad, certificaciones del registro de la propiedad, certificaciones catastrales o actas de notoriedad.

Según el artículo 609 del Código Civil la propiedad se adquiere por ministerio de ley, por donación, por sucesión y por ciertos contratos mediante la tradición o entrega. En el presente caso la propiedad sigue en manos de sus titulares anteriores al volcán, ya que no se ha aprobado ninguna ley que les haya privado de la misma aunque ya no tengan el goce de ella.

Además, también se produce la transmisión de la propiedad en los supuestos previstos en la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954, previo expediente ordinario o de urgencia, pero en los que, en todo caso, antes de la ocupación por la Administración expropiante del bien privado, se debe levantar un acta previa de ocupación firmada entre la Administración expropiante y los titulares del derecho de propiedad del bien expropiado (art. 52 LEF).

Por lo que mientras que no sean expropiados, los propietarios del suelo antes del volcán siguen siendo sus legítimos propietarios.

¿De quién es la propiedad de la lava de los terrenos ganados al mar?

Según el artículo 9 de la Ley 22/1988, de costas, no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo terrestre. Por tanto, todos los terrenos ganados al mar por la lava del volcán son, por ministerio de la ley, propiedad del Estado.

En el caso de que el Gobierno de Canarias procediera a la protección de manera total o parcial del suelo afectado por la lava, ¿tendrían derecho a ser indemnizados los propietarios del suelo?

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, regula en el anexo VIII, apartado cuarto, los «sistemas volcánicos».

El artículo 184 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias (LSENPC), dice expresamente que la declaración de una de las ca-

tegorías de protección de un espacio natural, además de la utilidad pública prevista en la legislación básica estatal, lleva implícita la de su interés social, a efectos expropiatorios.

Por tanto, una vez declarada como espacio natural protegido la zona afectada por el volcán que la Comunidad Autónoma de Canarias determine, esta declaración implica el interés social, a efectos de la posterior tramitación del expediente expropiatorio, en el que se deberá abonar un justiprecio al propietario del suelo que se vea privado del mismo por la ley o el decreto que apruebe el Gobierno de Canarias, según los diferentes supuestos de espacios naturales protegidos regulados en el artículo 179 de la LSENPC.

En el caso de que el Parlamento de Canarias por ley o el Gobierno de Canarias por el decreto-ley correspondiente aprobara la declaración de espacio natural protegido de terrenos ocupados por la lava, o dentro del perímetro de la lava, y no se tramitara posteriormente el expediente expropiatorio, se estaría vulnerando el derecho constitucional del artículo 33, que expresamente dispone que se reconoce el derecho a la propiedad privada y que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, y mediante la correspondiente indemnización.

En caso de ser expropiado el suelo afectado por la lava, ¿cómo se debe valorar dicho suelo?

El artículo 36 de la LEF de 16 de diciembre de 1954 establece que las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio.

Es imprescindible que a este precepto se adicione un apartado específico para el caso del volcán de Cumbre Vieja de 19 de septiembre de 2021, ya que con su aplicación a los propietarios del suelo sepultado por la lava del volcán se les va a aplicar el valor del justiprecio actual del terreno lávico, que es un valor casi inexistente, y no el valor que tenía la propiedad antes del volcán.

Esta redacción debería ser:

En el caso de los terrenos afectados por la lava del volcán que erupcionó en la isla de La Palma el 19 de septiembre de 2021, el valor de tasación del justiprecio se determinará con efectos retroactivos al valor del bien inmueble existente anterior a la erupción.

¿Es susceptible de reproducir por los propietarios sobre la lava o sobre las zonas que están dentro del perímetro de la lava las actividades residenciales, industriales, empresariales o agrícolas preexistentes al volcán?

A día de hoy, por razones de seguridad y emergencias, según los consejos de los científicos, los vecinos que conservaron sus propiedades no pueden acceder a las mismas, y

los vecinos cuyas propiedades han sido destruidas tampoco pueden volver a reconstruir sus propiedades sobre los mismos suelos.

Los ayuntamientos afectados, con el Gobierno de Canarias y con las recomendaciones de los científicos, tienen que redactar un nuevo planeamiento urgente, aprobado por norma con rango de ley del Parlamento de Canarias, en el que se clasifique los suelos afectados por la lava y en los que se determine qué zonas serán objeto de declaración de espacio natural protegido, qué zonas podrán ser de uso residencial y en qué zonas se podrá hacer un uso agrícola, que será el mayoritario, como en otras épocas de volcanes anteriores en La Palma, en las que *sorribó* sobre la lava del volcán.

¿Es posible ocupar terrenos privados mediante obras públicas de emergencia sin que previamente se haya tramitado el expediente expropiatorio por la vía de urgencia?

El artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, establece la posibilidad legal de que las Administraciones públicas por acontecimientos catastróficos puedan ordenar lo necesario para remediar el acontecimiento producido sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en las leyes, o sea, contratar obras sin publicidad y concurrencia y sin existencia de crédito presupuestario.

Sin embargo, estas obras de emergencia deben realizarse sobre bienes públicos, ya que para que se puedan ocupar materialmente los bienes privados mediante obras públicas de emergencia será necesario tramitar con carácter previo la expropiación urgente de los suelos privados sobre los que ejecutar esas obras públicas.

A este respecto, el Cabildo Insular de La Palma durante el año 2022 ha ejecutado la carretera sobre las coladas desde La Laguna a Las Norias sobre terrenos privados, y por tanto sin que previamente haya realizado la expropiación urgente de los bienes ocupados, y por tanto vulnerando el procedimiento legalmente establecido.

4.4. La posible responsabilidad patrimonial del Estado y del resto de las Administraciones públicas por comisión por omisión al no informar a la población afectada con carácter previo al fenómeno preeruptivo

Según lo dispuesto en la legislación reguladora en la materia por las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, los presupuestos para la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración son los siguientes:

1. Que exista un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos de las Administraciones públicas, por tanto, toda actividad o inactividad administrativa, o sea, tanto por acción como por omisión.

2. Que exista una relación de causalidad entre la actuación o inactividad administrativa y el daño o perjuicio producido.
3. Que no exista fuerza mayor determinante de exclusión de la responsabilidad, en el sentido de que el suceso no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable.
4. Que se trate de un daño efectivo, cierto, evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (Nieto, 1986, pp. 427-434).
5. La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como objetiva o por el resultado en la que es indiferente que en la actuación administrativa haya habido dolo o culpa o negligencia, o que el funcionamiento haya sido normal o anormal, ya que hay responsabilidad si como consecuencia de la actuación de la Administración se ha producido un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. (Como, por ejemplo, en sentencias del Tribunal Supremo del 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero, 25 de febrero, 28 de febrero y 1 de abril de 1995).
6. Que el daño sea antijurídico, o sea, que el perjudicado no tenga el deber de soportar el daño. La Sentencia del Tribunal Supremo 5042/2009, de 1 de julio manifiesta:

No todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.

Si aplicamos estos requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños producidos por el volcán, sacamos las siguientes conclusiones, que exponemos a continuación, con las siguientes seis preguntas y sus correspondientes respuestas:

¿Ha existido un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos antes o durante la erupción del volcán de 19 de septiembre de 2021?

Como hemos explicado en este trabajo, el fenómeno preruptivo se aceleró en el periodo 2017-2021, según reiterados estudios científicos publicados y según los estudios e informes de los organismos oficiales, como el IGN y el INVOLCAN, y las declaraciones en los medios y conferencias de los científicos de dichos organismos. Sin embargo, al tratarse de estudios científicos, pasaron desapercibidos para la población afectada, que no fue informada en ningún momento de forma oficial de la probabilidad real de erupción volcánica próxima.

Por tanto, hubo una inactividad administrativa, consistente en que la Administración General del Estado, como responsable del IGN, y la Comunidad Autónoma de Canarias, como

responsable del INVOLCAN y como responsable igualmente del PEVOLCA, no informaron de forma oficial a la población afectada del riesgo volcánico que corrían sus viviendas y el resto de sus propiedades, de tal forma que si se hubiera aprobado una resolución oficial por parte del Estado o la comunidad autónoma, publicada y notificada a los municipios afectados, con la exigencia a los vecinos de asegurar sus propiedades por riesgo volcánico, los afectados hubieran sufrido un menor daño o perjuicio, porque las tres cuartas partes de los afectados no tenían sus propiedades aseguradas, porque nunca tuvieron conocimiento del riesgo que corrían sus propiedades.

Así, por ejemplo, consta en la hemeroteca de prensa que cuatro años antes, el 9 de octubre de 2017, la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, en aplicación del Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico, convocó el comité científico de evaluación y seguimiento de fenómenos volcánicos, con el fin de valorar los datos obtenidos en redes y estaciones de vigilancia en La Palma por los enjambres sísmicos, y a raíz de dichas reuniones oficiales no se dio ninguna recomendación a la población.

Podemos decir entonces que había dos vías paralelas, sin intercambio de información entre ellas: por un lado, la Administración y los científicos que venían estudiando el fenómeno preeruptivo desde el año 2017, y, por otro lado, la población que vivía y trabajaba en la zona afectada y que permanecía ajena, sin información alguna, al proceso preeruptivo que se venía gestando.

¿Existe una relación de causalidad entre la actuación o inactividad administrativa y el daño o perjuicio producido por el volcán?

Por acción es evidente que no hay causa-efecto entre la actividad administrativa y el daño producido, porque estamos ante un fenómeno natural catastrófico producido por un volcán, y por tanto la causa de la destrucción de las propiedades de los afectados es la naturaleza, y no es por la acción humana, y hasta tal punto es así que gran parte de los bienes destruidos son también bienes públicos, tales como carreteras, calles y vías e infraestructuras públicas.

Además, es un dato muy relevante que durante el volcán la coordinación administrativa entre todas las fuerzas y cuerpos seguridad y los servicios de emergencia y voluntarios evitó la pérdida de vidas humanas y lesionados.

En cuanto a la inactividad administrativa por omisión, en cuanto al no hacer, tampoco hay responsabilidad de la Administración, ya que fue imposible materialmente para la fuerza irresistible del volcán durante su erupción.

Ahora bien, sí puede haber responsabilidad patrimonial por la inactividad administrativa de no informar a la población del riesgo previo que corrían, para que los vecinos aseguraran sus casas y pudieran paliar de esta forma el resultado del riesgo que corrían.

A este respecto, en todas las licencias de obra para la construcción de viviendas y locales comerciales e industriales otorgadas por el Cabildo de La Palma y los ayuntamientos en la zona, en ningún caso se informó a la población del riesgo volcánico que corrían sus propiedades al estar en la zona de Cumbre Vieja, y que después fueron arrasadas por el volcán.

¿Existe fuerza mayor determinante de exclusión de responsabilidad, en el sentido de que el suceso no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable?

La fuerza mayor es una causa no solo irresistible e imprevisible, sino extraña y ajena a la Administración. La doctrina del Consejo del Estado ha venido reservando el concepto de fuerza mayor para «aquél suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable».

En el presente caso, si bien es cierto que un volcán, una vez previsto, es inevitable e irresistible, ya que es imparable, las investigaciones científicas del período preeruptivo demuestran que el volcán se estaba gestando durante cuatro años antes.

Conde Antequera (2015, p. 81) dice que la elaboración de mapas de riesgos en los que se indiquen los peligros detectados se erige en un elemento fundamental de prevención, pues el conocimiento de la existencia de los riesgos permite una ordenación del territorio adaptada a los mismos, que evite la exposición de usos vulnerables a tales peligros naturales. Por ello, el artículo 15.2 del texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, obliga a la Administración a incluir un mapa de riesgos naturales en el estudio ambiental estratégico (antes informe de sostenibilidad ambiental), necesario para la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico. Si no se ha incluido este en dichos instrumentos de ordenación, encontramos ya un primer elemento determinante de la responsabilidad administrativa en caso de que se produzcan daños, al omitirse esta actuación debida de la Administración en la elaboración del planeamiento (p. 81).

En el mismo sentido, sobre la necesidad de que la Administración planifique el riesgo para que la población esté informada se pronuncia Jordano Fraga (2000).

El Cabildo de La Palma tenía la obligación de aprobar el plan insular de actuación ante el riesgo volcánico de la Palma (PAIVPAL), en el que se debían establecer los mapas de riesgo volcánico, de tal forma que una vez establecidos los mismos se debería avisar a la población del riesgo volcánico, pero dichos mapas ni están aprobados ni nunca se avisó a la población.

¿Se trata de un daño efectivo, cierto, evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas?

Los daños económicos provocados por el volcán a cada uno de los afectados son susceptibles de ser individualizados mediante la tasación de los mismos con el valor que tenían el día antes del volcán, el 18 de septiembre de 2021.

¿Existe responsabilidad objetiva de la Administración por los daños del volcán?

Como ya hemos expuesto, la inactividad de la Administración de no informar de forma oficial y fehaciente a la población del enjambre sísmico que se venía produciendo desde el año 2017 determinó que los afectados no pudieran anticiparse al daño y asegurar sus viviendas y propiedades para que, a pesar de que la fuerza del volcán fue irresistible, las pérdidas sufridas hubieran sido cubiertas con esos seguros, que la mayoría de los afectados nunca hizo con carácter previo. Pero, además, durante la erupción el Consorcio de Compensación de Seguros dio informaciones contradictorias y diferentes:

1. La primera semana de la erupción no se permitió asegurar las viviendas a los que no las tenían previamente aseguradas.
2. A partir de la segunda semana se permitió asegurar sus viviendas a los vecinos con un periodo de carencia de siete días.

Por tanto, la actuación de la Administración fue causa del daño económico a los afectados por comisión por omisión, por las siguientes razones:

1. No se informó a la población de los estudios científicos del IGN, el INVOLCAN y otros científicos del riesgo volcánico, que iba en aumento desde 2017.
2. No se informó a la población del mapa de riesgo volcánico en el que estaban ubicadas sus propiedades, que era obligatorio según el plan de emergencias del riesgo volcánico de La Palma, que no estaba aprobado.
3. Se otorgaron las licencias de obra y de actividades de las viviendas, locales comerciales y fincas agrícolas durante los años anteriores, sin advertir a la población del riesgo, y ni siquiera se les dijo que se hicieran un seguro o reaseguro, ni siquiera como una mera recomendación.
4. Una vez comenzada la erupción se dieron informaciones contradictorias por el Consorcio de Compensación de Seguros sobre el derecho a hacerse un seguro.

¿Es antijurídico el daño ocasionado a los afectados por el volcán?

Los vecinos afectados no tenían el deber jurídico de soportar los daños económicos del volcán, por tanto, se cumple con el requisito de la antijuridicidad del daño.

5. Conclusiones

En el presente trabajo hemos abordado, desde el punto de vista del derecho administrativo, la erupción del volcán de La Palma y sus consecuencias sobre los afectados y la

reacción coordinada de las Administraciones públicas ante la emergencia, que es un modelo de consenso y cooperación, que servirá de ejemplo para la gestión de otras catástrofes naturales.

Las Administraciones públicas han aprobado un amplio paquete legislativo y reglamentario para regular y mitigar las consecuencias para los afectados del volcán mediante las ayudas, subvenciones y desgravaciones fiscales procedentes.

Sin embargo, este trabajo, si bien reconoce todo el trabajo realizado por las Administraciones para garantizar los derechos de los afectados, se muestra crítico con la falta de información a los afectados del fenómeno preruptivo, que iniciado en el año 2017, cuatro años antes de la erupción, nunca se informó a la población, y de la falta de participación efectiva de los afectados y damnificados en el proceso de reconstrucción de la zona afectada y de las normas del posvolcán que se están aprobado por el Estado o por la Comunidad Autónoma de Canarias.

En esta obra se explican soluciones a los derechos de los afectados en cuatro vertientes:

1. En el plano estatal, la necesaria aprobación de un decreto-ley para la reconstrucción de La Palma, elaborado entre miembros del Colegio Oficial de Notarios y la Universidad de La Laguna (Tenerife), por el que se reconoce la utilidad pública de la zona sepultada por la lava a los efectos de la expropiación, ya sea en especie (nueva parcela o vivienda) o en metálico, por el valor de tasación que poseían los bienes a fecha 18 de septiembre de 2021.
2. En el plano autonómico, se explica la propuesta presentada por la plataforma de afectados en el Parlamento de Canarias de una ley del estatuto jurídico de los derechos y deberes de los afectados, ya que dichos ciudadanos deben tener una consideración administrativa especial, porque tienen sus propiedades sepultadas sin tener la posesión de las mismas, sino solo un título formal de propiedad, y para que pueda garantizarse por una norma con rango de ley los derechos sociales y económicos que poseían antes del volcán, y que sigan teniendo la condición de afectados, hasta que se les indemnice por los daños sufridos.
3. Se analiza mediante el sistema de preguntas y respuestas los diferentes supuestos civiles y urbanísticos que pueden darse sobre los propietarios de los terrenos afectados por la lava.
4. Finalmente se aborda la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que a pesar de que estamos ante un fenómeno de la naturaleza, que en principio pudiera ser encuadrado en causa de fuerza mayor, puede darse el supuesto de responsabilidad patrimonial administrativa de comisión por omisión, consistente en que la Administración no informó a la población de los estudios científicos sobre el fenómeno preruptivo del año 2017 y de los mapas de riesgo volcánico.



Referencias bibliográficas

- Conde Antequera, J. (2015). La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales. Especial referencia al riesgo de inundación. *Revista Aragonesa de Administración Pública*.
- Fernández, J. et al. (2021). Detección de la aparición de disturbios volcánicos en La Palma, Islas Canarias, evolución e implicaciones. *Nature*, 1-13.
- Jordano Fraga, J. (2000). *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, administración y derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*. Marcial Pons.
- Longpré, M.-A. (2021). Reactivación del volcán de Cumbre Vieja. *Science*, 1.197-1.198.
- Martí Molist, J. (2022). Edición especial volcán de La Palma. *National Geographic*.
- Nieto, A. (1986). La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 427-434.
- Salas, J. (23 de septiembre de 2021). *El País*. Todo cuadraba: los expertos que avisaron de la reactivación del volcán de La Palma.



Hacia un domicilio electrónico obligatorio de las personas físicas ante la Administración pública en materia de notificaciones

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

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

Extracto

Se analiza la necesidad de dar un paso relevante en materia de nuevas tecnologías mediante la obligatoriedad de la implementación del DEO, o domicilio electrónico obligatorio, para las personas físicas, a fin de que cuando la Administración pública deba llevar a cabo una notificación con persona física en cualquiera de sus áreas, se fije la necesidad de que se haga en el domicilio electrónico obligatorio, que le será adjudicado a cada ciudadano mayor de edad para que la Administración realice las notificaciones con el mismo, evitando retrasos en los procedimientos y obstaculizaciones por aquellos que no quieran recibir actos de comunicación ante posibles incumplimientos o infracciones que determinen que otros ciudadanos o la propia Administración les reclamen por los mismos.

Se destacan las ventajas de la implantación de un «domicilio virtual» y la inexistencia de pérdida de garantías para el ciudadano, además de optimizar el mismo mediante la exigencia de que su uso sea bidireccional, tanto para recibir el ciudadano comunicaciones como para poder enviarlas él a la propia Administración.

Palabras clave: procedimiento administrativo; notificaciones; notificaciones electrónicas; domicilio electrónico; personas físicas.

Fecha de entrada: 15-09-2022 / Fecha de aceptación: 10-10-2022

Citación: Magro Servet, V. (2022). Hacia un domicilio electrónico obligatorio de las personas físicas ante la Administración pública en materia de notificaciones. *Revista CEFLegal*, 263, 69-100.



Mandatory electronic address for natural persons before the public Administration regarding notifications

Vicente Magro Servet

Abstract

The need to take a relevant step in terms of new technologies is analyzed through the mandatory implementation of the DEO, or mandatory electronic address, for natural persons, so that when the public Administration must carry out a notification with a natural person in any of its areas, the need to do so at the mandatory electronic address that will be assigned to each citizen of legal age to the Administration notifies with the same is established, avoiding delays in procedures and obstacles by those who do not want receive acts of communication in the event of possible breaches or infractions that determine that other citizens or the Administration itself claim them for them.

The advantages of implementing a «virtual address» and the non-existence of loss of guarantees for the citizen are highlighted, in addition to optimizing it by requiring that its use be bidirectional, both to receive communications by the citizen and to be able to send them to the administration itself.

Keywords: administrative procedure; notifications; electronic notifications; electronic address; physical persons.

Citation: Magro Servet, V. (2022). Hacia un domicilio electrónico obligatorio de las personas físicas ante la Administración pública en materia de notificaciones. *Revista CEFLegal*, 263, 69-100.



Sumario

1. Introducción
 2. La obligatoriedad de los actos de comunicación electrónica en época de pandemia del coronavirus, exigencia de ahorro de costes a la Administración y agilidad de los expedientes
 3. El importante paso de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y la necesidad de un avance hacia la obligatoriedad de la notificación electrónica sin diferencias entre personas físicas y jurídicas
 4. La obligatoriedad «parcial» de la comunicación electrónica con la Administración de Justicia en la Ley 42/2015 de reforma de la LEC
 5. El domicilio electrónico obligatorio (DEO) como solución para la ejecución de los actos de comunicación, y ágil tramitación de los procedimientos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Una de las materias que hoy en día adquiere más relevancia en el ámbito de las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos es la relativa a las notificaciones que la primera debe realizar a las personas físicas en cualquier parcela o área, tanto de la Administración estatal como autonómica o local. Y ello por cuanto los actos de comunicación son el «motor de arranque» de todas las actuaciones posteriores que pueden tener lugar entre Administración y persona física, por cuanto es la forma y fórmula de comunicarle determinada actuación para que llegue a su conocimiento y le obligue a llevar consigo una conducta concreta. Sin una correcta notificación inicial, los actos posteriores se retrasan, o no pueden llevarse a cabo.

El acto de comunicación es el medio, modo y forma por la que una parte, en este caso la Administración, le notifica a un ciudadano una información concreta que le debe mover al mismo a llevar a cabo una determinada contestación, o actuación para dar respuesta al contenido estricto del acto de comunicación. El problema viene porque la exigencia, ya tradicional, de que la ejecución de estos actos se lleven a cabo de forma física y presencial en el domicilio de la persona física han determinado que estemos en un momento en el que se precisa urgentemente un cambio que posibilite la ejecución de estos actos de forma electrónica, también con las personas físicas, aunque ello requiere de una seria reflexión que lime algunos obstáculos para una medida que sería revolucionaria en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, y que lleva consigo muchas más ventajas y beneficios que inconvenientes, tanto para la Administración como para los ciudadanos cumplidores con el ordenamiento jurídico. No, claro está, para aquellos que se han aprovechado de esta exigencia de presencialidad para llevar a cabo actos de comunicación y poner obstáculos a su ejecución.

Por ello, esta apuesta de un cambio relevante requiere destacar varios aspectos que son esenciales en esta materia y que debemos poner de manifiesto encima de la mesa cuando tratamos de los actos de comunicación, a saber:

1. Que la ejecución de los actos de comunicación entre la Administración pública y los ciudadanos requieren de un volumen muy importante de personal laboral dedicado solamente a llevar a cabo esta tarea.
2. Que existe un volumen importantísimo de actos de comunicación entre Administración pública y ciudadanos cada año.
3. Que si hay un factor que complica esta temática lo es la problemática que existe en estos actos a la hora de conocer y encontrar el auténtico domicilio que en cada momento concreto tiene un ciudadano. Los cambios sin notificar y el conocimiento exacto al momento de ejecutar el acto lo retrasan.
4. Que las dificultades para llevar a cabo esta localización retrasan de forma exponencial la tramitación de los procedimientos.
5. Que son innumerables los recursos de todo tipo que se presentan más tarde por los ciudadanos cuando alegan que el acto de comunicación no ha existido de forma física y la investigación domiciliaria es insuficiente, con lo que plantean la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo.

Estas ideas básicas se nos presentan como una realidad práctica que es incuestionable y que nos sitúa en un escenario que exige reformas importantes, prácticas y efectivas en orden a introducir un cambio importante en la forma de llevar a cabo los actos de comunicación entre Administración pública y ciudadanos.

Por ello, es preciso abrir una seria reflexión sobre el paso que habría que dar adelante para convertir en una realidad esta aspiración, porque muchas Administraciones públicas ven como la tramitación de sus expedientes administrativos encuentra un auténtico freno con la ejecución de los actos de comunicación, y, además, dedican mucho personal para hacer diligencias de esta naturaleza para trasladar notificaciones personales a los ciudadanos. Mientras tanto, el procedimiento se paraliza ante la necesidad de la Administración de agotar la localización del posible domicilio del ciudadano antes de dar el paso de llevarla por la vía edictal.

Piénsese, por ejemplo, en la Administración de Justicia y en la gran cantidad de funcionarios que dedica a esta tarea, las paralizaciones eternas de los procedimientos judiciales por esta razón, y las nulidades que más tarde pueden acordarse si no se han agotado las vías necesarias para localizar al ciudadano, al que hay que darle traslado del acto de comunicación. Además, todas las Administraciones deben dedicar servicios completos de funcionarios para la llevanza de estos actos de comunicación personales.

En esta Administración, la praxis procesal demuestra en la actualidad que el acto procesal que más cuesta ejecutar es el de la primera comunicación con la persona a quien se dirige una acción, ya que quien la ejercita puede indicar una dirección en la misma cuando la presenta al órgano judicial, pero puede ser que el afectado ya no resida allí, o que, incluso, aun residiendo, ponga obstáculos para que el acto de comunicación real pueda llevarse a

efecto, lo que ralentiza el arranque del procedimiento y el citado riesgo de posibles nulidades por una defectuosa remisión a los edictos, como en muchas ocasiones ha reiterado el Tribunal Constitucional al acudir por los órganos judiciales a la vía edictal de forma «precipitada», sin agotar al máximo la averiguación del domicilio de la persona sobre la que se intenta la primera comunicación.

Por ello, hoy en día, con unos avances importantes en materia tecnológica, que se han optimizado, sobre todo por la llegada de la pandemia del coronavirus, al tener que hacer explotar todos los recursos tecnológicos para dar un salto cualitativo desde lo presencial a lo tecnológico, resulta llamativo que todavía se mantenga el acto de comunicación por primera vez al ciudadano de forma física, cuando sería perfectamente posible y factible la articulación de un sistema por el que se fije un domicilio electrónico obligatorio para todos los ciudadanos, y no solo a las personas que se citan en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, a lo que más tarde nos referiremos.

En este sentido, es necesario que, en pleno proceso de implementación de medidas de choque ante los riesgos que genera el mayor contacto físico de un virus como el coronavirus, que ha llegado para quedarse con sus distintas mutaciones, es preciso potenciar las tecnologías para adaptarlas a los actos de comunicación que en muchos casos ya se llevan a cabo, como todos los citados en el referido artículo 14.2 de La Ley 39/2015. Así, si ya han pasado 6-7 años desde que se implantara la comunicación electrónica como una obligación para ciertos sujetos obligados a ello, es preciso que la comunicación entre la Administración pública y las personas físicas pase de ser un derecho a ser una obligación, y sin excepción alguna, como ahora ocurre con las personas jurídicas.

No hay que olvidar, tampoco, que no podemos dar la espalda a un hecho que ha venido para quedarse en nuestras vidas, como el citado coronavirus, y sobre su presencia y el cambio que ello debe producir en nuestra forma de actuar y pensar. Apunta Valero Canales (2020) que

Ha llegado un agente inesperado, la pandemia ocasionada por la COVID-19, que ha restringido enormemente la movilidad, las relaciones personales, y en este ámbito, dificultó las comunicaciones procesales tanto presenciales como por correo certificado con acuse de recibo. Ello ha puesto de nuevo en la diana la urgente necesidad de una reforma legal que vuelva a dotar al proceso judicial electrónico de uno de sus pilares esenciales (las comunicaciones electrónicas), sin que ello suponga merma alguna del derecho a la tutela judicial efectiva. Conviene recordar, aunque sea obvio, que este derecho a la tutela judicial efectiva lo ostentan todas las partes del proceso, y por ello también los demandantes, por lo que las demoras habituales en las notificaciones suponen también una merma para el interés conjunto de la sociedad.

Si nos paráramos a pensar, o evaluar, el ahorro de costes que le supondría al Estado pasar de un sistema de comunicaciones presenciales a otro estrictamente electrónico, nos

daríamos cuenta de las ventajas para las arcas del Estado español de evitación del gasto de muchos millones de euros, que hoy en día podrían destinarse a otros sectores o aspectos de la vida pública más necesitados.

Sin embargo, cuando se trata de implantar novedades, sobre todo en el sector tecnológico, siempre suelen salir las quejas acerca de si el uso de las tecnologías, en este caso de la comunicación, puede mermar derechos de los ciudadanos.

Así, la pregunta que surge es: ¿podría admitirse la excusa de que no todo el mundo puede llegar hoy en día a la comunicación electrónica? ¿Estarían los ciudadanos en disposición de asumir ese cambio desde el punto de vista, también, de los conocimientos informáticos?

La respuesta está clara. En absoluto. La pérdida de garantías se entiende concurrente cuando se trata de que el ciudadano se encuentra en situación de desigualdad con la Administración, pero no cuando se crea un sistema para mejorar la agilidad y efectividad de los canales de comunicación y hacerlos realmente efectivos, y no hacer depender, como luego veremos, de si una persona se quiere dejar notificar, o en el caso de las comunicaciones electrónicas, si se lleva a cabo la apertura del dispositivo donde se han realizado los actos de comunicación, para hacer depender de ello la ejecución correcta y formal del acto de comunicación. Porque algunos ciudadanos incumplidores se aprovechan de estas exigencias de presencialidad física en las comunicaciones para obstaculizarlas. Esta es una realidad por todos los operadores jurídicos conocida.

Por otro lado, la ejecución de este cambio de mentalidad que llegue a fijar los actos de comunicación electrónicos plantea la duda acerca de si los ciudadanos podrían poner trabas a esta ejecutividad si deciden no abrir el dispositivo informático en el que se permite acceder a estas comunicaciones.

A ello hay que señalar que la efectividad del acto de comunicación debe ser entendida por la mera «puesta a disposición», más que por la voluntad del receptor de querer tenerlo por recibido mediante la apertura, por ejemplo, de su correo electrónico, de su teléfono móvil para recibir un mensaje SMS o del denominado «domicilio electrónico obligatorio» como punto de destino creado para que la Administración pueda enviar mensajes, y por el que, en esa apuesta por el carácter bidireccional que proponemos, y no solo unidireccional de la Administración hacia el ciudadano, este pueda comunicarse desde el mismo con cualquiera de las Administraciones que le interese.

Por otro lado, surge también el debate acerca de los «negacionistas» de los actos de comunicación electrónicos, que se amparan en la alegación de que no todo el mundo tiene posibilidad de acceso a las nuevas tecnologías. Pero no podemos apelar a la tesis que se aplica con frecuencia de que los sistemas electrónicos no pueden utilizarse por todos los ciudadanos, señalando que hay personas que no los utilizan, dado que el 95 % de la población residente en España utiliza teléfonos móviles, correos electrónicos, etc. Y con ello

tiene acceso a recibir mensajes SMS, están conectados a servicios de plataformas como WhatsApp, Telegram, etc.

Como ejemplo más reciente debemos recordar que las citaciones para las vacunaciones en la presente pandemia del coronavirus se han llevado a cabo por mensajes SMS, y la incidencia ha sido muy positiva, existiendo un porcentaje muy bajo de incidencias negativas de no disposición de equipos que les permitieran recibir a los ciudadanos esa información para vacunarse. ¿Acaso hemos visto que durante la pandemia del coronavirus se estén llevando actos de comunicación personal por el sistema sanitario para trasladar a los ciudadanos dónde y cuándo pueden vacunarse? En modo alguno, ya que los actos presenciales están siendo sustituidos por la tecnología, ante la evidente presunción de que, por ejemplo, la mayoría de los ciudadanos está en condiciones de recibir un mensaje SMS en el que conste esa información.

Por ello, si esto es así quiere decir que en su inmensa mayoría la población estaba conectada informáticamente a una herramienta que permitía recibir actos de comunicación, lo que evidencia que para lo que queremos podemos estar conectados a nuestros dispositivos electrónicos para recibir actos de comunicación, como puede ser la cita para que acudamos a vacunarnos contra el coronavirus. Pero si se trata de que estemos localizados en la misma herramienta informática para que nos envíen un traslado y emplazamiento para contestar una demanda que se nos ha presentado en un juzgado, ante esto reclamamos que se nos envíe de forma presencial y a nuestro domicilio, ya que en ese caso se trata de poner trabas para una efectiva ejecución del acto de comunicación, que si se realiza erróneamente, puede dar lugar a nulidades.

La realidad es evidente, ya que cuando se trata de beneficios personales se apuesta por la tecnología, pero cuando se trata de la posibilidad de que por la obligatoriedad de los actos de comunicación electrónicos se puedan recibir demandas con traslados de emplazamientos para contestarlas, denuncias con citaciones para comparecer ante un juzgado, notificaciones de sanciones de toda índole, en estos casos ya se alega la posible pérdida de las garantías para el ciudadano, o que no todos pueden disponer de estas herramientas.

Es por ello por lo que las comunicaciones electrónicas no conllevan pérdida de garantías al ciudadano, sino que tienen muchas ventajas, sin merma de derechos, y que deben introducirse en los sistemas de relación entre la Administración pública y los ciudadanos, debiendo perderse una especie de miedo institucional a aprobar estas reformas, y que parece apoderarse cuando se trata de mover fichas para hacer que lo tecnológico se introduzca en nuestra forma de hacer las cosas y en nuestro modo y manera de operar en las relaciones de los ciudadanos con todo tipo de Administraciones.

Por ello, es una práctica habitual introducir en el debate sobre esta obligatoriedad el mismo tema de que ello conlleva la pérdida de garantías para el ciudadano. Y ante esto hay que decir que si fuera cierto que las notificaciones y comunicaciones electrónicas provocarían

pérdidas de garantías, ya lo habrían hecho para todos aquellos sujetos afectos por el artículo 14.2 de la Ley 39/2015. Sin embargo, no ha sido así, ya que los sujetos obligados a relacionarse con la Administración pública electrónicamente se han acostumbrado a ello y lo llevan haciendo 6-7 años sin problema alguno. La cuestión fue saber, por los obligados, que había que cumplir la normativa y adaptar sus mecanismos a estar dispuesto a que hubiera receptividad a comunicarse de esta manera con la Administración, tanto para enviar como para recibir.

Nótese que suele ser costumbre en estos casos que cuando se nos plantea el debate sobre si nosotros podemos relacionarnos con la Administración de forma electrónica, hacemos lo que sea para que esto sea así. Y ello por la mayor comodidad que nos supone. De esta manera, nos damos de alta en aplicaciones que se ponen a nuestra disposición por las distintas Administraciones para que la comunicación directa entre ciudadano, persona física, y Administración pública sea fácil, y que, por ejemplo, podamos acceder a solicitar documentos, o trasladar preguntas y peticiones de información a la Administración desde determinados portales. Ahora bien, si es al revés y debe ser la Administración la que nos tiene que comunicar algo, resulta que nos ponemos en guardia y apelamos a la necesidad de la comunicación personal y que no pueda llevarse a cabo de forma electrónica. De esta manera, cuando queremos ejercer nuestro derecho a la comunicación, ponemos facilidades, y cuando es al revés y se concibe como obligación, es cuando empiezan los obstáculos y las «excusas» de que lo electrónico supone pérdida de garantías y debe rechazarse.

En cualquier caso, el camino para conseguirlo no es fácil y exige, primero, de una amplia concienciación colectiva de la necesidad de apostar por lo tecnológico, y que quienes todavía tienen miedo a estas novedades se ponen alerta y alegan pegos y vulneración de derechos, por anteponer su miedo a lo tecnológico ignorando sus ventajas. Pero no podemos dar la espalda a lo que son los avances y a la necesidad de acudir a las notificaciones y a la firma electrónica, dándose de alta en aplicaciones para poder firmar solicitudes y documentos con este sistema, utilizar la vía telemática de las plataformas digitales para tener reuniones de trabajo, cursos de formación, etc. Y quien no conozca cómo hacerlo debe recibir de la Administración la suficiente información de cómo se accede a estos servicios, y facilitar el Estado y las comunidades autónomas todas las aplicaciones y herramientas informáticas que hagan fácil y asequible a la ciudadanía acceder a las tecnologías de la comunicación. El miedo a no saber hacerlo no nos puede hacer perder el privilegio de dar el paso a la tecnología, y más en el mundo de las comunicaciones y notificaciones, para poder recibirlas y mandarlas desde un dispositivo electrónico. El miedo no nos puede vencer y ser el dominador de la negativa al progreso.

Debemos, así, partir de la base de que aunque son muchas las personas que están acostumbradas a las tecnologías y que los jóvenes, en su inmensa mayoría, las utilizan con gran facilidad; existe una generación de avanzada edad no acostumbrada a estos sistemas, y a los que les cuesta más asimilar cualquier paso, o acto, que conlleve una actuación informática, por lo que no puede causarse indefensión con novedades que son positivas para la generalidad cuando puede existir un sector de la población que, ciertamente, podría que-

dar indefenso, tanto por desconocimiento ante estas novedades tecnológicas, como por no disponer de las herramientas básicas para poder acceder a la recepción de estos actos de comunicación electrónicos.

Con ello, todo estudio sobre la implantación de este sistema debe partir de la base de dos aspectos que son fundamentales en esta idea, a saber:

1. Debida formación y conocimiento a toda la ciudadanía del sistema de implantación de un domicilio electrónico obligatorio, y con una *vacatio legis* suficiente para dar tiempo a la captación de la mecánica de funcionamiento del sistema de comunicaciones, y de las consecuencias para los ciudadanos de no querer acceder al servicio, pero les lleguen notificaciones de la Administración que no hayan leído. ¿Qué ocurre si no se quiere acceder a sus dispositivos en el recipiente donde la información se deposite? Pues debería tenerse por notificado, porque la no colaboración no exime de tenerse por ejecutado el acto de comunicación.
2. Ofrecer alternativas a los ciudadanos que no dispongan de ninguna de las herramientas que hagan posible acceder a recibir notificaciones. Para ello, es preciso articular «puntos de encuentro digitales» para que los ciudadanos, a los que se dotarían de una clave específica para ellos, puedan acceder a comprobar si han recibido actos de comunicación, con la obligación de tener que acudir a los mismos, tanto periódicamente –al menos una vez a la semana–, por si ellos quieren enviar comunicaciones a la Administración, como para comprobar si han recibido alguna de esta.

Esta es la clave del carácter obligatorio y no solo voluntario del sistema de comunicaciones que se propone, pero que ahora es al revés: voluntarista y no obligatorio. Por ello, sobre este carácter voluntarista desde la perspectiva del ciudadano, y no obligatorio de acudirse a la comunicación electrónica obligatoria con la Administración, debemos recordar con Font Zapater (2013) que

la génesis de este sistema de comunicación se remonta al año 2007, con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Esa norma pretendía consagrar el derecho de los ciudadanos a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos y, como contrapartida de ese derecho, obligarlas a dotarse de los medios y sistemas electrónicos necesarios para garantizarlo.

Así, se establecía que las administraciones públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente. Pero, en realidad, la Ley fue más allá y abrió las puertas a la posibilidad de instaurar las comunicaciones electrónicas de forma obligatoria en el caso de las empresas al apuntar, en su artículo 27.6, que «reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados

se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos».

Con ello, estamos viendo que existe un distinto tratamiento en esta materia entre personas físicas y jurídicas, así como con los profesionales. ¿Por qué? ¿Se presume que debe primar más el acto de comunicación con profesionales y personas jurídicas que con personas físicas? ¿Qué los primeros disponen de herramientas tecnológicas en su mayoría y los ciudadanos no? ¿Qué se puede hablar de que si se implanta el domicilio electrónico para las personas físicas en estos casos hay merma de garantías en la correcta ejecución y conocimiento del acto de comunicación y no hay esa pérdida de garantías en el caso de las personas jurídicas? ¿Qué debe haber un distinto régimen jurídico entre personas jurídicas y físicas?

Evidentemente que en modo alguno, ya que articulado el sistema desde hace varios años, es preciso dar ese paso cualitativo para extender este régimen a toda la ciudadanía. Tenemos herramientas en la actualidad para llevarlo a cabo. Y, así, es posible una regulación legal a desarrollar que respete los derechos del ciudadano y que haga, también, primar y prevalecer el interés colectivo al particular e individual de algunos grupos que se opongan a estas novedades, que ven a las tecnologías como un enemigo de los trámites procedimentales y que optan por quedar anclados en sistemas antiguos, que son los que han evidenciado los retrasos que existen en la tramitación de expedientes, planteando solo negativas y oposición a todo aquello que sea novedoso. Más aún si está relacionado con la tecnología.

Desde luego, en la actual situación en que nos encontramos, con la necesidad de introducir cambios profundos en la Administración y sus relaciones con los ciudadanos, con la necesidad de dar un definitivo salto cualitativo que apueste de una vez por todas por las tecnologías, no tiene sentido que no se dé el paso hacia el domicilio electrónico obligatorio de forma urgente y necesaria.

Por todo ello, y ante las premisas expuestas, debemos hacernos la pregunta clave: ¿debe ser, pues, solo un derecho y no un deber comunicarse electrónicamente con la Administración? Veamos el escenario y las reflexiones acerca de los beneficios del cambio propuesto.

2. La obligatoriedad de los actos de comunicación electrónica en época de pandemia del coronavirus, exigencia de ahorro de costes a la Administración y agilidad de los expedientes

Buena parte de la doctrina apuesta por la implantación de esta obligatoriedad de los actos de comunicación desde un primer momento. En esta línea, destaca Magro Servet (22 de julio de 2013) que

debe aprobarse una reforma legislativa por la que se implantara un domicilio electrónico que tuvieran todos los ciudadanos para que en este se llevaran a cabo los actos de comunicación que la Administración, sea cual fuere esta, Central, Autonómica o local, tuviera que realizar con ellos para cualquier fin. Y un domicilio electrónico de consulta obligatoria permanente y de imposición también obligatoria, que podríamos denominar en adelante DEO, porque se ha comprobado que estas fórmulas no pueden implantarse en la actualidad de forma voluntaria, porque existen muchos ciudadanos que hacen una costumbre y práctica habitual, la de intentar dificultar los actos de comunicación que la Administración tenga que hacer con ellos.

Entendemos, desde estas líneas, que lo que hemos denominado DEO (domicilio electrónico obligatorio) podría llevarse a cabo de alguna de estas formas:

1. Por la creación de una plataforma que facilite una dirección de correo electrónico a los ciudadanos donde de forma obligatoria deberán inscribirse para recibir los actos de comunicación electrónica.
2. Por el mero envío de un SMS, donde se indica que debe registrarse en esta plataforma porque la Administración le debe enviar un acto de comunicación concreto. Es decir, para aquellos que no se han dado de alta en la plataforma, pero el acto de comunicación debe producirse y se le advierte que debe acceder a ello, siendo la negativa a llevarlo a cabo como productor de efectos como si el acto de comunicación se hubiere producido.
3. Por el envío de la comunicación por cualquier medio de comunicación que la Administración tuviera del ciudadano si este así se lo hubiera comunicado, como lugar donde poder recibir actos de comunicación a cualquiera de las Administraciones públicas, estatal, autonómica o local.

Sin embargo, debe entenderse que debe existir un único lugar (punto de encuentro informático de actos de comunicación)¹ designado como tal, a los efectos de que tanto la Administración pública como el ciudadano sepan que ahí es donde la primera puede enviar todos los actos de comunicación, sea cual sea el tipo de Administración, y, además, tanto estatal, autonómica como local, y el segundo debe estar disponible para acceder al repositorio de recepción de comunicaciones para la eventualidad de que le pudieran llegar comunicaciones.

Este punto de encuentro puede ser de acceso al ciudadano en una plataforma informática creada *ad hoc* para llevar a cabo esos actos de comunicación mediante la asignación a cada ciudadano de claves de acceso para validar la recepción de las comunicaciones. Y, por otro lado, de un punto de encuentro físico de actos de comunicación, que podría

¹ Podríamos denominarlo PEIAC.

residenciarse en algunos lugares de las Administraciones públicas de cada localidad, a lo que se daría la debida información para que aquellos ciudadanos que no tengan dispositivos electrónicos para acceder a los actos de comunicación, o tengan dificultades para, en los suyos, saber cómo funciona, puedan acudir para comprobar si han recibido actos de comunicación. Para ello, habría un equipo de funcionarios adscritos a estos servicios para facilitar esta función.

El ejemplo del domicilio electrónico vial en materia de tráfico.

Por otro lado, y para explicar cómo han funcionado otros ejemplos similares de los que hasta la fecha se han puesto en funcionamiento, podríamos citar la implantación del denominado domicilio electrónico vial (también denominado DEV), un lugar en el que cada ciudadano «que lo haya pedido voluntariamente» puede recibir notificaciones de la Administración de tráfico. Así, en la propia página web de la DGT se explican las características de esta posibilidad que, como derecho, no como obligación, tienen los conductores de recibir estas comunicaciones. Veamos.

La Dirección Electrónica Vial – DEV – es un buzón electrónico en el que te puedes dar de alta para recibir las comunicaciones y notificaciones que tengamos que hacerte de manera telemática, con los mismos efectos jurídicos que la notificación en papel.

A partir de tu alta, cuando tengamos que enviarte alguna notificación, principalmente de una multa o sanción, lo haremos únicamente a través de este canal, y no a través de correo ordinario, olvidándote de estar pendiente de cambiar tu dirección de notificación si, por ejemplo, cambias de vivienda o localidad.

Aquellos organismos que todavía no se han incorporado a la DEV te seguirán enviando la notificación de las sanciones a través del correo postal.

La notificación a ese buzón electrónico se complementa con un aviso a tu correo electrónico y, si lo deseas, con un SMS a tu teléfono móvil. Tu correo electrónico y móvil nos lo facilitas al dar de alta la DEV y lo puedes cambiar en todo momento al modificar tu suscripción.

El alta es voluntaria para las personas físicas, pero obligatoria para las personas jurídicas cuando deseen matricular o cambiar la titularidad de un vehículo.

Con ello, vemos que las características del DEV son:

1. Que el alta en el DEV es voluntaria por todo conductor.
2. Que se asigna un DEV a quien lo solicita, para que la Administración de tráfico pueda enviar comunicaciones, cuando lo más efectivo y, sobre todo, atractivo, es que pudiera ser «bidireccional», a fin de que hiciera más apetecible darse de alta

en el DEV; es decir, tanto para recibir notificaciones de tráfico como para que el conductor pudiera contactar con esta Administración para instar cualquier petición.

Darse de alta solo para recibir «multas y sanciones» es poco atractivo, y la prueba lo demuestra el escaso número de altas en este servicio, dado su carácter voluntario, y el objetivo estricto objetivo traslativo sancionador de los actos de comunicación por parte de la Administración de tráfico al ciudadano.

3. Solo es obligatorio el DEV para las personas jurídicas.
4. Existe un aviso al correo electrónico que se haya designado, o SMS, para avisar del envío de una notificación.

El sistema de la designación del DEV y la práctica en el mismo de los actos de comunicación de la Administración de tráfico a los ciudadanos está regulado en el artículo 77.2 del Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, a tenor del cual:

2. El sistema de notificación en la Dirección Electrónica Vial permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del denunciado del acto objeto de notificación, así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.

Si existiendo constancia de la recepción de la notificación en la Dirección Electrónica Vial, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que aquella ha sido rechazada, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. El rechazo se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite, continuándose el procedimiento.

Con ello, vemos que se incurren en determinados defectos que lo hacen poco atractivo para la aceptación de la voluntariedad del servicio y que sea eficaz la implantación de un sistema de estas características, ya que:

1. Aunque tráfico envíe la notificación al DEV designado y aceptado por el conductor, puede que no produzca sus efectos «si no se accede a su contenido».
2. La negativa del conductor a «abrir el contenido» de los mensajes enviados invalidaría la eficacia del acto de comunicación, ya que la norma da a entender la «ausencia de conocimiento» por el conductor de la comunicación enviada por tráfico.
3. Nótese que el párrafo 1.º del artículo 77.2 señala que «el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales». Quiere ello decir que «si no se accede a su contenido no se tiene por ella la notificación». Ello choca con lo dispuesto en el párrafo 2.º del

artículo 77, a cuyo tenor «el rechazo se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite, continuándose el procedimiento». Si ha habido un rechazo tácito por falta de acceso a su contenido, el procedimiento no puede seguir adelante, porque el acto de notificación no se ha producido y habría que recurrir a la notificación personal en cualquiera de sus modalidades, que cita el párrafo 3.º del artículo 77².

Lo antes reflejado nos lleva a las consideraciones siguientes:

1. Ni aun en los supuestos en los que existe domicilio electrónico la regulación se adapta a las exigencias de eficacia, eficiencia y efectividad que se exige en la implementación de un sistema que no puede dejar paso al voluntarismo, ni en la posibilidad de decidir que se lleven a efecto los actos de comunicación con la Administración y las personas físicas por medios electrónicos y no presenciales.
2. En segundo lugar, que, aceptado el domicilio electrónico, no puede hacerse depender del ciudadano que elija, decida o acepte «abrir» el recipiente informático donde se reciben los actos de comunicación para la efectividad del acto por el conocimiento del ciudadano de lo que quería comunicar la Administración
3. El ciudadano no es el que puede decidir, o no, que el procedimiento siga adelante al haber dado trasladado ya a este la Administración del acto en concreto, a fin de que el paso siguiente lo haga el ciudadano en razón al contenido de lo que se le había notificado en cada caso. Con el voluntarismo y no la obligación del acto de comunicación electrónico esta es la realidad incontestable.
4. Hacer depender la efectividad del acto de comunicación de que el ciudadano abra el DEV supone la implantación de un sistema altamente ineficaz y que se aleja de las bondades y exigencias del fin pretendido con la introducción de los actos de comunicación electrónicos.

² 3. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se anotará esta circunstancia en el expediente sancionador, junto con el día y la hora en que se intentó, y se practicará de nuevo dentro de los tres días siguientes. Si tampoco fuera posible la entrega, se dará por cumplido el trámite, procediéndose a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

Si estando el interesado en el domicilio rechazase la notificación, se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, teniéndose por efectuado el trámite y continuándose el procedimiento.

Si el resultado de la notificación es que el interesado es desconocido en el domicilio al cual se dirigió la misma, la Administración procederá a la publicación en el TESTRA.

3. El importante paso de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y la necesidad de un avance hacia la obligatoriedad de la notificación electrónica sin diferencias entre personas físicas y jurídicas

Por todo lo expuesto, el concepto de domicilio como lugar donde se llevan a cabo actos de comunicación debe cambiar para pasar de un concepto físico a otro virtual, de tal manera que a los efectos de comunicaciones debamos pasar a entender que las notificaciones deberían hacerse, también, para las personas físicas en su domicilio virtual, que es lo que denominamos el DEO a asignar a cada ciudadano.

Tratando sobre este cambio en cuanto afecta a las sociedades mercantiles, ya analizaba en el año 2011 Aguilar Torres (2011)³ que

en la dinámica social de nuestros días, entes tanto públicos como privados entablan relaciones y realizan actividades de muy diversa naturaleza a través de medios electrónicos, en las cuales siempre media un domicilio virtual; en virtud de ello, la consecuencia lógica será que el marco normativo del Derecho societario reconozca a una página web o a una dirección de correo electrónico como una nueva forma en la que se materializa el domicilio de la sociedad y de los accionistas.

Pues en esta misma línea, cuatro años después, cuando se aprobó la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y ante la necesidad de una modificación legal, quedó claro que se había dado un fuerte impulso a las notificaciones electrónicas, pero no en la medida que se hace necesario para dar un paso decisivo y relevante en la obligatoriedad de los actos de comunicación electrónicos.

En realidad, siempre se ha destacado por un amplio sector doctrinal la necesidad de acabar con los actos en papel, en el impulso de la Administración electrónica, y en el expediente digital. Pero, sin embargo, pese a que se van dando pasos positivos existe cierta reticencia a avanzar de forma decisiva en la obligatoriedad absoluta de que los ciudadanos dispongan de un domicilio electrónico donde la Administración pública, en cualquiera de sus departamentos, lleve a cabo los actos de comunicación con ellos. Y la verdad es que citamos a «una Administración sin papel», pero seguimos contando con una Administración llena de expedientes y de actos de comunicación personales que dificultan la ágil tramitación de los procedimientos.

³ Decía este autor en 2011 que «es necesaria una reforma legislativa que expresamente faculte a las sociedades a realizar la Junta de Accionistas en un foro electrónico y, en consecuencia, la ley reconozca el domicilio electrónico como una modalidad del domicilio de la sociedad».

Veamos a estos efectos lo que señala la exposición de motivos de la reforma en nuestra materia objeto de análisis, a fin de comprobar el espíritu del legislador en dar un primer paso de calidad en este tema:

El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación también ha venido afectando profundamente a la forma y al contenido de las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas.

Si bien la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya fue consciente del impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones administrativas, fue la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, la que les dio carta de naturaleza legal, al establecer el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, así como la obligación de estas de dotarse de los medios y sistemas necesarios para que ese derecho pudiera ejercerse. Sin embargo, en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados.

La realidad que se traslada del espíritu de la reforma es la aspiración de conseguir una real Administración electrónica. Y con este fin se dio un fuerte impulso a las notificaciones electrónicas en esta Ley 39/2015, pero no de la entidad que era necesario para llegar a conseguir la plasmación, no de una voluntariedad de los actos de comunicación electrónicos, sino de una obligatoriedad que daría una vuelta absoluta a las relaciones entre la Administración pública y los ciudadanos.

Es cierto que la Ley 39/2015 parte con ese espíritu de dar ese paso decisivo, y ha sido importante para seguir avanzando en la aspiración que se plasma en las presentes líneas. Así, se añade en la Exposición de Motivos, en una idea clara del objetivo y espíritu de la reforma, que:

Merecen una mención especial las novedades introducidas en materia de notificaciones electrónicas, que serán preferentes y se realizarán en la sede electrónica o en la dirección electrónica habilitada única, según corresponda. Asimismo, se incrementa la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones como: el envío de avisos de notificación, siempre que esto sea posible, a los dispositivos electrónicos y/o a la dirección de correo electrónico que el interesado haya comunicado, así como el acceso a sus notificaciones a través del Punto de Acceso General Electrónico de la Administración que funcionará como un portal de entrada.

Sin embargo, todo ello parte desde el voluntarismo del ciudadano de querer colaborar con la Administración pública, y la realidad es que los ciudadanos que cumplen sus obligaciones con aquella no son los que plantean problemas, sino aquellos que ponen obstáculos a las notificaciones para paralizar procedimientos incoados, o no facilitan sus cambios de domicilio, dificultando la realización de actos de notificación. Y esta realidad es la que determina la necesidad de dar un salto cualitativo en esta materia para conseguir agilizar los procedimientos que tiene abiertos cada Administración y la posibilidad de «llegar» al ciudadano al que se quiere notificar la incoación de un expediente en cualquier rama, ya sea judicial, tributaria, en materia de seguridad social, tráfico, etc.

En materia de Seguridad Social, sin embargo, hay que citar la reciente Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social, en la que en el artículo 4⁴ se refiere a los sujetos obligados a recibir notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos, incluyendo a algunas personas físicas como obligadas a recibir estas notificaciones electrónicas y aquellas que así lo soliciten, con lo que es un paso importante en esta filosofía.

⁴ a) En todo caso, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, así como quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, cuando la notificación o comunicación se produzca por razón del ejercicio de dicha actividad profesional.

b) Las personas físicas no incluidas en el párrafo a) que estén obligadas a incorporarse al Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (en adelante Sistema RED), y las que, sin estar obligadas se hayan adherido voluntariamente al mismo, según lo previsto en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

Dichas personas quedarán obligadas a comparecer en la SEDESS, a efectos de recibir las notificaciones y comunicaciones electrónicas a que se refiere esta orden, desde el momento en que deban estar incorporadas al Sistema RED o desde el momento de su incorporación a dicho sistema, respectivamente.

c) Las personas físicas no incluidas en los párrafos a) y b) que sean solicitantes o perceptoras de prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

d) Quienes figuren inscritos en el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social como apoderados para recibir notificaciones y comunicaciones de la Administración de la Seguridad Social, u ostenten un poder general inscrito en el Registro electrónico de apoderamientos de la Administración General del Estado, aun cuando sus poderdantes no estén obligados a relacionarse electrónicamente con la misma.

2. Las personas físicas no incluidas en el apartado anterior podrán manifestar su voluntad de recibir las notificaciones y comunicaciones de la Administración de la Seguridad Social exclusivamente por medios electrónicos, a través del servicio correspondiente de la SEDESS, quedando automáticamente obligadas a recibirlas mediante comparecencia en dicha sede electrónica desde que hayan ejercitado su opción por esa forma de notificación. No obstante, en cualquier momento podrán manifestar a través de dicho servicio su voluntad de que las notificaciones sucesivas dejen de practicarse exclusivamente por medios electrónicos.

En todo caso, las notificaciones y comunicaciones que se practiquen por medios no electrónicos también se pondrán a disposición de sus destinatarios en la SEDESS para que puedan acceder a su contenido de manera voluntaria, desplegando los correspondientes efectos, en el caso de las notificaciones, según lo previsto en el artículo 9.

Además, para saber la lentitud que llevan consigo estas dificultades para hacer actos de comunicación personales con los ciudadanos, solo habría que preguntar a los funcionarios encargados de la práctica de estas diligencias y su ejecución para saber la necesidad de que esta aspiración se haga una realidad.

Relaciones de la Administración con los ciudadanos.

Por otro lado, un tema importante en este análisis es, también, saber con quién se relaciona la Administración y a quién le puede enviar notificaciones. La pregunta está clara:

¿Con quién podría relacionarse la Administración electrónicamente, y, en consecuencia, llevar a cabo actos de comunicación?

Lo señala el artículo 3 de la Ley 39/2015 al que más tarde nos referiremos en relación con el artículo 13, ya que señala que:

A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas:

- a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.
- b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.
- c) Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos.

Sobre estas personas gira, en consecuencia, el ámbito de las relaciones electrónicas de la Administración con los ciudadanos.

Pues bien, la Ley 35/2015 ha reflejado determinados aspectos que son muy positivos para abrir camino en la necesidad del cambio que resulta imprescindible en esta materia. Y, así, apuesta por asistir a los ciudadanos para que estos puedan relacionarse electrónicamente con la Administración, ya que, apunta el artículo 12, que: 1. Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios, así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen.

En este caso, la actuación de la Administración con los ciudadanos lo es «tan solo» con aquellos que denomina «interesados», es decir, aquellos que tengan interés en que sus relaciones se lleven a cabo con la Administración por medios electrónicos.

Por ello, el apartado 2.º hace mención a los no incluidos como obligatorios en comunicarse de esta manera con la Administración, ya que apunta que: Las Administraciones públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 que así lo soliciten, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

Y pudiera ocurrir que el «interesado» no tuviera posibilidad de acceso a medios electrónicos, con lo que la norma dispone que: Asimismo, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

Como vemos, la norma está inspirada en extremar al máximo las posibilidades de que los que muestren interés en tener contacto electrónico con la Administración lo lleven a cabo en actos de comunicación electrónica. Pero se incide en el concepto de «sujeto interesado» en lugar de «sujeto obligado», que evitaría los problemas actuales que la Administración, de cualquier índole, tiene en la actualidad en la tramitación de sus expedientes.

Al punto que esto es así, que la normativa configura esa relación electrónica del ciudadano, persona física, con la Administración en materia de notificaciones como un «derecho» y no como una obligación, señalando el artículo 13 que:

Quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos:

a) A comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración [...].

Con ello, se insiste en que comunicarse con la Administración es un derecho que puede ejercer el ciudadano si le interesa, pero no es una obligación del mismo tener que asumir que la Administración le haga al mismo notificaciones electrónicas en un domicilio habilitado para el mismo de forma individual, y al que podría, y debería, acceder para poder comprobar si la Administración le ha comunicado algo.

Para incidir en que consiste en un derecho y no una obligación este sistema, lo confirma más aún el artículo 14, dejando para las personas físicas el derecho y para las que cita en el apartado 2.º las que tienen la obligación de relacionarse electrónicamente. Y así:

1. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.
2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:
 - a) Las personas jurídicas.
 - b) Las entidades sin personalidad jurídica.
 - c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
 - d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
 - e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

Con ello, existe un diferente tratamiento entre personas físicas y jurídicas, obligando a las segundas a esa relación de carácter obligacional y al mero voluntarismo en el caso de las personas físicas. Solo en el apartado 3.º de este artículo se abre una puerta:

3. Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

Ahora bien, supone una indefinición y excepcionalidad que no resuelve el auténtico problema de todos los procedimientos que existen en las distintas Administraciones con personas físicas y las dificultades para tener por cumplido el acto de comunicación para que el procedimiento concreto pueda seguir adelante, así como salvar el «obstáculo» de la notificación, que es la verdadera esencia del «salvoconducto» para que el trámite de esta exigencia de conocimiento del ciudadano pueda servir para que la Administración pueda tramitar y concluir el expediente en concreto.

Hay que recordar, así las cosas, que ante esta ausencia de obligación para las personas físicas, las Administraciones públicas deben notificar al interesado en formato papel la

comunicación, ya que cuando estén dirigidas a las personas físicas no obligadas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones, esto es, cuando se trate de colectivos no incluidos en el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, se hará de esta forma, lo que exige la averiguación física de su domicilio real y la ejecución del acto de comunicación. El problema surge cuando ese domicilio no se conoce, o el que se tiene no es real por cambio de domicilio, ya que es sabido que las distintas Administraciones públicas no se ponen en contacto entre ellas para «notificarse» los cambios de domicilios de personas físicas que conozcan, al no existir, propiamente dicho, una «Administración pública única» que colabore entre sus distintas ramas, sobre todo en materia de actos de comunicación.

Por ello, el artículo 42 de la Ley 39/2015 señala que:

1. Todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria.

Uno de los problemas que lleva consigo la comunicación personal es que el funcionario debe «perder mucho tiempo» en la ejecución del acto, haciendo muchas horas de calle para ir personalmente a cada uno de los domicilios de los ciudadanos a los que ese día le han encargado que lleve a cabo actos de notificación, y para ello la Ley 39/2015 añade en el apartado 2.º del artículo 42 que:

2. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44.

Ahora bien, lejos de existir una vía de fijar la obligatoriedad de indicar un domicilio electrónico para cada ciudadano mayor de edad, lo que señala el apartado 3.º del artículo 42 es la opción de que:

3. Cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos.

En este sentido, como insistimos, que el ciudadano reciba notificaciones electrónicas es una opción y no una obligación.

¿Cómo se llevarían a cabo en el caso de aceptar expresamente la realización de las mismas vía electrónica?

Pues el artículo 43 de la Ley 39/2015 añade que:

1. Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u organismo.

A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.

Sin embargo, la legislación no establece un sistema por el que se entienda realizada la notificación una vez depositada en el sistema electrónico, sino por el «conocimiento» real de la notificación, ya que el apartado 2.º señala que:

2. Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido. Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Vemos que en este escenario el ciudadano podría rechazar la notificación simplemente por «no acceder a su contenido», lo que queda lejos de la exigencia que debería imperar en estos casos de que la notificación debería tener su eficacia y validez en tanto en cuanto esté identificado el «lugar» electrónico del acto de notificación correspondiente a la persona que debe ser notificada, siendo ineficaz que el ciudadano «no quiera conocer» el contenido de la notificación, ya que la facultad de poner en las manos del ciudadano que la notificación se lleve a cabo es un craso error que dificulta la ejecución de los actos de comunicación, ya que es el notificado quien decide si el contenido se notifica, o no, dificultando la realidad del contenido que se pretende trasladar al ciudadano.

Solo si es intención de los interesados acceder a la notificación se habilita ex apartado 4.º del artículo 4:

Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso.

En el artículo 44 se refleja la situación ante la notificación infructuosa, para lo cual se apunta que:

Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada esta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en el tablón de edictos del ayuntamiento del último domicilio del interesado o del consulado o sección consular de la embajada correspondiente. Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado.

Resulta evidente que con el sistema de notificación electrónica obligatoria que se propone no cabría la opción de la «notificación infructuosa», ni la vía de la «negativa del interesado» a dejarse notificar, ya que la designación de un domicilio electrónico para cada ciudadano de forma preceptiva y necesaria evita los problemas ahora existentes de:

1. Tiempo invertido en la notificación personal.
2. Problemas ante domicilios desconocidos
3. Negativas del ciudadano a dejarse notificar.
4. Funcionarios destinados únicamente a realizar actos de notificación.

4. La obligatoriedad «parcial» de la comunicación electrónica con la Administración de Justicia en la Ley 42/2015 de reforma de la LEC

Hay que recordar que se calcula que en la Administración de Justicia se llevan a cabo al año unos 40 millones de actos de comunicación. Con esta cifra de actos, con la cantidad de funcionarios adscritos hoy en día para llevar a cabo esta, denominada en el argot de los juzgados, diligencia de calle, como lo es el acto de comunicación personal al ciudadano, resulta absolutamente necesario dar el paso decisivo para la implantación de las comunicaciones electrónicas obligatorias.

La suspensión y paralización de los procedimientos judiciales por los retrasos e inexistencia formal del acto de comunicación es práctica habitual hoy en día en la Administración de Justicia. Es por ello una realidad incontestable que los expertos han destacado con reiteración, sin que se adopten medidas que eviten este drama, que supone una de las grandes causas de los males de la justicia ante los retrasos existentes.

Uno de cada cuatro juicios se suspende por problemas que han tenido lugar en la ejecución de los actos de comunicación con ciudadanos y es la mayor causa de retraso en la Administración de Justicia. Y no solo ello, sino que el ciudadano que ha incumplido y conoce que se le va a efectuar una reclamación, en muchas ocasiones trata de burlar y/o dificultar los actos de comunicación con ellos para evitar la actividad y agilización del proceso (Magro Servet, 22 de julio de 2013).

Señalamos, por ello, la importante reforma que se produjo en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) con la Ley 42/2015, que modifica el artículo 152.2 de la LEC, que señala que:

2. Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquellos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Es decir, que se «abre la puerta» pero solo respecto a los «sujetos obligados», con los que el campo de la apertura en esta materia parte, como en la Ley 39/2015 antes vista, bajo la configuración de una serie de sujetos obligados predefinidos, pero en los que no entran las personas físicas respecto al primer acto de comunicación, que es el más importante y de mayor dificultad, por la exigencia de su previa localización física en su domicilio actual, porque si no es así se pierde mucho tiempo en el agotamiento de la localización antes de acudir a la vía edictal.

Pues bien, para comprobar la necesidad de este tema nos preguntamos: ¿cómo se llevan a cabo los actos de comunicación en la Administración de Justicia?

En primer lugar, el artículo 152, párrafo 3.º de la LEC señala que:

El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

Con ello, el sistema pasa por una designación por el interesado de un dispositivo electrónico, pero no para llevar a cabo actos de comunicación, sino para advertirle de que se le ha puesto a su disposición uno, pero sin que ese aviso tenga eficacia como notificación, ni que conlleve acto presunto de que se ha llevado a cabo. Así, las notificaciones deben

hacerse de forma tradicional, y la falta de aviso no impide que si se hace correctamente, la notificación de forma personal se tenga por bien hecha.

Y ello porque la forma en la que se lleva a cabo está en el artículo 152.3 de la LEC, a cuyo tenor:

3. Los actos de comunicación se efectuarán en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:

1.^a A través de procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquel.

2.^a Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama, correo electrónico o cualquier otro medio electrónico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y hora y del contenido de lo comunicado.

3.^a Entrega al destinatario de copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia le dirija, o de la cédula de citación o emplazamiento.

4.^a En todo caso, por el personal al servicio de la Administración de Justicia, a través de medios telemáticos, cuando se trate del Ministerio Fiscal, de la Abogacía del Estado, de los Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas, o del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, si no tuvieran designado procurador.

Señala a este respecto, por ello, García-Varela Iglesias (31 de octubre de 2019) que

esta normativa no resulta de igual aplicación cuando se trata del primer emplazamiento o citación del demandado, pues se trata del momento esencial donde lo que se pretende es iniciar la relación jurídico-procesal, con el objeto de que la parte pueda tener conocimiento de la existencia de un procedimiento frente a ella y, en consecuencia, tenga en su mano la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa si así lo considera oportuno.

En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la gran importancia de la correcta realización de los actos de comunicación como instrumento que garantiza el derecho de defensa en el proceso, de tal manera que

su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (STC 181/2015, de 7 de septiembre, FJ 3.^o).

Con ello, lo que el Tribunal Constitucional destaca es que el acto de comunicación se lleve a cabo, no la forma en que ello se efectúe; de ahí que es perfectamente posible que si se articula una reforma legal que habilite la existencia de un domicilio electrónico, que todo ciudadano deba tener, y que se facilite por la Administración, advirtiendo la «disponibilidad» plena y la apertura periódica del DEO, se cumpla a la perfección las exigencias de la ejecución del acto de comunicación, no constituyendo en modo alguno pérdida de garantías, o infracción del derecho de defensa, que el acto de comunicación se lleve a cabo de forma electrónica si se aprueba así en una disposición legal y se habilitan los medios para ello.

Sin embargo, el traslado de la consideración de los actos de comunicación electrónicos como una obligación y no como un derecho exige de una reforma legal que así lo fije, al igual que se ha dispuesto para las personas jurídicas.

Añade, así, este autor que:

La STC 6/2019 de 17 de enero viene a reconocer que la utilización de medios electrónicos para la práctica de los actos de comunicación puede configurarse como un derecho o una obligación para el ciudadano.

La razón por la que distingue en sendos casos es de carácter estrictamente legal, pues, hasta el momento, el ciudadano como sujeto (persona física sin obligatoriedad de representación procesal) tienen la facultad –pero no la exigencia– de hacer uso de las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, en el caso de aquellos agentes recogidos en el artículo 273.3 de la LEC resulta, en principio, una obligación. A pesar de ello, nuestro más alto tribunal expone como excepción que no se ha de llevar a cabo por medios electrónicos la comunicación al demandado aún no personado en el procedimiento, y, en relación con los actos de citación o emplazamiento fija expresamente que «se harán por remisión al domicilio de los litigantes». El fundamento legal primordial en el que se apoya el Tribunal Constitucional subyace en la vinculación existente entre los actos de comunicación procesal y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, recogida en el artículo 24 de nuestra Carta Magna.

De esta manera, en la situación actual hablamos solo de «facultad» del ciudadano, y no de una obligación. Añade, por ello, con acierto García-Varela Iglesias que:

El Tribunal Constitucional ha emitido la reciente STC 47/2019 sobre la inconstitucionalidad de la práctica de los emplazamientos por medio de la dirección electrónica habilitada (DEH), de cuyo contenido se llega a la conclusión de que con independencia de que el sujeto éste compilado legalmente al uso de los medios electrónicos conforme al art. 273 LEC, dada la importancia que existe en la constitución de la relación jurídico-procesal al inicio del procedimiento y en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no procede efectuar por medios electrónicos la citación o emplazamiento del demandado aún no personado en el procedimiento, debiendo realizarse por remisión a su domicilio mediante correo certificado con acuse de recibo, con independencia de que una vez se encuentre personado en

el procedimiento la comunicación con el Juzgado sea ya de índole telemática. En síntesis, la resolución expone en su fundamento de derecho cuarto que:

«El hecho de que, por imperativo legal, los mencionados en este último precepto tengan que actuar en el proceso sirviéndose de esas vías tecnológicas y que, de acuerdo a lo previsto en el art. 152.2 LEC, ello dé lugar a que los actos de comunicación también se deban de practicar por medios electrónicos, no autoriza a entender, con fundamento en ese deber de relacionarse con la administración de justicia por medios electrónicos o telemáticos, que esas personas y entidades queden constreñidos, en cualquier caso y circunstancia, a recibir los actos de comunicación a través de esos medios, hasta el extremo de quedar neutralizada la regulación legal especialmente prevista, sin distinción de supuestos o sujetos, para las primeras citaciones o emplazamientos del demandado en el art. 155. 1 y 2 LEC».

Conforme al criterio expresado debemos concluir que, al versar el presente supuesto sobre la primera citación de la parte demandada aún no personada, a fin de poner en su conocimiento el contenido de la demanda y la fecha de señalamiento de los actos de conciliación y juicio, dicha citación debió materializarse por correo certificado con acuse de recibo al domicilio designado por la actora, con independencia de que, una vez ya personada, esta última quedara obligada al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia.

Todo ello determina que pese a los intentos del legislador por acelerar la implantación del uso de las tecnologías dentro de la Administración de Justicia, el Tribunal Constitucional es claro al fijar una exigencia de reforma legal que transforme el carácter voluntario en las comunicaciones electrónicas frente a la exigente obligatoriedad que se propugna.

También lo advierte Valero Canales (2020)⁵ al apuntar que

con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional derivada de su sentencia 47/2019, de 8 de abril (seguida posteriormente por otras muchas sentencias posteriores), que declaró nulo que la primera comunicación al demandado en el seno del proceso se realizara de forma electrónica. No así las restantes.

Con ello, una adecuada reforma legislativa que introduzca parámetros de posibilidad de la designación del domicilio virtual en las personas físicas en la primera comunicación, creando un sistema de concesión de estos DEO a los ciudadanos que dote de garantías a la notificación, producirá un cambio sustancial en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

⁵ Dice este autor que «con la extensión de las comunicaciones procesales electrónicas, la sede virtual de entidades, y en el futuro, de las personas físicas, será mucho más importante que su dirección postal, aunque esta tenga que persistir por mucho tiempo. Si las comunicaciones las enviamos a una DEH, a un correo electrónico o a cualquier dispositivo móvil, al que el destinatario puede acceder con independencia de dónde tenga su domicilio, poco importa saber dónde está domiciliado».

5. El domicilio electrónico obligatorio (DEO) como solución para la ejecución de los actos de comunicación, y ágil tramitación de los procedimientos

Hemos visto, pues, que la implantación de las comunicaciones electrónicas se ha llevado a cabo, pero solo «cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes». Se trata, así, solo de una implementación de «obligatoriedad parcial», ya que no es posible aceptar un uso de las comunicaciones electrónicas en el estado actual de la cuestión, basado en:

1. Que solo sean obligatorias para las personas jurídicas o «sujetos obligados» *ex lege*.
2. Que cuando el ciudadano lo solicita, como en el caso del DEV, se exige que, una vez enviada por la Administración, el ciudadano acceda al «recipiente electrónico» que fue designado, de tal manera que si no se accede, o abre, no se tendrá por hecha la notificación electrónica.
3. Que solo sea unidireccional, de tal manera que solo sea la Administración la que puede dirigirse al ciudadano y no este a aquella.

Las soluciones pasarían por la creación de un domicilio electrónico obligatorio (DEO) para todos los ciudadanos, ya sean personas físicas o jurídicas, con unas consecuencias brutales en el campo de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Piénsese, como hemos expuesto, en el ahorro de costes de personal funcionario que ahora lleva a cabo estas tareas, y que podría dedicarse a otras, reforzando otras áreas de la Administración. Ello incrementaría la eficacia de las notificaciones, admitiendo, también, una comunicación bidireccional y directa con el ciudadano, con todos los beneficios que traería consigo.

Por otro lado, para garantizar la puesta en conocimiento del ciudadano de que a su DEO le ha llegado un mensaje, podría optimizarse el «conocimiento» con la posibilidad de informar mediante aviso por SMS al teléfono móvil o, incluso, utilizar para la localización del demandado el correo electrónico o el teléfono móvil.

Hemos tratado en las presentes líneas de las ventajas de la implantación del DEO, sobre las que la doctrina se ha pronunciado también:

En cuanto a las ventajas de este sistema podríamos citar las siguientes:

1. Ahorro de tiempo.
2. Agilización de los procedimientos.
3. Superación de los tiempos muertos.
4. Reorganización de efectivos humanos.

5. Optimización del empleo de medios materiales.
6. Multiplicación de los actos de comunicación.
7. Abandono de la imagen de que incumplir es rentable.
8. Abandono de la idea de tener que localizar a un demandado esté donde esté.
9. Cierre de las vías de oposición de los demandados por defectos en la localización.
10. Abandono del uso de los edictos como sistema de comunicación anclado en el pasado e impropio de una justicia moderna (Magro Servet, 22 de julio de 2013).

En cuanto a cómo crearlo es evidente que debe ser un DEO especial creado *ad hoc* en las relaciones entre Administración y los ciudadanos, no cualquier dirección informática que tenga un particular, como el correo electrónico. Debe crearse esa plataforma específica y propia para el domicilio virtual de los ciudadanos. Así, destaca Valero Canales (2020) que:

En cuanto al uso del correo electrónico ordinario como medio de notificación judicial, presenta indudables problemas en orden a garantizar la seguridad, integridad y autenticidad en la comunicación, y además, plantea el problema de la constancia de la datación de fecha y hora. La referencia que a este sistema de comunicación recoge el art. 162.1 LEC requiere del cumplimiento de estos requisitos. Un correo electrónico ordinario no puede colmar estas expectativas.

Por todo ello, veamos unas conclusiones que podríamos ofrecer a modo de resumen, principios o ideas de base, que resuman la filosofía que debe presidir esta reforma.

6. Conclusiones

Para enfocar finalmente, y a modo de conclusiones, este debate de la obligatoriedad del DEO (domicilio electrónico obligatorio), debemos partir de las siguientes bases de salida, a modo de decálogo de actuación por la Administración pública para la puesta en marcha del DEO; a saber:

1. Estar en condiciones de relacionarse con la Administración no solo es un derecho, sino, también, un deber. Para ello es preciso crear el denominado domicilio virtual, o DEO, como lugar no físico, sino electrónico, donde los ciudadanos recibirán las notificaciones de cualquier Administración.
2. La posibilidad de implantación del DEO debe partir de la disponibilidad por los ciudadanos de un teléfono móvil con acceso a internet, u otros aparatos, como ordenador, iPad, etc. con conexión a la red, a fin de que sea factible técnicamente la recepción de las comunicaciones electrónicas.

3. Podría utilizarse el documento de identidad electrónico como sistema de identificación personal para acceder a lo que la Administración nos pueda comunicar en una plataforma *online*, donde con esta acreditación con un lector de tarjeta se pueda obtener tanto la información que se pueda recibir de la Administración como el uso del mismo portal electrónico para comunicarse con las Administraciones que desee el ciudadano.
4. Debería advertirse la posibilidad de que existan ciudadanos que no dispongan de un teléfono móvil, o tampoco de acceso a internet. En estos casos deberían articularse «puntos de encuentro» en dependencias de cualquier Administración para que los ciudadanos pudieran acudir de forma gratuita para comprobar si han recibido alguna comunicación de la Administración, o son ellos los que se quieren poner en contacto con ella. A todo ello se le debería dar la debida publicidad, tanto para la localización de estos puntos de encuentro como para la forma en que se opera en los mismos. A tal fin, debería haber funcionarios que atendieran a los ciudadanos que no conocen el sistema hasta que accedan a su conocimiento. El ahorro de costes y de funcionarios permite esta dedicación concreta y puntual hasta que la ciudadanía sea autosuficiente en este sistema.
5. La Administración pública debe articular una guía de buenas prácticas para explicar cómo proceder a actuar cuando se implante el DEO, a fin de que todos los ciudadanos conozcan la normativa cuando se apruebe.
6. No todo se trata de que se apruebe la normativa en estos casos, sino de publicitarla debidamente. Una cosa son los sujetos obligados del artículo 14.2 de la Ley 39/2015, que desde la profesionalidad conocen la obligación, y otra el mayor volumen de ciudadanos que ahora no son sujetos obligados.
7. El DEO debe tener una aplicación bidireccional, de tal manera que le permita a la Administración ponerse en contacto con los ciudadanos, y a estos con aquella, mediante la implantación de «ventanas informáticas» que le permitan al ciudadano acceder a la Administración que le interese y hacer las preguntas y consultas que sean necesarias, a fin de que sean contestadas en el mismo DEO en el que se reciben las comunicaciones electrónicas de la Administración.
8. La bidireccionalidad de este servicio hará más atractiva la introducción de un DEO que si solo se trata de un domicilio electrónico en el que recibir aspectos negativos para el ciudadano, identificándolo con un «lugar electrónico» en el que solo va a recibir lo que podríamos denominar malas noticias.
9. Deberá recogerse en la regulación legal que la efectividad del acto de comunicación lo será desde la mera «puesta a disposición» y no desde la apertura por el ciudadano del repositorio al que llegan las comunicaciones. Así, que el ciudadano no abra su «correo electrónico» en estos términos o no acceda a este servicio no le producirá la presunción de que el acto no se le ha comunicado, sino que la norma fijará un plazo desde el envío por la Administración hasta la presunción de

que el ciudadano lo ha visto, por ejemplo 10 días, empezando a contar desde el último día de los citados el plazo concreto de la actuación que tuviere que llevar a cabo el ciudadano, según el caso de que se trate.

De esta manera debe fijarse la obligación del ciudadano de consultar el DEO con habitualidad.

No haría falta fijar un régimen de sanciones, sino que la mayor sanción para el ciudadano que no quiera tener conocimiento de lo que la Administración le notifica lo sería con la presunción de haberlo recibido.

10. Debe fijarse el alcance de las personas a quienes llega la obligatoriedad del DEO, que lo sería a aquellos que constan en el artículo 3 de la Ley 39/2015, excepto los menores de edad, por quienes actuarán las personas que les representen legalmente.

Referencias bibliográficas

Aguilar Torres, Jorge I. (2011). El voto electrónico societario ante la transposición de la Directiva 2007/36/CE. *Derecho de los Negocios*. Wolters Kluwer, 245.

Font Zapater, T. (2013). La imparable implantación de las notificaciones electrónicas obligatorias. *Estrategia Financiera*. Wolters Kluwer, 308.

García-Varela Iglesias, R. (31 de octubre de 2019). Los actos de comunicación judicial: presente y futuro. *Noticias Jurídicas*.

Magro Servet, V. (22 de julio de 2013). El domicilio electrónico como garantía de la agilización de los actos de comunicación entre la Administración pública y los ciudadanos. *Diario La Ley*, 8131.

Valero Canales. A. L. (2020). Notificaciones telemáticas. Presente y futuro. Novedades ante las modificaciones del estado de alarma. *Práctica de Tribunales*. Wolters Kluwer, 147.



La determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados solo puede ir referida a la oferta global

Jaime Pintos Santiago

Socio-director. Jaime Pintos Abogados & Consultores

Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo. UDIMA

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

María Dolores Fernández Uceda

Abogada sénior. Jaime Pintos Abogados & Consultores

Especialista en contratos públicos

Contra la Resolución 164/2020, de 2 de diciembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC), estimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto por una licitadora contra el acuerdo de adjudicación y de exclusión de su oferta, incurso inicialmente en presunción de anormalidad, del procedimiento de adjudicación del «contrato privado de servicios de aseguramiento de accidentes y responsabilidad civil para el alumnado, personas becarias, participantes y colectivos varios acogidos a diferentes acuerdos, programas y convenios», tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, interpuso recurso contencioso-administrativo la licitadora que había resultado inicialmente adjudicataria y que, con motivo de la estimación del referido recurso especial, quedó clasificada en segundo lugar.

Dicho recurso contencioso-administrativo fue desestimado por la sentencia núm. 173/2022, de 5 de mayo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que analizamos a continuación.

La recurrente sostiene que, atendiendo a la literalidad de los pliegos, la anormalidad de las ofertas debe apreciarse atendiendo a los precios parciales del contrato, respecto de cada una de las tres pólizas que lo integran, y que la viabilidad de la oferta no puede fundarse exclusivamente en la solvencia de la licitadora, sino que ha de atender a si sus términos pueden ser cumplidos o no y, por lo tanto, si la oferta es rentable.

La demandada y actual adjudicataria en virtud de la estimación del recurso especial interpuesto contra el acuerdo de adjudicación y exclusión de su oferta por anormalidad argumenta que hay que distinguir entre los parámetros objetivos de la baja anormal o temeraria establecidos en el pliego, que permiten que esta pueda atender a la baja en uno solo de los subcriterios, y la justificación de la viabilidad de la oferta con arreglo al precio global y a criterios como la experiencia común. Y sostiene que la solvencia del licitador puede servir para justificar la viabilidad de su oferta.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco trae a colación la doctrina del OARC de Euskadi y la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia núm. 4069/2019, de 17 de diciembre, que se pronunció sobre

si en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación del artículo 152 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, puede efectuarse respecto de cada uno de los precios unitarios ofertados para cada uno de los componentes de las prestaciones –de manera que apreciada la anormalidad respecto de uno de esos componentes pueda excluirse la oferta– o si, por el contrario, aquella valoración solo va referida a la oferta global y completa presentada por el licitador,

y resolvió declarando que

la determinación de los criterios objetivos para determinar si la oferta incluye valores desproporcionados o anormales ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador.

Por tanto, considera el Tribunal Superior de Justicia que el hecho de que los pliegos establezcan los parámetros objetivos para apreciar la anormalidad de las ofertas con referencia a cada uno de los precios o prestaciones en que se descomponga su formulación no obsta el examen sobre la viabilidad de la oferta en cuestión en atención al precio global, de manera que la anormalidad apreciada respecto de una de las prestaciones comprendidas en el objeto contractual pueda desvirtuarse en consideración o por contraste de la baja discutida con el precio ofrecido respecto a las otras prestaciones. Es decir, en el caso que nos ocupa, viene a admitir la compensación de los descuentos efectuados respecto a una de las pólizas con los precios ofertados para las otras dos pólizas que integraban el objeto del contrato.

Por este motivo, viene a señalar el tribunal que la adjudicación del contrato al contratista que no ha presentado la oferta económicamente más ventajosa en su conjunto es consecuencia de la aplicación de las reglas de valoración de la oferta establecidas en un pliego consentido por las partes, es decir, *lex contractus*. Y es por ello que no puede considerarse ilícita o fraudulenta la oferta que ha optimizado a efectos de su valoración económica el mayor peso relativo de tal prestación o subcriterio, de la misma manera que tal opción o resultado no puede tampoco repercutir en el juicio del carácter anormal o no de la baja controvertida.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el artículo 85.6 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, permite a la mesa de contratación considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada a la hora de valorar las ofertas desproporcionadas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco señala que la justificación de la oferta basada en la solvencia en el mercado de la licitadora no puede ser excluida como elemento de contraste, no pudiendo confundirse, como ya recalcó el OARC, con la solvencia económica o financiera del licitador.

Por último, la recurrente alegaba que la oferta de la mercantil que resultó adjudicataria por estimarse el recurso especial interpuesto era incongruente y distorsionadora del procedimiento de licitación en cuanto obtuvo la mejor puntuación, aun resultando más cara que la presentada por la recurrente, dando lugar a un resultado «en fraude de ley» por ser contrario a los principios de concurrencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Frente a ello, la demandada alegó que esta incongruencia había sido novedosamente alegada por la recurrente, ya que ello no había sido tenido en cuenta por el órgano de contratación, al excluir la oferta discutida. Y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sostiene que no puede establecerse una vinculación entre los dos conceptos (mejora/prima) en el examen sobre el carácter anormal o no de la baja ofrecida por el licitador, sino en la medida que la oferta, no ya en cada uno de los subcriterios sino globalmente considerada, pudiera considerarse anormal o desproporcionada, y no ha sido ese el criterio al que se ha atendido el órgano de contratación para excluir la oferta de la demandada.

Para concluir, nos llama la atención el pronunciamiento que el tribunal hace sobre las costas, pues declara que

hay que imponer al recurrente las costas del procedimiento pero reduciendo su importe a la mitad ya que sus pretensiones se han sustentado en la resolución del órgano de contratación y no originaria o exclusivamente en su posición de licitador contendiente con el favorecido por la resolución recurrida (artículo 139.1 y 3 de la Ley Jurisdiccional).

Queremos poner de manifiesto como esta doctrina judicial choca de plano con la dictada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución



núm. 1768/2021, de 2 de diciembre, en la que dispone que cuando se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación ya no será preciso establecer los parámetros objetivos de anormalidad referidos a la oferta en su conjunto, sino que según el propio TACRC, se trataría de una decisión discrecional del órgano de contratación, de forma que tiene libertad para incluir o no en los pliegos esos parámetros de anormalidad de las ofertas cuando existen varios criterios de adjudicación¹.

¹ Criterio este al que nos oponemos por desnaturalizar lo previsto en el artículo 149.4 de la LCSP, tal y como ya manifestamos en nuestro trabajo titulado «Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación ya no será preciso establecer los parámetros objetivos de anormalidad referidos a la oferta en su conjunto», publicado el 1 de febrero de 2002 en la revista *DerechoLocal.es* de la editorial El Derecho-Le-febvre, disponible en <https://derecholocal.es/noticia/cuando-se-utilicen-una-pluralidad-de-criterios-de-adjudicacion-ya-no-sera-preciso-establecer-los-parametros-objetivos-de-anormalidad-referidos-a-la-oferta-en-su-conjunto>.



La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento

Juan Carlos Velasco Perdigones

Abogado

Profesor doctor de Derecho Civil. Universidad de Cádiz

juancarlos.velasco@uca.es | <https://orcid.org/0000-0002-2219-3574>

Extracto

Con la modificación del Código Penal –reformas de 2010 y 2015– ha nacido toda una cultura ética corporativa de la que pueden originarse desavenencias y focos conflictivos en una corporación. Una muestra de ello lo conforma uno de los pilares de la estructura de *compliance*, la implantación de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas establecidas en los *compliance programs* (art. 31 bis CP apdo. 5.5.º). Este trabajo pretende poner de relieve cómo la mediación organizacional puede ser un sistema idóneo para resolver las disputas que se deriven del sistema de *compliance*. Así, la hipótesis de partida se ciñe al recurso de la mediación como sistema alternativo de resolución de los conflictos que nazcan como consecuencia del *compliance* y, por ende, servir de refuerzo y concienciación de la prevención y de la cultura ética corporativa. Como resultado, se propone la forma en que ha de integrarse la mediación en los programas de cumplimiento.

Palabras clave: cumplimiento normativo; mediación; conflicto; disciplina; incumplimiento.

Fecha de entrada: 08-09-2022 / Fecha de aceptación: 10-10-2022

Citación: Velasco Perdigones, J. C. (2022). La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento. *Revista CEFLegal*, 263, 105-124.



Compliance mediation and its integration into compliance programs

Juan Carlos Velasco Perdigones

Abstract

With the modification of the Criminal Code –reforms of 2010 and 2015– a whole corporate ethical culture has arisen, which can give rise to disagreements and conflict in a corporation since one of the pillars of the Compliance structure is the implementation of a disciplinary system that punishes non-compliance with the measures established in the Compliance Programmes (art. 31 bis Criminal Code, section 5, paragraph 5). This paper aims to highlight how organizational mediation can be a suitable system for resolving disputes arising from the Compliance system. Thus, the starting hypothesis is limited to the use of mediation as an alternative system for resolving conflicts that arise as a result of Compliance and, therefore, to serve to reinforce and raise awareness of prevention and the corporate ethical culture. As a result, it proposes how mediation should be implemented in the Compliance system.

Keywords: compliance; mediation; conflict; discipline; default.

Citation: Velasco Perdigones, J. C. (2022). La mediación en materia de *compliance* y su integración en los programas de cumplimiento. *Revista CEFLegal*, 263, 105-124.



Sumario

1. Preámbulo
 2. La era del compliance (no solo penal)
 3. La mediación como sistema de resolución de los conflictos derivados del compliance
 4. Conflictos que pueden surgir en la organización como consecuencia del compliance
 5. Cómo integrar la mediación en los compliance programs
 - 5.1. Los modelos de organización y gestión o compliance programs
 - 5.2. Contenido *ex* artículo 31 bis del CP: especial referencia al sistema disciplinario (apdo. 5.5.º)
 - 5.3. Procedimiento para la complementaria implementación de la mediación organizacional
 - 5.3.1. Decisiones organizativas previas
 - 5.3.2. Diseño de un sistema disciplinario complementado con la mediación
 - 5.3.2.1. Establecimiento de un catálogo de infracciones y sanciones
 - 5.3.2.2. Sometimiento a la mediación como política general de la organización
 - 5.3.2.3. Individualización del pacto de mediación
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Preámbulo

La promoción y creación de una cultura de cumplimiento normativo es una realidad cada vez más relevante en todas las esferas de la sociedad. Este hecho, impulsado con las reformas del Código Penal (2010 y 2015), ha supuesto una verdadera revolución en el espectro ético-corporativo de las organizaciones. La sociedad ya no solo requiere la prestación de servicios o el intercambio de bienes, sino que viene demandando determinados comportamientos, valores, ética, creencias o responsabilidad social.

En España, la primera manifestación (de carácter legal) de la citada cultura ética corporativa se produce con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, las cuales incorporan al ordenamiento mecanismos para la exoneración y atenuación de hipotéticas penas siempre que la organización cumpla con la consecución de una verdadera cultura ética a través de la implantación de un sistema de *compliance*¹ (art. 31 bis CP). El fundamento intrínseco de esta modificación normativa es la promoción, mediante la prevención, de una verdadera cultura ética empresarial y, por consiguiente, disponer de un entorno corporativo, en cierta medida, de paz. Sin embargo, como en cualquier otro ámbito, las medidas de compliance no asegurarán completamente que en el seno empresarial no se

¹ El *compliance* o cumplimiento normativo consiste en la implantación de manera idónea y eficaz un modelo organizativo, cuyo fin consiste en prevenir que la sociedad incumpla alguna normativa concreta (Veiga Mareque y Fernández de Avilés, 2019, p. 9), es decir, tiene como objetivo principal implementar los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo (Magro Servet, 2020, p. 52).

origenen conflictos, incumplimientos o sanciones. De hecho, el sistema de *compliance* solo pretende prevenir o mitigar hipotéticos riesgos por medio de patrones de conducta y medidas de supervisión y control.

Las corporaciones que deciden implantar un sistema de *compliance* quedan expuestas a una alta probabilidad de conflictos de origen diverso. Y es que la aplicación de los modelos de organización y gestión (a los que se refiere la condición 1.ª apdo. 2 art. 31 bis CP) y el incumplimiento de las medidas establecidas en la organización puede desencadenar en determinados procesos y procedimientos que tengan como consecuencia la incoación del procedimiento disciplinario establecido en el *compliance program* (requisito 5.º apdo. 5 art. 31 bis CP). Como es obvio, en la organización existirán diferencias o disputas por el cumplimiento y aplicación del sistema de *compliance* (v. gr. los conflictos generados por las denuncias, infracciones e informaciones; la incoación de procedimientos informativos o disciplinarios; los conflictos de intereses; la aplicación de medidas que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización; conflictos de independencia; o, incluso, las controversias propias de las funciones del órgano de *compliance*). La entidad ha de ser la que promueva sus propios mecanismos de solución, considerándose la mediación, por las ventajas que comporta el proceso, el método más eficaz.

Los modelos de organización y gestión o *compliance programs*, no solo deben contener las condiciones enumeradas en el apartado 5 del art. 31 bis del CP, sino que, además, pueden incorporar sistemas alternativos de resolución de conflictos, en aras de afianzar la cultura de *compliance* y el mantenimiento de la paz en la corporación. La implementación de la mediación organizacional como mecanismo de solución de conflictos y, complementaria al sistema de *compliance*, comporta ventajas como la privacidad, la inmediatez, la ausencia de resentimiento de la corporación ante el incumplimiento, las irregularidades, la reputación y, sobre todo, el aprendizaje de los agentes intervinientes de la importancia de una verdadera cultura del cumplimiento normativo.

Este estudio, partiendo de la premisa de que la mediación es el sistema más óptimo para la resolución de los conflictos en materia de *compliance* –pues evita su exteriorización y un daño añadido–, pretende abordar cómo implementarla en los modelos de organización y gestión o *compliance programs* a los que se refiere el artículo 31 bis del CP, proponiéndose un marco abierto de temas susceptibles de medición.

Como en todo estudio jurídico, indicar que el conocimiento de las ciencias jurídicas y su aplicación necesitan de la utilización de una determinada metodología, es decir, un método racional que pretenda alcanzar la finalidad gnoseológica a la que se aspira (Herrera, 1998). La metodología que se emplea en este trabajo es de base cualitativa, concretándose en el análisis normativo, los postulados de la doctrina y la jurisprudencia de aquello que rodea al *compliance* y a la mediación como mecanismo de solución de conflictos. La idea es emprender el objetivo propuesto mediante el recurso, principalmente, de las fuen-

tes formales del derecho y de otras derivadas como la literatura científica y los pronunciamientos de los tribunales.

Se recurre esencialmente a la interpretación e integración de dos normas jurídicas:

- a) El artículo 31 bis del CP como norma integradora del ordenamiento, que da origen, en cierto modo, a la cultura del compliance (penal).
- b) La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), fuente legal que sienta las bases, en parte, de la mediación.

Las anteriores, en determinadas ocasiones, son puestas en relación con el ordenamiento jurídico-privado, así como con los criterios científicos y jurisprudenciales. En el caso de España, el espectro de fuentes a integrar debe ampliarse a otras de carácter no jurídicas, como la Circular 1/2016 FGE, de 22 de enero².

2. La era del compliance (no solo penal)

El compliance o cumplimiento normativo fragua su génesis en los Estados Unidos, a comienzos del siglo XX, como respuesta a la mafia, la corrupción y el blanqueo de capitales (Enseñat de Carlos, 2016, p. 21). En estos tiempos se dictaron numerosas normas que pretendieron impulsar la función de compliance en las empresas americanas (*Pure Food and Drug Act* [1906], *Federal Reserve Act* [1913], *Clayton Antitrust Law* [1914], *Banking Act* [1933], *Securities Acts* [1933]). Sin embargo, este marco pronto comenzó a ser insuficiente. Los continuos casos de corrupción y escándalos financieros dejaban entrever la ineficacia y las carencias del nuevo marco legislativo (v. gr. el escándalo de Lockheed Corporation).

El 19 de diciembre de 1977 se publica la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* y una serie de guías para su aplicación en los procesos judiciales, con el objeto de criminalizar las conductas relacionadas con el soborno. Con esta norma se pretendía evitar prácticas corruptas, incluyéndose disposiciones antisoborno, requerimientos y prohibiciones. Surge también el Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)³, dedicado a proporcionar liderazgo y orientación sobre el control interno de las organizaciones, la gestión de los riesgos empresariales y la disuasión del fraude (Alarcón

² Referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

³ Este comité tiene por objeto la promoción del liderazgo a través de la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude (vid. www.coso.org).

Garrido, 2016, p. 23). Este nuevo marco impuso la necesidad de que las empresas contaran con programas de prevención del ilícito (*compliance programs*) y de una estructura organizativa para la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas y de códigos éticos (Enseñat de Carlos, 2016, pp. 21-22).

A pesar de los cambios introducidos en la legislación americana, escándalos posteriores como el de Enron (2001) y la quiebra de Lehman Brothers (2008) (Cameo Cestero, 2014; Bratton, 2022) llevaron al legislador a dictar otra serie de normas (la *Sarbanes-Oxley Act* [2002] o la *Dodd-Frank Act* [2010]) que reforzaron y consolidaron la función del *compliance* en el ámbito empresarial. De este contexto, íntimamente ligado al derecho penal o sancionador, surge la necesaria implantación de una verdadera cultura ética corporativa.

El *compliance* o cumplimiento normativo cobra especial importancia en España tras la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiéndose como uno de los instrumentos apropiados para combatir la criminalidad económica y corporativa (Pérez Gil, 2017, pp. 25-46). Sin embargo, fenómenos como el buen gobierno corporativo y la ética empresarial habían sido objeto de preocupación e interés desde hacía algún tiempo⁴.

En muchos sectores estratégicos de carácter regulado, mediante normas extrapenales, se contenían medidas de supervisión, vigilancia o control de determinadas organizaciones (v. *gr.* en el asegurador, financiero, blanqueo de capitales o empresas de los servicios de inversión)⁵. Pero, realmente, el impulso de la figura del *compliance officer*, como experto o profesional del cumplimiento normativo, se ha de situar en torno a la entrada en vigor de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento español.

⁴ V. *gr.* La comisión de expertos encargada de la elaboración de un código ético sobre el funcionamiento de los consejos de administración de las sociedades (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997). Como resultado de esta comisión especial se emitió un informe sobre los consejos de administración y se propuso un Código de Buen Gobierno o «Código Olivencia» (este último en alusión a su presidente). Estos instrumentos, en términos generales, ponían de relieve una serie de recomendaciones a las sociedades cotizadas, relativas esencialmente al buen gobierno y ética empresarial. *Vid.* Olivencia Ruiz (2005) y (2005b).

⁵ *Vid.* Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2008); Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004); Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión (BOE núm. 81, de 31 de abril de 2014); Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores, entre otras.

Hoy día, el compliance ha cobrado tal magnitud e importancia que se encuentra en un amplio abanico de sectores del ordenamiento. Así, no solo ha de considerarse una cuestión del derecho penal, sino también de otros ámbitos como el laboral⁶, el tributario⁷ o el administrativo⁸. La disciplina Derecho Civil tampoco puede permanecer inmutable ante esta inminente e importante realidad. Y es que, en este campo del saber también pueden originarse riesgos y sanciones patrimonialmente relevantes como consecuencia de la vulneración de normas o pactos (*v. gr.* responsabilidad civil, nulidad, anulabilidad, cumplimiento forzoso, ineficacia contractual, privación de derechos o de bienes jurídicos, etc. (Cuevillas Matozzi y Velasco Perdigones, 2022) y, que, quizás, a través de un eficaz sistema de compliance civil se puedan prevenir o reducir sus consecuencias jurídicas.

3. La mediación como sistema de resolución de los conflictos derivados del compliance

La mediación pretende dar solución a los conflictos o contiendas entre dos o más partes enfrentadas que, mediante un acercamiento voluntario a un tercero imparcial, el mediador, pretenden unificar su situación y ser guiados hacia un posible acuerdo (*vid.* preámbulo LMACM).

De la mediación se pueden extraer tres consideraciones: a) que es un procedimiento (o mecanismo) de resolución de controversias, alternativo al sistema judicial; b) disponible para las partes, fundado en la autonomía de estas (gestionan y resuelven el conflicto); y c) con la ayuda o intervención de un tercero, mediador, que actúa con imparcialidad y neutralidad, y no impone una solución (López Simó y Garau Sobrino, 2014).

La modificación del Código Penal (2010 y 2015) articula una serie de condiciones para que las corporaciones adopten una cultura ética que les permita acceder a una serie de beneficios. La función de estos modelos queda patente en la norma y en la Circular 1/2016 (Fiscalía General del Estado, 2016, p. 20): el establecer una cultura ética corporativa⁹ y servir como mecanismo de exoneración de una eventual condena¹⁰.

⁶ *V. gr. vid.* Martínez Saldaña y Moreno Lucenilla (2018), Sánchez Pérez (2022) y Aspra y Muñoz (2017).

⁷ *V. gr. vid.* Serrano (2019) y Santana Lorenzo (2019) y Santana Lorenzo y García Novoa (2019), entre otros muchos más.

⁸ *V. gr. vid.* Junceda Moreno (2018), Campos Acuña (2017) y Aragón Román (2019), entre otros.

⁹ A diferencia de lo expuesto por la jurisprudencia, señala la Circular 1/2016 FGE, p. 20, «los modelos de organización y gestión o *Corporate Compliance Programs* no tienen por objeto evitar la sanción o pena de la empresa, sino promover una verdadera ética empresarial».

¹⁰ *Vid.* SSTS (Sala 2.ª) de 29 de febrero de 2016 (NCJ060873), 28 de junio de 2018 (NCJ063353), 18 de julio de 2018 (NCJ063446), de 9 de abril de 2019 (rec. de casación núm. 10632/2018), 3 de julio de 2019 (rec. de casación núm. 803/2018), 11 de marzo de 2020 (rec. de casación núm. 2381/2018) y 3 de marzo de 2021 (RJ 2021, 84459).

El fundamento de este nuevo marco es que se desarrolle una verdadera cultura del cumplimiento en la organización, lugar en el que pueden manifestarse problemas, conflictos, diferencias o disputas en relación con la consecución de tales fines. El sistema de *compliance* ha de apostar por la solución interna y confidencial de las controversias, de forma amistosa, flexible y amable, favoreciéndose positivamente la citada cultura ética corporativa (Vázquez de Castro, 2020, p. 124), ya que la mediación puede servir tanto para alcanzar acuerdos como para hacer ver a los contendientes de la importancia del *compliance*, con preferencia a la disciplina y sanción. En muchas ocasiones, resulta imprescindible que el conflicto no trascienda de las fronteras de la estructura corporativa y se gestione con la mayor confidencialidad posible, como impone el artículo 9 de la LMACM.

La mediación promueve la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de los involucrados, considerándose una vía eficaz para resolver los conflictos que puedan nacer de la aplicación de un sistema de *compliance*. Esto es así porque, al ser las propias partes enfrentadas las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo para dar solución a sus desavenencias, el conflicto no queda expuesto a otros agentes externos a la organización, y el proceso de mediación puede servir de concienciación sobre lo que supone la cultura ética corporativa, fin primordial del fundamento del *compliance*. Con la aplicación de estos sistemas, las partes gestionan mejor sus intereses, ya que son estas las que resuelven su litigio mediante el diálogo y la cooperación, con la finalidad de que los contendientes ganen y pierdan algo con el acuerdo pactado (López Simó y Garau Sobrino, 2014), frente a la imposición de una medida por la corporación (en aplicación del sistema de cumplimiento) y que definitivamente acabe en los tribunales. Además, la idoneidad de este mecanismo de solución de controversias radica en la orientación a la consecución de pactos sobre las desavenencias y, al mismo tiempo, al mantenimiento de la relación entre los contendientes. A través de esta fórmula, los intervinientes, unidos, en muchas ocasiones, por una relación laboral, empresarial o incluso familiar, podrán comunicarse entre sí, manifestado sus expectativas y necesidades, acompañados de un tercero, el mediador, que facilitaría el diálogo entre ellos y que puede hacer ver la importancia del proceso de *compliance* y de la cultura ética corporativa, antes que sancionar o reprimir las conductas disciplinariamente que pueden terminar judicializadas. La sanción puede conllevar al resentimiento, a la discordia y a la continua contienda entre las partes, no siendo este el verdadero espíritu de la cultura ética corporativa. Esta debe ir encaminada a la prevención, a la solución amistosa del conflicto y al mantenimiento de la paz en la organización en todos los sentidos, incluidos los derivados de la comisión delictiva.

4. Conflictos que pueden surgir en la organización como consecuencia del *compliance*

El artículo 2 de la LMACM establece el ámbito de aplicación de la norma, identificándose dos ámbitos concretos: la mediación que pueda surgir de los asuntos civiles o mercantiles (incluidos los conflictos transfronterizos), siempre que no afecten a derechos y obligaciones

que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. La norma no detalla a qué asuntos civiles y mercantiles se refiere, por lo que se amplifica a todos aquellos supuestos en los exista disponibilidad de las partes. El artículo 2.1 de la LMACM no especifica un listado de materias indisponibles para los contendientes y, por tanto, excluidas de la mediación (Velasco Perdigones, 2022b).

El precepto continúa exhibiendo tres sectores materiales de exclusión del ámbito de aplicación de la norma, ya que tales materias se encuentran, en cierto modo, reguladas por otras disposiciones de carácter especial:

- a) La mediación penal
- b) La mediación administrativa.
- c) La mediación laboral.

Por otro lado, en el ámbito jurídico-privado, el artículo 1814 del CC prohíbe expresamente la posibilidad de transigir sobre dos bloques de materias, sancionándose con la nulidad del acto:

- a) El estado civil de las personas (*v. gr.* nacimiento, filiación, nombre, emancipación, declaración de ausencia o fallecimiento, nacionalidad, vecindad civil, patria potestad, tutela, curatela, matrimonio, defunción).
- b) Las cuestiones matrimoniales o los alimentos futuros (Velasco Perdigones, 2022b).

Naturalmente, el ámbito de aplicación de la LMACM no hace referencia a la mediación organizacional derivada de la aplicación del compliance en una corporación, puesto que queda restringida a las materias civil y mercantil propiamente dichas. Para abordar cuál es el espectro relacionado con el compliance, que sería susceptible de mediación, se hace necesario ahondar sobre la naturaleza de los modelos de organización y gestión a los que hace referencia el artículo 31 bis del CP.

Como afirma parte de la literatura científica, los programas de cumplimiento son normas inspiradas en la autonomía de la voluntad que, desde su asunción, comienzan a ser normas de obligado cumplimiento *ex artículo 1255 y 1091 del CC*, pues no solo nacen de la fuerza vinculante de los contratos, sino que, además, tienen un carácter vinculante a través del denominado *soft law* (Vázquez de Castro, 2020). Esto lleva a afirmar que se está ante una serie de normas de autoorganización, adoptadas voluntariamente y, por tanto, vinculantes entre las partes que las suscriben (reglas *inter partes* de carácter privado). Estas reglas privadas no serían auténticas normas jurídicas, al faltarles el requisito de la generalidad en su aplicación, consolidándose su obligatoriedad en la expresa voluntad o consentimiento de las personas obligadas (Cuevillas Matozzi y Velasco Perdigones, 2022, pp. 57-58).

Lo importante es que las materias objeto de mediación sean disponibles para las partes, considerándose así aquellas que no tengan una trascendencia de orden público que deban ser sometidas a la revisión jurisdiccional. Así, podrían ser sometido a mediación aquellos conflictos derivados de la aplicación del *compliance* (o relacionados con este), tales como:

- a) Las disputas generadas por denuncias, infracciones e informaciones recibidas en la organización a través del canal de denuncias¹¹ u otros medios.
- b) La incoación de procedimientos informativos o disciplinarios.
- c) Los conflictos de intereses y de independencia entre el órgano de *compliance* y la organización.
- d) La aplicación de medidas de *compliance* y sanciones que puedan afectar a empleados, proveedores, clientes o aquel que se relacione con la organización.
- e) Las controversias propias de las funciones del órgano de *compliance* y los deberes de este.
- d) Las indemnizaciones y compensaciones derivadas de la relación profesional de *compliance*, así como de la relación jurídica propiamente dicha.

5. Cómo integrar la mediación en los *compliance programs*

5.1. Los modelos de organización y gestión o *compliance programs*

Los modelos de organización y gestión o *compliance programs* no son definidos en el Código Penal. La norma solo se limita a establecer dos provisiones principales:

- a) Que el órgano de administración los adopte y ejecute¹².
- b) El contenido o los requisitos que han de cumplir¹³.

¹¹ Los canales de denuncia son mecanismos establecidos en una organización para tramitar las denuncias o quejas sobre comportamientos, acciones o hechos cometidos que puedan ser constitutivos de una infracción de la ley, del código de conducta u otras normas y procedimientos internos, o de la normativa sectorial reguladora de la actividad de la corporación (Armentia Morillas, 2018, p. 361). Este mecanismo tiene el propósito de detectar eventuales conductas de incumplimientos normativos o conductas delictivas a tiempo a través de denunciar eventuales incumplimientos (Belda Calvo, 2017, p. 62)

¹² *Vid.* condición 1.ª apartado 2 del artículo 31 bis del CP.

¹³ *Vid.* apartado 5 del art. 31 bis del CP.

Son numerosos los sinónimos utilizados para referirse a este instrumento de exoneración o atenuación de la responsabilidad criminal corporativa: programa de autorregulación corporativa (Villacorta Hernández, 2016), compliance program (Tejada Plana, 2020)¹⁴, corporate program¹⁵, criminal compliance program (Macías Espejo, 2020), programas de prevención y control, normas de autorregulación, plan de prevención de delitos, modelos de prevención y control (Gómez Doñate, 2018) o, como se determina en el Código Penal, modelos de organización y gestión, etc.

En términos genéricos, puede decirse que los modelos de organización y gestión a los que hace referencia el artículo 31 bis del CP son un conjunto sistematizado y documentado de procedimientos, adoptados y ejecutados por determinadas personas jurídicas, los cuales incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducirlos de forma significativa, y cuyo contenido mínimo se establece en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP¹⁶, convirtiéndose en un elemento fundamental para el establecimiento de una verdadera cultura ética corporativa¹⁷ y servir como mecanismo de exoneración¹⁸ (Velasco Perdigones, 2022, pp. 75-76).

5.2. Contenido ex artículo 31 bis del CP: especial referencia al sistema disciplinario (apdo. 5.5.º)

El contenido o requisitos mínimos de los citados compliance programs se relacionan en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP¹⁹. De estos elementos hay que prestar especial

¹⁴ Vid. la terminología utilizada en la STS (Sala 2.ª) de 28 de junio de 2018 (RJ 2018, 3693).

¹⁵ Circular 1/2016 FGE, p. 20.

¹⁶ Vid. Navarro Hidalgo (2017), Velasco Núñez y Saura Alberdi (2016), Alarcón Garrido (2016), Aguilera Gordillo (2017) y Enseñat de Carlos (2016). Por su parte, otros autores apuntan que «un programa de cumplimiento no es solo un documento que recoge procedimientos e instrumentos de análisis y detección de problemas [...], no son un documento meramente programático, sino de naturaleza normativa, sin perjuicio de que los principios, valores y reglas que contienen puedan ser luego desarrolladas a través de políticas específicas» (Poncela Díaz, 2017).

¹⁷ Vid. nota 9.

¹⁸ Vid. nota 10.

¹⁹ a) identifiquen las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; b) establezcan los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos; c) dispongan de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; d) impongan la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; e) se establezca un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; y f) se realice una verificación periódica del modelo y de su

atención al 5.º, referente a la configuración del sistema disciplinario, puesto que la disciplina conllevará a la existencia de un continuo foco de conflictos y desavenencias candidatas a un proceso de mediación. El establecimiento de un régimen disciplinario tiene su lógica, pues de nada servirá adoptar unas normas internas si no se habilita un sistema que sancione el incumplimiento de las medidas que establezcan los modelos de organización y gestión. Por tanto, la creación de un régimen disciplinario interno conllevará la exigencia de un catálogo de infracciones y sanciones, a modo de código de conducta, que contemple las consecuencias de aquellas conductas activas u omisivas que impliquen el quebrantamiento del sistema por parte de empleados, directivos, proveedores, clientes y todos aquellos a los que se les imponga su sometimiento (Aguilera Gordillo, 2018, p. 312). Donde exista una sanción, habrá un foco de conflicto que no debe trascender de la estructura de la organización. Así, se considera imprescindible que todo régimen disciplinario contemple la exigencia de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, concretándose en la mediación por los beneficios que comporta.

5.3. Procedimiento para la complementaria implementación de la mediación organizacional

La cuestión estriba en cómo se ha de proceder para implementar la mediación en la organización. Una de las soluciones es incluirla en los modelos de organización y gestión, puesto que el apartado 5 del artículo 31 bis del CP debe entenderse como un contenido mínimo, abierto a otras medidas que fomenten, refuercen o pongan en valor la cultura ética corporativa; y a esto contribuye la mediación en la organización.

5.3.1. Decisiones organizativas previas

El órgano decisor de la persona jurídica es el competente para adoptar, antes de la comisión del delito, los *compliance* programs que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenirlo. La adopción del acuerdo deberá efectuarse conforme a las normas de organización de cada persona jurídica. Este acuerdo social, como muestra de la voluntad de la corporación, debe incluir, aparte de lo relativo al *compliance*, la implementación de la mediación y el establecimiento de su ámbito aplicativo. Esto sería una previsión general que habrá que detallar posteriormente mediante otros instrumentos jurídicos.

Así, toda la organización debe mostrar un compromiso firme y decidido (Larriba Hinojar y Navarro Valencia, 2019, p. 1.659) de desarrollar e implementar el sistema mediante el

eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios (apdo. 5 art. 31 bis CP).

establecimiento de unos valores, la fijación de los objetivos de compliance, la asunción de responsabilidades y la asignación de los medios económicos y humanos que se van a destinar a este respecto (Benítez Rodríguez, 2018, pp. 142-143). La entidad debe emitir una declaración formal y documentada, conforme a sus normas internas y ordenamiento aplicable, de su firme compromiso en favor del compliance. Entre dichos valores, políticas y objetivos puede estar la apuesta de la mediación como mecanismo complementario al sistema de compliance, con la finalidad de prevenir los conflictos y desavenencias que pueden nacer de la aplicación del sistema. Esto sería una previsión general y voluntaria de la corporación como apuesta decidida de resolver los problemas internamente, pero su eficacia es limitada, puesto que los destinatarios no quedarían vinculados jurídicamente frente a una declaración unilateral. Para ello, será necesario un pacto individualizado que tenga eficacia interpartes (*vid. infra* 5.3.2.3).

5.3.2. Diseño de un sistema disciplinario complementado con la mediación

En cierto modo, la eficacia de un sistema de cumplimiento se consigue a través de la existencia de consecuencias para los incumplidores, y prever para los cumplidores una serie de incentivos. De ahí que, el requisito 5.º del apartado 5 del artículo 31 bis del CP imponga el necesario establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de lo establecido en los programas de compliance. Esto es, la previsión de un elenco de medidas disciplinarias que castiguen a las personas que incumplan las políticas y procedimientos de la organización, aplicándose las consecuencias jurídicas en tiempo y forma. Como es natural, nadie desea ser sancionado por su conducta, pues supone la imposición de una determinada consecuencia, por lo general, negativa. Ante esta realidad, aflorará un eminente conflicto entre el incumplidor y quien ha de imponer la sanción, la organización. A veces, la imposición de una sanción no soluciona nada; puede tener una finalidad disuasoria, pero, por lo general, derivará en otros conflictos o desavenencias.

Lo importante es que el infractor tome conciencia de la importancia del compliance, la necesidad de cumplir con el sistema y transmitir al resto de la organización los valores de la cultura ética corporativa. El acercamiento entre el incumplidor y la organización ayudará a transmitir el fundamento del compliance, más que el desencadenante de un largo procedimiento de disciplina que busca el castigo más que la conciencia. Habrá situaciones en las que no quede más remedio que sancionar al infractor, pero una mediación previa ayudará a buscar una solución satisfactoria a la conducta antirreglamentaria.

La existencia de un proceso de mediación previo no pondrá en entredicho el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP, puesto que lo relevante es disponer de un sistema disciplinario previsto. En el sistema existirá un régimen sancionador y un proceso de mediación previa a la imposición de una consecuen-

cia jurídica. La mediación asegurará la eficacia del modelo preventivo mediante la transferencia de los valores y la importancia del *compliance* en la corporación. A la mediación, de una u otra forma, más pronto que tarde, accederán las partes tras un conflicto, de ahí que no exista conveniente en configurarla *ex ante* a la imposición de una consecuencia jurídica.

5.3.2.1. Establecimiento de un catálogo de infracciones y sanciones

El artículo 31 bis 5.5.º del CP solo referencia al establecimiento de un sistema disciplinario, sin detallar cuál ha de ser el alcance y la extensión del citado procedimiento sancionador. Tampoco la Fiscalía General del Estado ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo han hecho, por lo que se deja abierto a la interpretación la forma de cumplimiento de dicho requisito. Parece quedar claro que este régimen ha de afectar a todos los miembros de la corporación y ha de respetar los principios fundamentales que rigen el proceso sancionador, especialmente la normativa laboral (Aguilera Gordillo, 2018b, pp. 498-499).

La organización ha de establecer un catálogo de infracciones y sanciones que contemple los castigos que se pueden imponer a aquel que con su conducta ha infringido las disposiciones del *compliance*. Estamos ante una realidad más bien represiva, que actúa frente a las conductas activas u omisivas de un individuo que quebranta las reglas.

El sistema disciplinario, además de contener un catálogo de infracciones y sanciones, puede incluir una serie de pautas de conducta que orienten el comportamiento del miembro del ente hacia el respeto de la normativa vigente y la mención de determinados principios generales o comportamientos éticos (Aguilera Gordillo, 2018b, p. 500). Dicha orientación del comportamiento hacia el respeto de la normativa vigente, a la que alude cierto sector doctrinal, se conseguiría con un proceso de mediación previo, en el que el mediador y las partes lleguen a importantes conclusiones sobre la cultura del *compliance*. El citado sistema de resolución de conflictos equilibra la balanza del sistema disciplinario, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que ha de obedecer todo régimen sancionador. La desatención a este principio quebraría una exigencia de origen constitucional y podría producir graves desajustes y efecto contrario a lo que supone el *compliance* (Aguilera Gordillo, 2018b, p. 502).

5.3.2.2. Sometimiento a la mediación como política general de la organización

Las políticas posicionan a la organización frente a determinadas cuestiones (Benítez Rodríguez, 2018, p. 156), es decir, decisiones normativas voluntarias y de carácter interno a modo de principios y pautas de actuación general sobre cuestiones de interés. Estas han de adaptarse a la actividad de la organización, su cultura, objetivos, estrategias y valores (Enseñat de Carlos, 2016, p. 92). Así, si uno de los valores y objetivos de la entidad es la

prevención del conflicto y la promoción de la cultura de paz, la mediación organizacional puede ser diseñada como principio de actuación. En el caso concreto que se aborda, la voluntad general de la organización será la sumisión a la mediación en caso de un conflicto derivado de la aplicación del sistema compliance. Evidentemente, esta declaración de voluntad de sumisión a la mediación no vincula directamente a sus hipotéticos destinatarios, puesto que será necesario una concurrencia expresa de voluntades, es decir, un pacto *ex artículo 6* de la LMACM.

Una vez adoptada la voluntad de la corporación de someterse a la mediación, habría que determinar ante qué mediador se efectuará, recomendándose la externalización como garantía de independencia y autonomía (cuestión acorde con los principios que impone el compliance). Nada impide que se realice en el seno de la organización o por mediadores de esta, pero sería de interés establecer unas normas mínimas de regulación del servicio, sobre todo el velar por la independencia y regular la solución de eventuales conflictos de intereses, aparte de todo aquello que no esté previsto en la LMACM. Y es que, de la propia LMACM se extrae que la mediación puede organizarse del modo que las partes tengan por conveniente, no existiendo impedimento en establecer unas reglas que suplan las carencias de la regulación.

Como consecuencia del principio de voluntariedad de la mediación (*ex art. 6.1 LMACM*), la corporación no puede imponer este sistema de resolución de conflictos. En el compliance program se hará una declaración de intenciones como política general de la organización e invitará a cada implicado al inicio de un proceso de mediación por los conflictos que surjan en la aplicación del compliance.

5.3.2.3. Individualización del pacto de mediación

Aparte de esta genérica declaración, con cada implicado en el conflicto habrá que pactar por escrito el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir. Este pacto se podrá incluir en cada relación jurídica individualizada (*v. gr.* contratos de trabajo, relaciones jurídicas con proveedores y clientes; en los contratos con la alta dirección; pactos con los administradores, en el contrato de compliance²⁰, etc.).

Sin embargo, hay que recordar que la mediación laboral queda excluida del ámbito de aplicación de la LMACM, pero el ordenamiento no prohíbe un proceso de mediación en la organización en la que intervenga un trabajador o con ocasión de sus relaciones laborales, siempre que exista disponibilidad y no esté vetada por cuestiones de orden público. Hay que tener en cuenta el papel que desempeñan los órganos administrativos de conciliación, mediación y arbitraje, sobre todo en lo relativo a los requisitos de procedibilidad, efectos

²⁰ En lo relativo a esta novedosa relación jurídica, *vid.* Velasco Perdigones (2022).

(arts. 63 y ss. LRJS) y eficacia de determinados actos (*v. gr.* la interrupción de la caducidad *ex art.* 59 ET). La LMACM excluye la mediación en materia laboral por circunscribirse la norma al exclusivo ámbito civil y mercantil. De hecho, algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores dejan abierta la puerta de la mediación en la empresa, al hacer mención al procedimiento de mediación o arbitraje «que sea de aplicación en el ámbito de la empresa» (arts. 40, 41, 51 ET), con lo que cabría afirmar la existencia de una mediación intraempresarial para asuntos laborales, pero con eficacia limitada para determinadas cuestiones y que no estén afectas al orden público.

En caso de sometimiento expreso, la autonomía de la voluntad y la libre disposición suponen el reconocimiento de la libre participación de las partes en el proceso de mediación. Así, conforme al artículo 6.2 de la LMACM, cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Ahora bien, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (*ex art.* 6.3 LMACM). Por tanto, manifestado el conflicto en materia de *compliance*, se intentará la mediación antes que acudir a los tribunales para confrontar judicialmente el objeto del conflicto.

6. Conclusiones

La mediación debe considerarse el sistema más óptimo para resolver los conflictos, desavenencias y confrontaciones que deriven del sistema de *compliance* que se ha implantado en la organización como consecuencia del artículo 31 bis del CP. El citado mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos tiene como beneficio la ausencia de externalización de la controversia a otras esferas que podrían perjudicar al fundamento del *compliance*. La confidencialidad del proceso se convierte en un pilar fundamental, ya que, a diferencia de la judicialización, la contienda no trasciende más allá del mediador y de las partes. Además, uno de los fundamentos de la mediación es la prevención del litigio, objetivo también perseguido por el *compliance* (prevención del litigio penal). El proceso de mediación permitirá concienciar a las partes sobre el *compliance* y la necesaria creación de una cultura ética corporativa, objeto difícilmente alcanzable cuando todo se judicializa, pues se incrementa la tensión, se originan nuevas desavenencias y se eterniza en el tiempo un foco que podría solucionarse en un corto periodo de tiempo.

Las eventuales materias de *compliance* que pueden ser objeto de mediación han de ser disponibles para las partes y, por ello, no contravenir el orden público. Así, se han extraído de forma orientativa (como *numerus apertus*) una serie de temas que pueden ser tratados en un proceso de mediación. Estas se circunscriben estrictamente a la función de *compliance* y su relación, no descartándose la mediación para otras materias si se estima conveniente.

En lo referente a la forma de implementar la mediación en el sistema de compliance, hay que resaltar que debe haber una apuesta decidida de la organización en establecer la mediación como complemento del régimen disciplinario establecido en el requisito 5.º del apartado 5 del artículo 31 bis del CP. Esta previsión se configuraría como una declaración unilateral de la corporación, como si se tratara de un valor o principio corporativo. Para que pueda tener efectos *inter partes* habrá que pactar por escrito el sometimiento a la mediación de aquellos conflictos de compliance que se determinen.

El proceso de mediación podrá desarrollarse internamente o acudir a mediadores externos, situación esta última más recomendable, por las notas de independencia y autonomía que profesa, en línea con los principios de compliance.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Gordillo, R. (2018). Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los «Compliances». En J. M. Palma Herrera y R. Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Thomson Reuters.
- Aguilera Gordillo, R. (2018b). Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: «código de conducta» y paradojas sobre sanciones desproporcionadas. En *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos* (pp. 497-504). Thomson Reuters Aranzadi.
- Alarcón Garrido, A. (2016). *Manual teórico-práctico del Compliance officer*. Sepín.
- Aragón Román, A. (2019). Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local «Local Public Compliance». *Revista Digital CEMCI*, 42, 1-19.
- Armentia Morillas, P. (2018). Canal de denuncias (Plan de acción e implantación del compliance program). En *Compliance*.
- Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos* (pp. 360-391). Thomson Reuters Aranzadi.
- Aspra, A. y Muñoz, S. (2017). Compliance laboral: la importancia de los procedimientos de identificación, análisis y gestión de los riesgos corporativos. *Economist & Jurist*, 25(203), 40-47.
- Belda Calvo, P. J. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Benítez Rodríguez, D. (2018). Estructura para el desarrollo de un sistema para la gestión del cumplimiento. En *Compliance. Guía práctica de planificación preventiva y plan de control de riesgos*. Thomson Reuters.
- Bratton, W. (2002). Enron and the Dark Side of Shareholder Value. *Tulane Law Review*, Georgetown University Law Center, May. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.301475>
- Cameo Cestero, M. (2014). El Compliance Officer, retos y oportunidades en la empresa española. *Estrategia Financiera*, 321.

- Campos Acuña, C. (2017). *Compliance en la Administración Pública: Dificultades y Presupuestos*. CEMCI.
- Cuevillas Matozzi, I. de y Velasco Perdigones, J. C. (2022). *Fundamentos de Derecho Civil español*. Tecnos.
- Enseñat de Carlos, S. (2016). *Manual del Compliance Officer*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- Fiscalía General del Estado. (2016). Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (2016). *Boletín Oficial del Estado, FIS-C-2016-00001*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>
- Gómez Doñate, P. (2018). Modelo de prevención y control. En X. Ribas (Dir.), *Practicum Compliance 2018*. Aranzadi.
- Herrera, E. (1998). *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Astrea.
- Junceda Moreno, J. (2018). Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos. *Presupuesto y Gasto Público*. Instituto de Estudios Fiscales, 91, 169-178.
- Larriba Hinojar, B. y Navarro Valencia, J. C. (2019). Modelos de organización y gestión de cumplimiento normativo y de prevención de delitos: De la teoría a la práctica. En J. L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal* (pp. 1.657-1.676). Tirant lo Blanch.
- López Simó, F. y Garau Sobrino, F. F. (2014). *Mediación en Materia Civil y Mercantil*. Tirant lo Blanch.
- Macías Espejo, B. (2020). Criminal compliance program y exención de responsabilidad penal ante la hipotética, si no inminente, industrialización del coche sin conductor. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6.
- Magro Servet, V. (Coord.). (2020). Gerencia de riesgos jurídicos de cumplimiento. En *Compliance Penal. Aplicación en empresas* (pp. 41-160). Lefebvre.
- Martínez Saldaña, D. y Moreno Lucenilla, I. (2018). La protección del whistleblower y el compliance laboral. *Revista de Información Laboral*, 12, 83-105.
- Navarro Hidalgo, M. V. (2017). Introducción. En I. Giménez de Zuriaga (Dir.), *Manual Práctico de Compliance*. Thomson Reuters.
- Olivencia Ruiz, M. (2005). *Escritos jurídicos*, vol. I (pp. 351 y 366). Fundación El Monte.
- Olivencia Ruiz, M. (2005b). *Escritos jurídicos*, vol. II (pp. 255-423). Fundación El Monte.
- Pérez Gil, J. (2017). Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal. En A. J. Pérez-Cruz Martín y A. M. Neira Pena, (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas* (pp. 25-46). Aranzadi.
- Poncela Díaz, J. A. (2017). Cumplimiento normativo (Compliance) y responsabilidad civil. En J. López y García de la Serrana y S. Sucunza Totoricagüena (Dirs.), *Responsabilidad civil, derecho comparado y soluciones alternativas para la reparación del daño*. Sepín.
- Sánchez Pérez, J. (2022). Compliance laboral: un reto necesario para las empresas del siglo XXI. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Santana Lorenzo, Y. (2019). La revolución del «compliance» tributario. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 957.
- Santana Lorenzo, M. y García Novoa, C, (Dirs.). (2019). *Practicum Compliance tributario 2020*. Aranzadi
- Serrano, Y. (2019). Certificación de compliance: ahora también tributario. *AENOR*:



Revista de la Normalización y la Certificación, 347, 14-19.

Tejada Plana, D. (2020). Sobre el Departamento de Justicia estadounidense y los compliance programs: un énfasis renovado en la eficacia. *Aranzadi Digital*, 1.

Vázquez de Castro, E. (2020). *Compliance y contrato de seguro privado*. Thomson Reuters Aranzadi.

Veiga Mareque, J. A. y Fernández de Avilés, G. (2019). *Compliance para PYMES paso a paso*. Colex.

Velasco Núñez, E. y Saura Alberdi, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabili-*

dad penal de la persona jurídica. Thomson Reuters.

Velasco Perdígones, J. C. (2022). *La responsabilidad civil del compliance officer*. Thomson Reuters Aranzadi.

Velasco Perdígones, J. C. (2022b). Mediación y Derecho Civil. (2.ª ed.). En A. Álvarez Alarcón y P. García Molina (Coords.), *Mediación y Derecho*. Thomson Reuters.

Villacorta Hernández, M. A. (2016). La necesidad de establecer un programa de Compliance. *Revista Práctica de Derecho*, 191.

Covid y fuerza mayor en los arrendamientos

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

Don Alfonso tiene fijado su domicilio habitual en Lima (Perú), se matriculó durante el año académico 2019-2020 para cursar sus estudios superiores de Máster Superior en Management, en la TBS Business School de Barcelona, y con el fin de fijar su residencia en esta ciudad, suscribió con la mercantil AAA, en fecha 16 de mayo de 2019, un contrato de alojamiento, en relación con una residencia de estudiantes explotada por dicha sociedad, para el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2019 y el 1 de julio de 2020.

Las partes pactaron, como precio del contrato, un pago mensual de 1.805 euros, de los que 1.390 euros se correspondían con el alojamiento, y los 415 euros restantes a la pensión completa contratada.

A raíz de la pandemia por la covid-19 y de la declaración del estado de alarma, se acordó el confinamiento de la población y la suspensión de la actividad académica, así como el cierre de fronteras, por lo que el Sr. Alfonso, previendo los acontecimientos, abandonó la residencia y regresó a su domicilio familiar en Lima el 13 de marzo de 2020.

Los hechos relatados se configuran como un caso de fuerza mayor, y en el contrato firmado por ambas partes se estipuló que si la estancia efectiva del residente fuera inferior al plazo inicialmente pactado por razón de una circunstancia especialmente grave, imprevisible e independiente de la voluntad de los contratantes (fuerza mayor), se aplicaría al residente la tarifa conforme a su estancia real y se le devolvería la fianza.

Por otra parte, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, regula la facultad de resolver determinados contratos por razón de la pandemia sin penalización alguna para el consumidor.

Al amparo de los antecedentes expuestos, se ha exigido por don Alfonso a la sociedad que explota la residencia la devolución de una suma total de 3.792,50 euros, de los que 1.500 euros se correspondían con la fianza entregada en su día, 1.390 euros en concepto de cuota indebidamente cobrada por el alojamiento del mes de abril, y 902,50 euros por la mitad de la cuota por alojamiento y pensión completa del mes de marzo.

Informemos sobre el asunto, ¿estamos ante un caso de fuerza mayor que pudiera dar derecho a esta devolución de cantidades?

Cuestiones planteadas:

- Fuerza mayor y sus efectos en los contratos de arrendamiento.
- La consideración de la pandemia por covid como supuesto de fuerza mayor.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Nos enfrentamos a dos posibles planteamientos en la materia; en una primera tesis, las partes previeron en el contrato de alojamiento suscrito la contingencia de que el actor abandonase la residencia por la circunstancia de fuerza mayor, y que en tal hipótesis se aplicaría la tarifa conforme a la estancia real y se le devolvería la fianza; debemos agregar que resultaba público y notorio que don Alfonso se vio afectado por una circunstancia de aquella naturaleza a raíz de la situación sanitaria generada por la pandemia y sus consecuencias legales, administrativas, sociales y económicas, y que los riesgos asociados a aquella coyuntura justificaban plenamente la decisión del estudiante de abandonar la residencia para regresar a su país de origen junto a su familia más cercana, máxime cuando el motivo de su estancia en Barcelona y de la suscripción del contrato de alojamiento no era otro que recibir una formación superior de forma presencial en un centro de prestigio, y que tal actividad quedó suspendida a raíz de la pandemia.

Frente a esta tesis podría plantearse otra en el sentido contrario, por entender que no concurrían los requisitos que pudieran justificar la apreciación de causa de fuerza mayor, y que fue el estudiante el que, por propia voluntad y sin aviso previo, abandonó la residencia cuando, pese a la situación de pandemia, la actora continuó ofreciendo plenamente los servicios contratados, de modo que si las prestaciones no fueron disfrutadas por don Alfonso, fue porque él mismo decidió marcharse de la residencia, y en ningún caso concurría ninguna situación de hecho ni se promulgó normativa alguna que determinase la suspensión del servicio prestado por la sociedad que explotaba la residencia.

En todo caso, y a los meros efectos dialécticos, no parece discutible que la tesis argumentada por la sociedad AAA no es susceptible en modo alguno de enervar la viabilidad de las pretensiones del estudiante que reclama.

Bastaría para justificar aquella conclusión atender al tenor de la cláusula tercera del denominado «contrato de alojamiento», suscrito por las partes el 16 de mayo de 2019, cuyo apartado 3 declara:

El precio periodo pactado en el presente contrato se ha fijado en atención a la duración de la estancia pactada y del alojamiento admitido; en consecuencia, ambas partes acuerdan que, en caso de que la estancia efectiva del Residente sea inferior

a la que se recoge en la cláusula 1.3 precedente, el residente deberá abonar, a la sociedad arrendataria, la totalidad del precio del periodo pactado, y además y asimismo, las partes contratantes acuerdan de forma consensuada que, en este supuesto, la fianza depositada por el residente se aplicará como indemnización a favor de la sociedad arrendataria por los daños producidos por la citada resolución anticipada.

Excepcionalmente no se aplicará dicha penalidad en los casos en los que la causa que motive que el residente abandone la residencia sea una circunstancia especialmente grave, imprevisible e independiente a su voluntad (fuerza mayor). En estos casos se aplicará la tarifa conforme a su estancia real, pero se le devolverá la fianza.

Es decir, para la hipótesis de que el residente no cumpliera el plazo de alojamiento previsto en el contrato se establecía una norma general, conforme a la cual debería abonar íntegramente el precio estipulado para todo el plazo pactado, y además la fianza depositada se aplicaría como indemnización a favor de la sociedad arrendataria por los daños derivados de tal resolución anticipada; pero también se incorporó una excepción a aquella regla general para los supuestos en los que la causa que motivase que el residente abandonase la residencia se correspondiera con «una circunstancia especialmente grave, imprevisible e independiente a su voluntad (fuerza mayor)», coyuntura en la que ambas partes convenían en que se aplicaría la tarifa conforme a la estancia real del residente y se le devolvería la fianza.

Como quiera que en la comunicación que ha dirigido el estudiante a la arrendataria se pretendía precisamente la aplicación de las consecuencias económicas descritas en la segunda parte de la norma transcrita, en el sentido de que se solicitaba que la destinataria de la comunicación reintegrara a don Alfonso el precio percibido por los periodos de tiempo en los que no disfrutó del servicio de alojamiento –mitad de la cuota de alojamiento y pensión completa de marzo, y cuota de alojamiento de abril de 2020–, así como la fianza depositada en su día, la cuestión litigiosa se reduciría a dilucidar si concurrieron las causas descritas en el contrato bajo el concepto «fuerza mayor» como justificativas de la exención de pago pretendida por el estudiante.

Una circunstancia como la pandemia por covid-19, que comenzó a afectar a nuestro país a principios de 2020, no puede calificarse sino como un suceso imprevisible e inevitable, lo que también es predicable de las medidas adoptadas por el Gobierno para afrontar la crisis sanitaria asociada a la pandemia, especialmente las concernientes al confinamiento domiciliario, la restricción de la movilidad de personas, el cierre de fronteras y la suspensión de numerosas actividades de toda índole, entre ellas, por lo que concierne al supuesto que ahora se debate, la actividad académica presencial, la cual constituía la causa del contrato de alojamiento suscrito por los litigantes.

La institución de la fuerza mayor se ha ligado tradicionalmente a la idea de previsibilidad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1980 declaró que la posibilidad de prever los sucesos es un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos que hay que entenderlo, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de aquellos hechos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposible físicamente y, por

tanto, previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar, doctrina que reitera la sentencia de 7 de abril de 1965, la cual establece como requisitos que en el acaecimiento de la fuerza mayor ha de concurrir que el hecho sea, además de imprevisible, o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que, por aplicación de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil, haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los artículos 1902 y 1903 y siguientes del mismo código sustantivo, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente.

Aducía la sociedad arrendadora que don Alfonso abandonó voluntariamente la residencia y que el servicio de alojamiento estuvo en todo momento disponible para los estudiantes que decidiesen permanecer en ella. Sin embargo, difícilmente puede mantenerse la tesis de que el estudiante optase por regresar a su país de forma voluntaria por cuanto la causa del contrato –asistencia presencial a clases universitarias en Barcelona– había desaparecido repentinamente, y, por lo tanto, no le era exigible a don Alfonso permanecer en esta ciudad desde el momento en el que la asistencia a las clases había quedado suspendida por la declaración del estado de alarma.

La doctrina legal ha mantenido que la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido *a posteriori* de la convención, que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado, y que en dicho acontecimiento debe concurrir, como hecho determinante, la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega (sentencias de 19 de mayo de 1960, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio y 24 de diciembre de 1999 y 2 de marzo de 2001), a lo que agrega que no puede confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento (STS de 22 de febrero de 2005). No puede discutirse, por evidente, que todos aquellos presupuestos concurren en el supuesto que es objeto del caso.

Se concluye, en definitiva, que se presentan las circunstancias previstas contractualmente por las partes para eximir al estudiante de la obligación de abonar el precio pactado por los servicios de alojamiento prestados por la mercantil arrendadora de los servicios. No estamos en el caso de que se haya atendido a los supuestos derechos de una de las partes y se haya ignorado los de la otra. Estamos ante la aplicación de una consecuencia económica prevista y pactada por ambas partes, de común acuerdo, en el contrato de alojamiento suscrito en su día, en los términos expuestos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.182, 1.184, 1.902 y 1.903.
- STS, Sala 1.^a, de 22 de febrero de 2005 (rec. núm. 3803/1998).

Arrendamiento de local de negocio y su traspaso

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Imaginamos un contrato de arrendamiento firmado el 14 de enero de 1978 (arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985), que tenía por objeto un local comercial. Entre los años 1989 y 1990 fallece el arrendatario y se subroga en su lugar su hijo. En escritura pública de 23 de abril 1992, se cedió por traspaso los derechos arrendaticios de los que era titular a otra persona, y en dicha escritura la arrendadora presta su consentimiento. En el 2010 fallece la arrendadora, y la heredera requiere al arrendatario-cedido para que desaloje el local. Este se niega porque considera que tiene derecho a continuar hasta la jubilación o fallecimiento.

Imaginamos, ahora, que dos partes contractuales suscriben un contrato de arrendamiento de una vivienda en documento privado de fecha 14 de mayo de 2017, en el cual se pacta una duración de un año y una renta. Trascurridos tres desde la firma del contrato, y hallándose este en prórroga, la arrendadora remite un burofax comunicando que no lo va a prorrogar más. Luego demanda al arrendatario pidiendo la extinción del contrato por expiración del plazo. El arrendatario se opone a la demanda alegando la existencia de un acuerdo verbal entre las partes; invoca también la situación de excepcionalidad que se estaba viviendo por la covid y la aplicación de normas especiales sobre la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, dictadas precisamente por esa excepcionalidad, y durante seis meses más.

Finalmente, suponemos un arrendado de inmueble por una usufructuaria. Una vez fallecida, por su heredera –su hija– se interpone acción de desahucio contra el arrendatario de la vivienda. Este se opone alegando la enervación de la acción porque no hubo requerimiento formal de pago, pues recibió un burofax de un abogado en el domicilio no estando presente. Simplemente se le dejó el aviso por la oficina de correos.

Cuestiones planteadas:

1. ¿El arrendatario por traspaso (arrendamiento de local de negocio celebrado antes del 9 de mayo de 1985) puede mantenerse hasta la jubilación o nuevo traspaso o el contrato ha de considerarse extinguido?
2. ¿Tiene razón el arrendatario al invocar el acuerdo verbal y la normativa extraordinaria? ¿Puede prorrogar el contrato por más tiempo?
3. ¿Puede estimarse la oposición del arrendatario demandado con fundamento en la falta de un requerimiento formal de pago, por haberse realizado dejando un aviso y siendo redactado el burofax por el abogado del actor?

Solución

1. ¿El arrendatario por traspaso (arrendamiento de local de negocio celebrado antes del 9 de mayo de 1985) puede mantenerse hasta la jubilación o nuevo traspaso o el contrato ha de considerarse extinguido?

La cuestión es compleja porque la respuesta viene de la interpretación de la combinación normativa de la disposición transitoria tercera, apartado B.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), y sobre esto hay mucha jurisprudencia. El apartado sexto, de dicha disposición, es controvertido y añade un problema más de interpretación, que vamos a abordar.

Cuando el arrendatario-cesionario del traspaso se opone al desalojo, en realidad está invocando la disposición transitoria tercera, apartado B.3 de la LAU de 1994, de manera que el arrendamiento no se extingue hasta su jubilación o fallecimiento, y «sin perjuicio, en su caso, si concurren los presupuestos legales para ello, de la subrogación del cónyuge o descendiente del arrendatario, e incluso traspaso según el párrafo 4.º de tal transitoria». Y podría decirse al respecto que esa norma en la que se apoya es posterior a la entrada en vigor de la LAU.

La cuestión controvertida, por consiguiente, radica en la interpretación que debe darse a la disposición transitoria tercera B.3 de la LAU de 1994, aplicable al caso, en el que nos hallamos ante un contrato de arrendamiento de un local de negocio concertado antes de la ley de 9 de mayo de 1985, que fue objeto de una subrogación a favor del hijo del arrendatario, y de posterior traspaso (el 23 de abril de 1992) a quien ahora se pretende desalojar por la heredera, debiendo diferenciar entre la subrogación y el traspaso.

Lo interesante de esa disposición legal es lo siguiente:

3. Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

En defecto de cónyuge supérstite que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado este, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley.

La primera subrogación prevista en los párrafos anteriores no podrá tener lugar cuando ya se hubieran producido en el arrendamiento dos transmisiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La segunda subrogación prevista no podrá tener lugar cuando ya se hubiera producido en el arrendamiento una transmisión de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 60.

El arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley.

Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años.

Se tomará como fecha del traspaso, a los efectos de este apartado, la de la escritura a que se refiere el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

La cuestión aquí está en determinar si se aplica el párrafo sexto de la disposición general, pues el derecho o título del arrendatario emana del traspaso efectuado en el local en el plazo de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley, en cuyo caso el contrato se extingue a los 25 años; o si, por el contrario, debe entenderse que es de aplicación el párrafo primero y el contrato se extingue con la jubilación o fallecimiento del arrendatario –que es lo que predica el caso–, y sin perjuicio de subrogación y traspaso que los párrafos cuarto, quinto y sexto regulan dentro de las facultades del arrendatario.

Siguiendo algunos de los criterios del Tribunal Supremo en esta materia de la interpretación de la disposición transitoria tercera de la LAU de 1994, y para cuando la subrogación, que no traspaso, se produce antes de la LAU de 1994, conviene recordar:

Los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 –como es el caso– subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de este (disp. trans. tercera. B.3. párrafo primero). Habiéndose

producido la subrogación del hoy demandado como arrendatario en el contrato que su padre había concertado en el año 1979 –subrogación que tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU 1994, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 de la LAU 1964– el arrendatario a todos los efectos era el hoy demandado en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley y, en consecuencia, la norma transitoria se aplica a este y no al inicial arrendatario, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente. De esta forma el arrendamiento podrá extenderse a toda la vida del arrendatario y, en su caso, a la del cónyuge que se subroge, o a un máximo de veinte años desde la entrada en vigor de la LAU 1994 si la subrogación se produce a favor de un descendiente.

La sentencia núm. 439/2018, de 12 de julio (NCJ063547), aplicó la doctrina establecida en la sentencia núm. 46/2018, de 30 de enero (NCJ063116), con el siguiente argumento: «El actual arrendatario tenía tal condición cuanto entró en vigor la LAU de 1994, y, por tanto, tiene derecho a continuar como tal hasta su jubilación o fallecimiento» (SSTS núm. 34/2019, de 17 de enero; núm. 74/2020, de 4 de febrero, y núm. 344/2020, de 23 de junio).

Ahora bien, aquí tratamos el caso de un traspaso de local de negocio en los diez años anteriores a la vigencia de la LAU de 1994. La sentencia núm. 440/2018, de 12 de julio, dijo:

Esta sala se ha pronunciado sobre la cuestión en reciente sentencia núm. 46/2018, de 30 enero (NCJ063116), en igual sentido que la ahora recurrida; teniendo en cuenta que, cuando se produce el traspaso, pasa a ser arrendatario a todos los efectos quien accede al mismo y continúa en el arrendamiento con todos los derechos y obligaciones propias del locatario. En este caso el traspaso se efectuó con anterioridad a los diez años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994 y bajo la vigencia del TR de 24 de diciembre de 1964, con pleno derecho a prórroga forzosa por lo que, fuera de los casos en que dicha prórroga pudiera ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende hasta su jubilación o fallecimiento, de conformidad con la norma transitoria citada. De no ser así se le estaría privando de un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a prórroga forzosa. De ahí que esta sala ha estimado que esa es la interpretación que ha de merecer la disposición transitoria tercera de la LAU, sin perjuicio de aquellos supuestos en que el legislador haya establecido alguna particularidad, como ocurre con el caso de los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores que han merecido una especial consideración.

Convenimos en que el traspaso del local de negocio no se realiza con antelación al 9 de mayo de 1985 y en que el Tribunal Supremo, al interpretar los preceptos de la disposición, ha establecido que, «cuando la transitoria tercera se refiere al arrendatario, hace alusión al que lo sea a la entrada en vigor de la LAU de 1994, con independencia de que se trate del originario arrendatario o el que hubiera ocupado su posición contractual por traspaso o subro-

gación (SSTS 46/2018, de 30 de enero [NCJ063116]; 439/2018, de 12 de julio [NCJ063547]; 863/2021, de 14 de diciembre [NCJ065911], y 279/2022, de 31 de marzo [NCJ066095].

El párrafo sexto se refiere a que si

en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años,

no distinguiendo entre

los traspasos llevados a efecto con posterioridad a la LAU de 1994 por quienes ostentaban, en tal momento, la condición de arrendatarios, en virtud de un traspaso llevado a efecto en los diez años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de dicha ley, y, con la probable finalidad de compensar la pérdida de valor que implica la extinción del régimen de la prórroga forzosa, se amplía el plazo legal de duración del contrato previsto en el párrafo quinto, a cinco años más.

Y, a los efectos que aquí interesan:

No cabe, pues, interpretar dicha norma en el sentido de que se establece una específica causa de extinción de los contratos de arrendamiento, cuyos derechos se adquiriesen por traspaso en el precitado periodo crítico de los diez años anteriores a la vigencia de la nueva LAU, a modo de excepción a la regla general de pervivencia del contrato hasta la jubilación o fallecimiento del arrendatario (STS núm. 440/2018, de 12 de julio; núm. 327/2010, de 22 de junio [NCJ052805]; núm. 362/2011, de 7 de junio [NCJ055666]; núm. 344/2018, de 7 junio; núm. 453/2018, de 18 de julio [NCJ063380]; núm. 238/2007, de 27 de noviembre; núm. 1348/2007, de 12 de diciembre [NCJ041585]; núm. 53/2008, de 25 de enero; y núm. 597/2008, de 20 de junio).

En consecuencia, no se puede desalojar por extinción al arrendatario, que dispone de la facultad de mantenerse hasta el fallecimiento o la jubilación, pues no hay distinción ni excepción a la regla general de pervivencia del contrato. Cuando, como dice el caso, en escritura pública de 23 de abril de 1992 se cede por traspaso los derechos arrendaticios de los que era titular a otra persona, y en dicha escritura la arrendadora presta su consentimiento, queda facultado el nuevo arrendatario para acogerse al principio general de mantener a su voluntad el contrato.

2. ¿Tiene razón el arrendatario al invocar el acuerdo verbal y la normativa extraordinaria? ¿Puede prorrogar el contrato por más tiempo?

Como dijimos en el caso, la parte demandada invoca un acuerdo verbal y la normativa extraordinaria para atender a esa situación de excepcionalidad que provocó la covid, que permite al arrendatario acogerse a una prórroga de seis meses. Sin duda, aquí se está plan-

teando la aplicación o no de lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la covid-19, reformada por la disposición final novena del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto de la covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda. Añadimos a esto que el acuerdo verbal tiene difícil prueba si la otra parte no lo reconoce. Y en cuanto a la aplicación de la normativa adecuada, puede apuntarse inicialmente que el contrato finalizaba, tras las prórrogas del artículo 9 y la tácita reconducción del artículo 10 de la LAU, y para que el arrendatario pudiera acogerse al régimen tuitivo del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, es necesario que la prórroga de seis meses se solicite antes de la conclusión del contrato.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que entró en vigor el día 2 de abril siguiente, por aplicación de su disposición final decimotercera, en su redacción vigente, al desarrollarse los presentes hechos, dispuso:

En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este real decreto-ley hasta el día en que hayan transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes.

Esta disposición normativa fue reformada por Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID 19 en los ámbitos de transporte y vivienda, en el que se fija como fecha final de dicha opción legal el 30 de septiembre de 2020.

Antes de la solución hemos de considerar que el derecho del arrendatario a obtener la prórroga indicada, por un plazo adicional de seis meses, requiere de la concurrencia de algunos requisitos:

- La vivienda en cuestión se sujeta al régimen legal previsto en la Ley de arrendamientos urbanos 29/1994, de 24 de noviembre. Una vivienda para uso habitual de la persona y satisfacción de sus necesidades (art. 2.1 LAU). Sin descuidar que el artículo 10.3 de la LAU nos indica que al contrato prorrogado le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido.

- El plazo temporal de la finalización contractual del arrendamiento; es decir, que finalice dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor del referido real decreto-ley hasta el día en que hayan transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Según la reforma por el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, el 30 de septiembre de 2020.
- Que la finalización del contrato se produzca, bien por haber transcurrido el periodo de duración mínima del contrato de arrendamiento de vivienda del artículo 9.1, o bien el periodo de prórroga tácita anual previsto en el artículo 10.1, ambos de la LAU de 1994.

La mentada prórroga no es automática, está sometida a la previa solicitud del arrendatario antes de que el contrato de arrendamiento se hubiera extinguido. Porque no cabe la rehabilitación de un contrato de arrendamiento ya terminado, incluso concluidas las prórrogas legalmente previstas, sino solo la extraordinaria previsión del real decreto. O como dice el Tribunal Supremo:

La rehabilitación del contrato de arrendamiento, no regulada en la LAU de 1994, se contempla en el caso del concurso de acreedores, según lo dispuesto en el art. 168.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, conforme al cual la administración concursal podrá rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento urbano hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, con previo o simultáneo pago con cargo a la masa de todas las rentas y conceptos pendientes, así como con el compromiso de satisfacer las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

Sí llegamos a la conclusión de que las prórrogas habían terminado (había transcurrido el plazo de duración mínima legal de tres años que fijaba el art. 9 de la LAU), de que el arrendamiento se encontraba en situación de prórroga de un año en aplicación del artículo 10 de la LAU; si se había comunicado al arrendatario por burofax la voluntad de no renovar el contrato, el contrato se extinguía. Y si la solicitud de prórroga extraordinaria no se produce, la consecuencia lógica es que no puede prosperar la pretensión del arrendatario.

Al final lo importante es la comunicación, porque el contrato de arrendamiento no puede quedar sometido a incertidumbre. El caso no nos dice que el arrendador, cuando se le notificó la extinción por no renovación de la prórroga, manifestara su deseo de acogerse al real decreto de medidas por la situación generada por la covid, por lo que, al hallarse en prórroga y comunicada, por el arrendador, su intención de no continuar, se actuó como previene el artículo 10 de la LAU. En ese momento el arrendatario debería exteriorizar su voluntad de acogerse al régimen indicado. Y por ello, no se puede hablar en sentido estricto de prórroga, sino de un intento de rehabilitación de un contrato ya fenecido, no contemplado en el orden jurídico, salvo para supuestos concursales.

3. ¿Puede estimarse la oposición del arrendatario demandado con fundamento en la falta de un requerimiento formal de pago, por haberse realizado dejando un aviso y siendo redactado el burofax por el abogado del actor?

La heredera contrata a un abogado y este, en su nombre, remite un burofax al arrendatario a un domicilio distinto del inmueble arrendado, pero dando por hecho que llega a su destino y se entera de su contenido el arrendatario.

Otra cuestión diferente es si el destinatario, aun en otro domicilio, tiene conocimiento del burofax recibido por un amigo, o un tercero, o, como se dice en el caso, dejando aviso por la oficina de Correos en su ausencia.

La sentencia 493/2022, de 22 de junio, en su fundamento de derecho tercero, razona lo siguiente:

No ofrece duda que el requerimiento de pago de la renta debe llevarse a efecto de manera fehaciente a través de un medio que permita dejar constancia de su realización. Dicho de otra forma, que dé crédito a la realidad de su práctica. En este caso, el procedimiento empleado por la parte arrendadora reúne dicho requisito, en tanto en cuanto el burofax remitido es un instrumento idóneo a los pretendidos efectos, en tanto en cuanto acredita el contenido literal de la comunicación enviada, así como la identidad del remitente, del destinatario, del lugar o domicilio al que se dirige, así como el resultado de la entrega.

Ahora bien, la cuestión debatida es otra. Es decir, si la forma en que se practicó el requerimiento es bastante para que el arrendatario tenga acceso a su contenido y, por lo tanto, desencadene su eficacia para impedir la enervación de la acción, cuando consta como no entregado y «dejado aviso».

En el presente caso, el burofax no se remitió a domicilio erróneo, o en el que el demandado fuese desconocido, o del que se hallase temporalmente ausente por razones justificadas, o cuyo concreto contenido no constase. La sentencia recurrida da por acreditado que el servicio de correos dejó el oportuno aviso del requerimiento al alcance del demandado, y este no justificó que fuera privado del acceso al mismo por un acto de un tercero.

Además, los actos obstativos o contrarios al buen fin de la notificación no pueden favorecer precisamente a quien así actúa, de mala; pues como tiene declarada la jurisprudencia en la sentencia núm. 89/2020, de 6 de febrero, dando eficacia al acto de comunicación con «el resultado [...] de no hallarse su destinatario, al que el funcionario de Correos dejó el oportuno aviso», y de cuyo procedimiento de ejecución tenía constancia.

Habría que considerar a estos efectos que el arrendatario tendría que conocer su morosidad y «por tanto la eventualidad de ser demandado»; por lo cual, llegar a la inferencia de que haría todo lo posible por enervar la acción diciendo que no tuvo conocimiento del

burofax es una estrategia que se enmarca en la voluntad renuente y no favorecedora de su postura procesal defensiva posterior. La frustración de la comunicación se debe, entonces, exclusivamente a la pasividad, al desinterés, al error, a la negligencia ...; llamémosla como queramos, pero nunca es imputable a la demandante o a la heredera del piso del que será desahuciado el demandado una vez fallecida la madre usufructuaria e impagadas las rentas.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que no hay indefensión cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva, bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente. No se puede admitir que la eficacia de la comunicación, o de un acto jurídico, queden al arbitrio del requerido. También tiene dicho el pleno de esta Sala, sentencia 552/2010, de 17 de septiembre, que el criterio de la recepción de la comunicación se conjuga con «el principio de autorresponsabilidad, o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el requerido».

En definitiva, el acto de comunicación es correcto, sea quien sea la persona que haya redactado el burofax y, salvo que se demuestre que no tuvo conocimiento de su contenido, el aviso no lo hace ineficaz. No procedería enervar la acción de desahucio. Además, incluso el artículo 1119 del CC viene en apoyo de esta tesis cuando nos indica que «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.119.
- Ley 29/1994 (LAU), arts. 2.1, 9, 10 y disp. trans. tercera.
- Real Decreto-ley 11/2020 (medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19), art. 2.
- Decreto 4104/1964 (LAU), arts. 32 y 60.
- SSTS núm. 238/2007, de 27 de noviembre; núm. 1348/2007, de 12 de diciembre (NCJ041585); núm. 53/2008, de 25 de enero; núm. 597/2008, de 20 de junio; núm. 327/2010, de 22 de junio (NCJ052805); núm. 552/2010, de 17 de septiembre; núm. 362/2011 de 7 de junio (NCJ055666); núm. 344/2018, de 7 junio; núm. 440/2018, de 12 de julio; núm. 453/2018, de 18 de julio (NCJ063380); núm. 34/2019, de 17 de enero; núm. 74/2020, de 4 de febrero; núm. 344/2020, de 23 de junio.
- SSTC núm. 149/2002, de 15 de julio; núm. 6/2003, de 20 de enero; núm. 55/2003, de 24 de marzo; núm. 90/2003, de 19 de mayo; núm. 191/2003, de 27 de octubre; núm. 43/2006, de 13 febrero; núm. 161/2006, de 22 de mayo; núm. 93/2009, de 20 de abril.

Contrato administrativo de servicios y contratación electrónica. Valor estimado. Precio de licitación

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

Un ayuntamiento, con una población de 4.500 habitantes, cuyos recursos ordinarios del presupuesto son de 1.000.000 de euros, tiene suscrito con una empresa adjudicataria un contrato de mantenimiento y conservación del alumbrado público que finaliza en unos meses. A tal efecto, se ha iniciado la licitación de un nuevo contrato y se están redactando los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

Teniendo en cuenta los datos que se indican a continuación, responda las siguientes preguntas, razonando las respuestas:

Datos a tener en cuenta

Objeto del contrato: «Mantenimiento, conservación, reparación y renovación luminarias LED del alumbrado público y de las instalaciones eléctricas de los edificios municipales del ayuntamiento».

- Contratación electrónica.
- Importe de una anualidad completa: 100.000 euros sin IVA.
- Plazo de ejecución: 2 años, con posibilidad de prórroga por un año más.
- Se prevé la posible modificación al alza hasta el 15 % del presupuesto base de licitación.
- Adjudicación: Por la junta de contratación a propuesta de la mesa de contratación.
- Formalización: Se realizará a los 10 días desde la adjudicación.

El mismo día de la adjudicación del contrato, notificada a los licitadores intervinientes y a la empresa adjudicataria del contrato, el órgano de contratación se percató de que el pliego de cláusulas administrativas particulares se había aprobado sin el informe previo de la junta consultiva de contratación y de la secretaría-intervención, pese a que lo había solicitado el alcalde, por lo que decide desistir del contrato.

Cuestiones planteadas:

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo. ¿Qué consecuencias implica la contratación electrónica respecto al expediente de contratación? ¿Qué diferencia hay con la licitación electrónica?
2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación.
3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.
4. Indique el ajuste a derecho o no del órgano de contratación designado en el contrato y de la forma de adjudicación recogida en el contrato.
5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?
6. Una empresa está disconforme con los pliegos reguladores del procedimiento de licitación, por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer y plazo para ello.
7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?
8. Comente el ajuste a derecho del plazo de formalización del contrato fijado y las consecuencias jurídicas en caso de no serlo.
9. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones? ¿Qué consecuencias acarrearía si no se hace constar la posible subrogación?
10. ¿Podría un concejal del equipo de gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?
11. Ajuste a derecho del desistimiento del contrato acordado por la Administración.

Solución

1. Califique el contrato y régimen jurídico del mismo. ¿Qué consecuencias implica la contratación electrónica respecto al expediente de contratación? ¿Qué diferencia hay con la licitación electrónica?

A) Se trata de un contrato administrativo típico de servicios, al amparo del artículo 25.1 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), y definidos en el artículo como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer 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.

El régimen jurídico aplicable serán las normas de derecho administrativo, a tenor del artículo 24 de la LCSP, y, solo en último lugar, podría acudir al derecho privado.

Su régimen jurídico concreto lo encontramos en los artículos 308 y siguientes del referido texto legal.

En cuanto a la jurisdicción competente, conforme al artículo 27 de la LCSP, respecto a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos será la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como veremos a continuación, a tenor del artículo 22.1 b) de la LCSP, es un contrato sujeto a regulación armonizada, toda vez que su valor estimado es superior a 214.000 euros.

B) Respecto a los beneficios de la tramitación electrónica, el preámbulo de la Ley 9/2017, LCSP, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23 y 2014/24 UE, de 26 de febrero de 2014, señala que

junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario.

Para cumplir con esas obligaciones electrónicas se precisa de un soporte electrónico, un *software* cuyo nombre, contenido y funcionalidades está regulado legalmente. Las obligaciones relativas a la tramitación electrónica de los expedientes de contratación se encuentran dispersas a lo largo de toda la LCSP, e intentaremos agruparlas en determinados bloques para facilitar su comprensión.

Beneficios o ventajas de la contratación electrónica:

- Simplificación de cargas administrativas, agilidad y ahorro de costes (tiempos de tramitación, soporte documental en formato papel y almacenamiento del mismo).
- Aumento de la transparencia y del acceso a la información en condiciones de igualdad de trato, independientemente del territorio en el que resida el interesado.
- Fomento de la libre competencia competitiva.
- Facilita labores de prevención, lucha contra la corrupción y rendición de cuentas.
- Promueve la mejora de la calidad de las ofertas.
- Permite más fácilmente la explotación de datos sobre la contratación pública para la elaboración de estudios y análisis que contribuyan a mejorar la situación.

El expediente debe tramitarse íntegramente a través de medios electrónicos, lo cual engloba e implica las siguientes cuestiones:

- Dar publicidad a todos los actos administrativos importantes del procedimiento a través del perfil del contratante.

El artículo 347 de la LCSP prevé que se pondrá a disposición de todos los órganos de contratación una plataforma electrónica que permita la difusión a través de internet de sus perfiles de contratante.

El artículo 138.1 de la LCSP contempla que toda la documentación contractual (pliegos, informes, proyectos, actas, etc.) debe estar en formato electrónico y accesible de manera gratuita a través del perfil del contratante.

- Notificaciones y publicaciones.

Todas las comunicaciones y notificaciones derivadas del procedimiento deben realizarse por medios exclusivamente electrónicos, esto es, mediante comparecencia en sede electrónica o a través de la dirección de correo electrónico habilitada.

- Disp. adic. 15.^a de la LCSP: Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en la ley.
- Disp. adic. 16.^a: Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la ley.
- Disp. adic. 17.^a: Requisitos específicos relativos a las herramientas y dispositivos electrónicos de documentos.

Art. 43.1 de la LPAC: «Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo. A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación».

- Sistemas de licitación electrónica: presentación de ofertas y solicitudes de participación.

Las ofertas y solicitudes de participación, salvo excepciones contempladas en la ley, deben presentarse y gestionarse en formato electrónico (disp. adic. 15.^a LCSP).

Esta obligación implica, por tanto, que la mesa de contratación y el órgano de contratación deben disponer de los medios y de la preparación necesaria para poder realizar las aperturas de las ofertas electrónicas y la tramitación electrónica de las facturas:

- Art. 216 de la LCSP: Pagos a subcontratistas y suministradores.
- Disp. adic. 32.^a: Obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos.
- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público.

Diferencia entre contratación electrónica y licitación electrónica

A menudo podemos encontrar que los términos contratación electrónica y licitación electrónica se usan indistintamente para referirse a los procesos de compra pública que rige la LCSP.

No obstante, puede entenderse que la contratación electrónica hace alusión a todo el procedimiento administrativo completo requerido para la preparación, adjudicación y ejecución de los contratos del sector público; y de otro lado, la licitación electrónica se corresponde con la fase concreta del procedimiento de presentación de ofertas y solicitudes de participación.

En la práctica, dada la desaparición de la modalidad manual de presentación de ofertas, se emplea el concepto licitación electrónica (a modo de sinécdoque o metonimia), para referirse al proceso completo de contratación. También veremos el uso del término contratación electrónica para aludir a los servicios de licitación electrónica para la presentación de ofertas y su evaluación.

2. Calcule e indique el valor estimado y el precio base de licitación.

A tenor del artículo 101 de la LCSP, el valor estimado en contratos de servicios será el pagadero, incluidas las prórrogas y el máximo de las modificaciones, sin IVA, es decir: $100.000 \times 3 = 300.000 \times 1,15 = 345.000$ euros.

Con respecto al presupuesto base de licitación, a tenor del artículo 100 de la LCSP, será el gasto máximo que se puede comprometer, incluido el IVA, es decir, 115.000 euros/año $\times 1,21 = 139.150$ euros/año.

3. Señale el tipo de procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato.

No procede utilizar el procedimiento de adjudicación directa, previsto para los contratos menores en el artículo 118 de la LCSP y, por tanto, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato que se eleva a la cantidad de 345.000 euros sería posible utilizar:

- El procedimiento abierto en el que, conforme al artículo 156, podrían tomar parte todos los empresarios que cumplan los requisitos exigidos y que está contemplado en el artículo 158 (no sería posible por razón del valor estimado la utilización de la modalidad de simplificado o supersimplificado).
- El procedimiento restringido contemplado en el artículo 160. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán contemplar primas o compensaciones por los gastos en que

incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos.

- El procedimiento con negociación sin o con publicidad contemplado en los artículos 167 (con publicidad) y 168 (sin publicidad), siempre que fuese posible encuadrar el presente contrato en algunas de las modalidades que allí se contemplan, porque este es un procedimiento que solo puede utilizarse en los casos tasados expresamente en la ley.

Debemos añadir que, teniendo en cuenta el artículo 123, es posible la aplicación de la subasta electrónica articulada como un proceso electrónico repetitivo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automatizados, debiendo velarse por que el mismo permita un acceso no discriminatorio y disponible de forma general, así como el registro inalterable de todas las participaciones en el proceso de subasta.

El apartado 2 de dicho artículo permite el empleo de la subasta electrónica en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en las licitaciones con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual, como los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

4. Indique el ajuste a derecho o no del órgano de contratación designado en el contrato y de la forma de adjudicación recogida en el contrato.

Es la disposición adicional segunda de la LCSP la que señala que

corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

Si excede de estos porcentajes y cuantías será competencia del pleno.

En este caso, los recursos ordinarios del presupuesto ascienden a la cantidad de 1.000.000 de euros y el valor estimado es de 345.000 euros, por tanto, es competencia del pleno municipal.

5. ¿Dónde debe publicarse la licitación y cuál sería el plazo de presentación de ofertas?

a) Publicación de la licitación

A tenor de lo dispuesto en el artículo 135, el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el Boletín Oficial del Estado. Como no es el caso, puesto que se trata de la Administración local, deberá publicarse en el boletín oficial de la provincia o boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente.

Como el contrato está sujeto a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

b) Plazo para presentación de las ofertas

Conforme al artículo 136 de la LCSP, los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquellas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley.

Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, de forma que todos los posibles interesados en la licitación puedan tener acceso a toda la información necesaria para elaborar estas, cuando por cualquier razón los servicios dependientes del órgano de contratación no hubieran atendido el requerimiento de información que el interesado hubiera formulado con la debida antelación, en los términos señalados en el apartado 3 del artículo 138.

El artículo 137 permite la reducción de plazos si el expediente se hubiera tramitado como de urgencia.

Los plazos para la presentación de las ofertas dependen de los procedimientos de adjudicación utilizados. Así:

- En procedimiento abierto, conforme al artículo 156.1, de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días, para los contratos, entre otros, de servicios. Estos plazos podrán reducirse en los siguientes casos:

- a) Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a 15 días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio voluntario de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 35 días antes de la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este.
 - b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.
 - c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en 5 días.
- En procedimiento restringido, conforme al artículo 161.1 y 2, en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no podrá ser inferior a 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Cuando el plazo general de presentación de solicitudes sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación para los contratos de obras, suministros y servicios podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 135 respecto de la obligación de publicar en primer lugar en el Diario Oficial de la Unión Europea, en los procedimientos restringidos la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación en el apartado siguiente.

Luego, seleccionados los candidatos, conforme al artículo 164, el plazo general de presentación de proposiciones en los procedimientos restringidos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones, en función del alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no será inferior a 30 días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

El plazo general previsto en el párrafo anterior podrá reducirse en los siguientes casos:

- a) Si se hubiese enviado el anuncio de información previa, el plazo general podrá reducirse a diez días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado cumpliéndose los requisitos que establece la letra a) del apartado 3 del artículo 156.

- b) Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a diez días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.
 - c) Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en cinco días.
- Finalmente, respecto al procedimiento con negociación, conforme al artículo 66.1, la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos y, salvo que se dieran las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 168 (sin publicidad), los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación. Conforme al artículo 169.2, serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumpla con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

6. Una empresa está disconforme con los pliegos reguladores del procedimiento de licitación por no prever un acto público para la apertura de las ofertas económicas. Indique qué recurso(s) podría interponer y plazo para ello.

En primer lugar, debemos señalar que el artículo 157.4 de la LCSP, referido al procedimiento abierto, señala que «en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos». Este precepto, según los artículos 165 y 169, se aplicará también en caso de procedimiento restringido.

En segundo lugar, la aprobación de los pliegos del contrato, recogido en los artículos 121 y siguientes de la LCSP, tiene lugar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la referida LCSP, con anterioridad a la aprobación del expediente de contratación, al que se unirán aquellos. Y estos pliegos, obviamente, se publicarán en el perfil del contratante con independencia de otros medios de publicación, abriéndose el plazo para presentar el recurso contra los pliegos.

En tercer lugar, como el contrato está sujeto a regulación armonizada y, además, tiene un valor estimado superior a los 100.000 euros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1

a), el único recurso administrativo que cabe contra sus distintos actos y resoluciones es el recurso especial en materia de contratación recogido en ese precepto.

Si interpone el contencioso-administrativo, el plazo será de dos meses desde la publicación de los pliegos (art. 46.1 LJCA).

En virtud del artículo 50.1 el plazo para interponer el recurso es de 15 días hábiles, que se computará, según el artículo 50.1 b), cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. El cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

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.

Por tanto, ignoramos, porque el supuesto de hecho no lo especifica, si esa empresa había presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, en cuyo caso no se admitirá el recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.1 b), y también ignoramos si el recurso se interpuso en el plazo previsto en ese precepto, por lo que no sabemos si fue extemporáneo o no y, por lo tanto, si estamos en presencia de un acto consentido por la propia empresa, en cuyo caso, no podrá recurrirlo con posterioridad.

Si no estamos en presencia de las excepciones comentadas en el párrafo anterior, el recurso será admitido y estimado, puesto que, como hemos significado, la apertura de las ofertas económicas se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación se pueden emplear medios electrónicos, encontrándonos ante un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC).

Con posterioridad a este recurso, en el caso de que fuese desestimatorio, tan solo cabría plantear recurso contencioso-administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP. Determinar el órgano competente para conocer de este recurso contencioso-administrativo dependerá de quien haya actuado resolviendo el recurso especial en materia de contratación: el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si en la comunidad autónoma correspondiente existiera tribunal especial para resolver el

referido recurso, y la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, si lo hubiera resuelto el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales (art. 45 LCSP).

7. La empresa que obtuvo el primer puesto en la clasificación justifica su solvencia técnica aportando certificado vigente de clasificación en el grupo P, subgrupo 1, categoría 3. Indique si sería correcto admitirla. Si no fuera correcto, ¿qué consecuencias se producirían si se le hubiera adjudicado el contrato?

Es el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, en su artículo 37, el que se refiere a la clasificación de empresas contratistas de servicios.

El grupo P), subgrupo 1 se refiere a mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones eléctricas y electrónicas.

El artículo 38 de ese real decreto se refiere a las categorías de clasificación en los contratos de servicios según su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de este sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

Las categorías de los contratos de servicios serán las siguientes: - Categoría 3, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 300.000 euros e inferior a 600.000 euros.

Como en este caso el valor estimado del contrato es de 345.000 euros justificó su solvencia con arreglo a derecho.

Lo primero que debemos señalar es que, de acuerdo con el artículo 77.1 b), en este caso no era precisa la clasificación del contratista obligatoriamente, porque se trata de un contrato de servicios, sin embargo, esto no impide que pueda estar clasificado. Es más, el propio precepto señala que

En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002. En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la

invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos.

En el caso de estar clasificado, no es preciso acreditar la solvencia técnica a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 de la LCSP:

En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Si no fuera correcta la clasificación de la contratista y, por tanto, no pudiera esta sustituir a la solvencia, debería acreditarse la misma por los medios que establece el artículo 90 de la LCSP.

Los efectos que se producirían sobre la adjudicación del contrato a una empresa que no acreditó su solvencia y que su clasificación no era suficiente para la realización del contrato serían la nulidad absoluta de dicha adjudicación, a tenor de lo establecido en el artículo 39.2 a) de la LCSP. Esto debía provocar la revisión del acto administrativo de la adjudicación por el órgano de contratación, a tenor del artículo 41 de la LCSP, produciéndose los efectos previstos en el artículo 42, que son, en concreto:

- La declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.
- Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

8. Comente el ajuste a derecho del plazo de formalización del contrato y sus consecuencias jurídicas en caso de no serlo.

Este problema lo resuelve el artículo 153 de la LCSP que señala:

1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato.

2. [...]

3. Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes. [Este es el supuesto que nosotros contemplamos, puesto que el contrato estaba sujeto a regulación armonizada].

Por lo tanto, no es ajustado a derecho que se estableciera el plazo de 10 días desde la adjudicación para la formalización del contrato, pero, teniendo en cuenta el artículo 63 de la Ley 39/2015, LPAC, el defecto del tiempo, por sí mismo, no implica la invalidez del contrato, sino que ha de causar una indefensión efectiva y real en el interesado para que alcance la naturaleza del vicio de invalidez, porque imaginemos que el contratista no pone objeción a este plazo y acude a la formalización del mismo, pues no hay vicio alguno y será una irregularidad no invalidante.

Con respecto a las consecuencias jurídicas de esa irregularidad, dependerá. Al ser el plazo de 10 días que se fijó en el pliego no ajustado a derecho, en primer lugar, en tiempo y forma, se debió recurrir aquella cláusula, bien a través del recurso especial en materia de contratación, o bien, directamente, ante el juzgado de lo contencioso-administrativo. Si no lo hizo así, el acto es consentido y conforme, y como no es vicio de nulidad, al ser un defecto del plazo, ni se trató de cláusula oscura o no entendible, no cabe recurso posterior contra el acto de adjudicación, porque no es un supuesto que admita el recurso indirecto contra el pliego.

9. ¿Cuándo procedería la subrogación de trabajadores? En el caso de que procediese, ¿qué requisitos debe cumplir el órgano de contratación en la redacción de los pliegos de condiciones? ¿Qué consecuencias acarrearía si no se hace constar la posible subrogación?

La subrogación de trabajadores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, procedería cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales.

Por ello, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

Con respecto a los requisitos que debe cumplir el órgano de contratación en la relación de los pliegos de condiciones, a tenor del artículo 130.4, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.

Según el artículo 130.5, en el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.

Finalmente, teniendo en cuenta el artículo 130.6, asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre –se refiere a la sucesión de la empresa–, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.

Para acabar, hacemos referencias a algunas cuestiones interesantes a tener en cuenta, a tenor del Acuerdo 56/2017, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra:

1. La omisión en el PCAP de la información relativa al personal a subrogar constituye una vulneración de los principios rectores en materia de contratación pública, concretamente de los principios de transparencia y de igualdad de trato, no cabe

sino concluir que dicho defecto vicia el pliego objeto de impugnación de nulidad de pleno derecho.

2. El órgano de contratación de contratación debe responder de que la información facilitada por los licitadores sea toda la necesaria, pero ni puede ni debe asumir su veracidad, porque ello supondría trasladarle la responsabilidad que los licitadores tienen, conforme a su deber de diligencia, de contrastar la información que reciben para preparar sus ofertas. No obstante, en la reciente sentencia 91/2019 de 25 de abril del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Zaragoza, se reconoce el derecho a la indemnización del contratista por el ayuntamiento cuando por su actuación deficiente se han inducido los cálculos erróneos del licitador:

Se produce un enriquecimiento del Ayuntamiento de Tarazona, ya que EBONE licitó por debajo del coste, de tal forma que el Ayuntamiento no ha pagado realmente lo que cuesta el servicio, sino una cantidad muy inferior. No existe causa para este desplazamiento patrimonial, ya que esta cantidad no queda cubierta por el principio del riesgo y ventura del contrato, en la medida en que el desfase no se debe simplemente al riesgo que asume todo contratista de la Administración cuando concierne un contrato, sino que se trata de un desfase de costes de personal motivado por una información inadecuada, de la que objetivamente se ha visto beneficiado el Ayuntamiento de Tarazona, que, en última instancia, ha pagado por un Contrato de Servicios una cifra muy inferior a la que se deriva de los verdaderos costes del personal que EBONE hubo de subrogarse en aplicación del art. 120 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. En relación con la determinación del presupuesto del contrato, los convenios colectivos no vinculan a la Administración a estos efectos, si bien constituyen una fuente de conocimiento, aunque no la única, a efectos de determinar el valor de mercado.
4. La información que ha de facilitarse será toda la necesaria para hacer un cálculo correcto de los costes laborales que habrán de asumirse como consecuencia de la subrogación y para identificar los riesgos laborales que asume el adjudicatario y evaluar el coste de las eventualidades que con ocasión de los mismos puedan acaecer.
5. El impago es causa de resolución del contrato, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de lo establecido en los convenios colectivos en vigor durante la ejecución del contrato. Aunque la resolución del contrato se producirá normalmente por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en estos supuestos solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de acuerdo con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 % del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio (arts. 212 y 221 LCSP).

10. ¿Podría un concejal del equipo de Gobierno, con dedicación exclusiva, formar parte de la mesa de contratación y cobrar por la asistencia a cada sesión?

Según la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017,

la Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

Por lo tanto, en principio no hay problema alguno, cumpliéndose los requisitos que hemos vistos en la referida disposición adicional segunda, en que un concejal del equipo de gobierno pueda formar parte de la mesa de contratación.

El hecho de que tenga dedicación exclusiva supone, según el artículo 75.1, que percibirá retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando lo desempeñe con dedicación exclusiva, en cuyo caso será dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Según el artículo 75.3, solo los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el pleno de la misma.

Por tanto, no tenía derecho por la asistencia a la mesa de contratación en el caso de que fuese nombrado vocal de la misma por el órgano de contratación.

No hay que confundir lo anterior con lo dispuesto en el artículo 75.4, que señala que los miembros de las corporaciones locales percibirán indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

11. Ajuste a derecho del desistimiento acordado por la Administración.

El artículo 152 de la LCSP se refiere a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, señalando:

1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.
2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.
3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.
4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

El artículo 122.1 de la LCSP señala que:

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Y en sus apartados 5 y 6:

5. La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.
6. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, agencias y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa. Se regula por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Pero, salvo que el PCAP contenga estipulaciones contrarias al PCAG, no es preceptivo su informe.

Respecto a la ausencia del informe del secretario-interventor, pese a que lo solicitó el alcalde, el artículo 3.1 a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, señala que

la función de asesoramiento legal preceptivo comprende: a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

Con respecto a las consecuencias jurídicas de la omisión de este informe, señalar que los informes del secretario y del interventor son relevantes, constituyen una muy apreciable garantía jurídica y económica en las actuaciones municipales, por ello su omisión puede originar la invalidez del acuerdo municipal. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos. La resolución de la sala andaluza recuerda la sentencia del Supremo de 6 de marzo de 1989, que confirmó la nulidad de un acuerdo ante la falta del informe preceptivo del secretario. Pero hay que saber que tal asunto giraba sobre la modificación de una ordenanza municipal. Otros pronunciamientos judiciales, que también han invalidado acuerdos ante la omisión del capital informe del secretario, han versado sobre aprobación del planeamiento.

Los efectos de la existencia de vicios formales ha de ponderarse, porque una automática declaración de nulidad en todo caso resulta excesiva. Recordemos que la ley establece que para que los defectos formales consigan abatir la validez del acto administrativo, han debido impedir que alcance su fin o produzca indefensión. Cuando la Administración ha prescindido del procedimiento «total y absolutamente», entonces se sanciona con la declaración de nulidad radical. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido valorando la relevancia de algunos trámites indispensables y esenciales. Y, siguiendo esa línea jurisprudencial, se llega a la declaración de nulidad ante la omisión del informe preceptivo del secretario o del interventor.

Sin embargo, tal consideración ha de matizarse en algunas situaciones. Hay que preguntarse: ¿hubieran contenido distinta opinión jurídica los informes del secretario y del interventor? Porque sabemos que el Tribunal Supremo, al construir su doctrina sobre la causa de nulidad de la falta de otros informes preceptivos, como es el caso del trascendental informe del Consejo de Estado, ha rechazado, sin embargo, tal alternativa cuando «es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habría de ser la misma» (sentencia de 16 de julio de 2002).

En conclusión, los informes de secretario e interventores son trascendentes en los procedimientos administrativos. Nos ofrecen a los ciudadanos una importante garantía de seriedad jurídica. Pero su omisión no ha de generar en todo caso y siempre la nulidad del acuerdo. Los vicios han de alojarse en cada caso en el seno del procedimiento administrativo y analizados en su contexto.

En este caso concreto, en el que ya se adjudicó el contrato y se está procediendo a la ejecución del mismo, salvo que exista otro vicio de invalidez, no deben retrotraerse las actuaciones.

Por otra parte, el concepto jurídico del desistimiento contractual, entendido como el derecho o potestad de la que dispone una o ambas partes en un contrato para rescindirlo o dejarlo sin efecto de forma unilateral, adquiere diferentes connotaciones y especiales particularidades dentro de la esfera de la contratación pública. ¿Cuáles son? Vamos a verlas.

Por otro lado, si nos desplazamos a lo largo de los diferentes preceptos de la LCSP donde se hacen constar las diversas causas específicas de resolución de cada tipo de contrato, veremos que el único contrato en el que se prevé el desistimiento como causa concreta de resolución es el contrato de obras, punto d) del artículo 245 de la LCSP. Por consiguiente, el desistimiento sería una de las causas susceptibles de causar la resolución del contrato de obras por parte de la Administración. A tal efecto, en el artículo 246 de la LCSP se especifica que en caso de desistimiento, una vez iniciada la ejecución de las obras, el contratista tiene derecho, por todos los conceptos, al abono del 6 % del precio de adjudicación de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

De todas formas, existe otro tipo de desistimiento referido a la totalidad de los contratos administrativos, entendido como la posibilidad que tiene el órgano de contratación de desistir del procedimiento antes de la formalización del contrato (art. 152 LCSP). Para que resulte procedente este desistimiento es necesario que, en primer lugar, el acuerdo se produzca con anterioridad a la formalización del contrato-requisito, que aquí no se cumple, porque dice el relato de hechos que el mismo se produce el mismo día de la adjudicación y notificación de la misma; en segundo lugar, que se acredite que se ha producido una infracción de carácter no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de contratación –tampoco se cumple porque se puede añadir el informe que falta–, y por último, que se compense económicamente a los candidatos aptos para participar en la licitación o a los licitadores por los gastos en que hayan incurrido.

Los tribunales administrativos de recursos contractuales, doctrina y tribunales de justicia detentan criterios diferentes respecto a la interpretación de «infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación» sobre si debe venir referida a un vicio de anulabilidad (susceptibles de convalidación por parte de la Administración –arts. 48 y 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas; LPACAP–) o de nulidad de pleno derecho (no susceptibles de convalidación por parte de la Administración –art. 47 LPACAP–).

Por un lado, tanto el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo núm. 11/2014) como el de Andalucía (Resolución núm. 59/2015) han entendido que no se puede admitir el desistimiento si este no se refiere a vicios de nulidad de pleno derecho, puesto que solamente estos son insubsanables. Esta misma postura defiende el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) en la Resolución núm. 214/2020, de 17 de junio, donde se expone que

la doctrina sostiene que no es suficiente cualquier ilegalidad o defecto de tramitación, sino que las irregularidades deben de ser constitutivas de un vicio de nulidad de pleno derecho, que impidan continuar el procedimiento o que comporten una valoración de las ofertas contraria a los principios rectores de la contratación pública, y que consten debidamente motivadas (entre muchas otras, las resoluciones 108/2017, 70/2017 y 142/2015 de este tribunal, las resoluciones del TACRC n.º 118/2020, 451/2018, 427/2017; 27/2017 y 1004/2015).

Por otro lado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución núm. 263/2012 adoptó una postura menos tajante, donde consideraba que el desistimiento

es una alternativa de revisión de la actuación administrativa específica, en relación con los medios generales previstos en la Ley para la revisión de los actos administrativos como la declaración de lesividad prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Por este motivo, el TACRC inclina su postura a admitir también el desistimiento cuando la infracción de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación no sea reconducible a los supuestos de nulidad de pleno derecho y se trate de vicios de anulabilidad, siempre que, por su naturaleza, no admitan subsanación dentro del curso del expediente de licitación. Resulta preciso citar, en la misma línea, la Resolución del mismo TACRC núm. 664/2017, de 14 de julio, la STSJ de Asturias de 31 de enero de 2014 (Roj STSJ AS 147/2014), el Informe 15/2009, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía y el Dictamen de la Abogacía del Estado de 18 de febrero de 2016.

Finalmente, cabe recordar que es doctrina del TCCSP que el desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, debe cumplir con las finalidades que le son propias al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico y siempre se ha de basar en los principios de racionalidad y proporcionalidad (entre otros, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999, rec. de casación núm. 35/1993) y de 21 de septiembre de 2006 (rec. contencioso núm. 102/2004) y, en todo caso, debe ser apreciado de forma restrictiva (resolución del TCCSP núm. 214/2020, de 17 de junio).

Así pues, la conclusión que debe extraerse de todo lo expuesto es:

- Que el desistimiento como causa de resolución propiamente dicha se encuentra prevista en la LCSP única y exclusivamente para los contratos de obras, que deberá tener lugar antes o después del inicio de las mismas. Será necesario que se alegue la existencia de una justa causa y además corresponderá el abono de la procedente compensación económica al contratista.
- En cambio, en el desistimiento entendido como la decisión del órgano de contratación de finalizar el contrato antes de su formalización, es necesario que se haya producido una infracción no enmendable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En consecuencia, la diferencia sustancial de ambos tipos de desistimiento es que: en el primero, debe tener lugar una vez el contrato ya se ha adjudicado y formalizado (antes o después del inicio de las obras), y en el segundo, es necesario que suceda antes de su formalización. En suma, cada uno está previsto para momentos procedimentales distintos. En relación con las características comunes, encontramos, en primer lugar, que en ambos desistimientos no es posible que la Administración resuelva el contrato sin invocar causa alguna a tal efecto, sino que debe adoptarse el desistimiento por razones de interés público (en el contrato de obras) o por razón de la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o reguladoras del procedimiento de adjudicación (en el desistimiento genérico); y en segundo lugar, que los efectos en ambos serán idénticos, puesto que el contratista ya no estará obligado a seguir con la ejecución del contrato y se verá compensado económicamente por la Administración por los perjuicios causados a tal efecto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 7/1985 (LBRL), art. 75.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 43, 47, 48, 52 y 63.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 22, 24, 25.1, 27, 39, 41, 42, 45, 59, 66, 90, 101, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 130, 135, 136, 137, 138, 152, 153, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 216, 245, 308, 347, disp. adic. 2.^a, disp. adic. 15.^a, disp. adic. 16.^a y disp. adic. 17.^a
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas), art. 37.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 3.1.
- SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 1989, 16 de abril de 1999, de 16 de julio de 2002 y de 21 de septiembre de 2006.
- Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núms. 263/2012, 1004/2015, 27/2017, 427/2017, 118/2020 y 451/2018.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

45 CEF.-

Aniversario

Ahora



MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia