

# CEF Legal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 250 | Noviembre 2021

ISSN: 2697-1631

### La identificación del socio en la junta virtual

Ignacio Pérez-Aguirre Porras

### El derecho concursal de emergencia

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz

### La infracción de desobediencia de la LOPSC (en tiempos de pandemia)

Carmen Martín Fernández

### Regulación de las redes eléctricas inteligentes

Ignacio Zamora Santa Brígida



# Descubre nuestras novedades editoriales del área jurídica

## Mediación civil y mercantil



*Concepción Escudero  
Herrera,  
Esther Monterroso  
Casado (coords.)*

978-84-454-4209-8

2021 (3.ª ed.)

424 págs.

42,50 € (papel)

La obra conjuga tanto la teoría como la práctica de la mediación, al contar en su elaboración con docentes, investigadores, psicólogos, abogados y mediadores de reconocido prestigio, ofreciendo al lector una visión completa de su regulación general, del papel que desempeña el mediador, de su formación y responsabilidad, así como de las técnicas de comunicación y gestión de las emociones en un procedimiento de mediación. Se ha concebido para acercar la institución de la mediación a los profesionales, convirtiéndose en una herramienta necesaria para quienes quieran conocerla, capacitarse o ejercer como mediadores.

## Legislación básica mercantil. Normativa 2021



*Gabinete Jurídico del CEF*

978-84-454-4265-4

2021 (1.ª ed.)

512 págs.

35,50 € (papel)

La presente publicación contiene los siguientes textos legales básicos del ordenamiento jurídico mercantil: Código de Comercio. Reglamento del Registro Mercantil. Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley Cambiaria y del Cheque. Ley Concursal.

La edición se completa con una exhaustiva colección de notas que permiten un análisis en profundidad de esta normativa para el estudioso del derecho. Al final de la obra se ha incluido un extenso índice analítico.

## Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del abogado



*Paloma Villarreal Suárez  
de Cspedes,  
Esther Monterroso  
Casado*

978-84-454-4275-3

2021 (2.ª ed.)

520 págs.

39,50 € (papel)

Este manual está destinado a facilitar el estudio a aquellos licenciados o graduados en Derecho que quieren ejercer la abogacía y necesitan obtener el título de Máster en Práctica de la Abogacía, imprescindible, a su vez, para acceder a la prueba de aptitud del Ministerio de Justicia que otorga el título habilitante necesario para la colegiación. Es decir, los potenciales lectores de este manual cuentan con los conocimientos jurídicos adquiridos durante los años de la carrera de Derecho, que no es propiamente una carrera orientada al ejercicio de la profesión de abogado y, por lo tanto, no es una carrera que proporcione conocimientos específicos sobre la abogacía.

# Revista CEFLegal

Núm. 250 | Noviembre 2021

## Directora editorial

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

## Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

## Consejo asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

## Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • [editorial@cef.es](mailto:editorial@cef.es)



# Revista CEFLegal

## Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: [info@cef.es](mailto:info@cef.es)

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)

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

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239



## Imprime

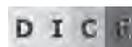
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

# Revista CEFLegal

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

## Sumario

### Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

#### Civil-mercantil

- La identificación del socio en la junta virtual 5-38  
*The identification of the shareholders in the annual meeting hold virtually*  
**Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021**  
Ignacio Pérez-Aguirre Porras
- El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial 39-72  
*Emergency insolvency law: legislative measures and judicial best practices*  
**Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021**  
Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
- Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021) 73-79  
José Ignacio Esquivias Jaramillo
- Modificación de la capacidad de las personas con la Ley 8/2021 (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021) 80-86  
Casto Páramo de Santiago

#### Constitucional-administrativo

- La infracción de desobediencia de la Ley de seguridad ciudadana. Algunos problemas surgidos durante la pandemia de la covid-19 87-126  
*The disobedience offense of the citizen security law. Some problems arising during the covid-19 pandemic*  
**Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021**  
Carmen Martín Fernández

La regulación de las redes eléctricas inteligentes como piedra angular de la transición energética	127-162
<i>Regulation of smart grids as a key element of the energy transition</i>	
<b>Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021</b>	
Ignacio Zamora Santa Brígida	

## Casos prácticos

### Civil

El SOV y sus efectos ante un siniestro sin lesiones ni secuelas	163-167
Adelaida Medrano Aranguren	

### Administrativo

Expropiación forzosa y contrato administrativo de obras municipal	168-200
Julio Galán Cáceres	

<b>Premio Estudios Financieros 2021 y Acto de graduación de CEF.- UDIMA 2019-2020 y 2020-2021</b>	201-214
---	---------

Normas de publicación	215-216
-----------------------	---------

*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>



# La identificación del socio en la junta virtual

**Ignacio Pérez-Aguirre Porras**

*Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Zaragoza  
Estudiante del máster en Tributación en la Universidad Carlos III de Madrid*  
[ignacioperezaguirre@hotmail.com](mailto:ignacioperezaguirre@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-8928-2002>

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

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

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

## Extracto

Durante el año 2020 y el vigente 2021, las restricciones de movilidad a causa de la pandemia de la covid-19 han provocado paralizaciones en la circulación de personas a escala mundial. Sin embargo, las reuniones de los socios no podían detener su actividad y, por tanto, las sociedades se han reinventado celebrando la junta virtualmente. El legislador, consciente de la nueva realidad societaria, ha promulgado la Ley 5/2021, modificando e incluyendo preceptos sobre la junta virtual para dar coherencia al sistema regulatorio. En este trabajo estudiaremos los problemas de identificación que han surgido en las juntas generales a lo largo del 2020, determinaremos con claridad los aspectos relevantes del régimen jurídico aplicable, analizaremos el régimen vigente y realizaremos una propuesta de futuro, tanto legislativa como tecnológica, para una mejor identificación del socio o su representante en las juntas virtuales.

**Palabras clave:** sociedades; junta virtual; identificación del socio; junta híbrida; junta íntegramente virtual; medios telemáticos.

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

**Cómo citar:** Pérez-Aguirre Porras, I. (2021). La identificación del socio en la junta virtual. *Revista CEFLegal*, 250, 5-38.



# The identification of the shareholders in the annual meeting hold virtually

Ignacio Pérez-Aguirre Porras

## Abstract

During the year 2020 and the current 2021, the pandemic caused by the COVID-19 has caused restrictions of mobility of individuals on a global scale. Nevertheless, shareholder's annual meeting could not stop their activity and, thus, corporations celebrated their shareholders meeting virtually. The legislator aware of the new reality has promulgated the Law 5/2021 to make a coherence regulatory system. In this work we will study the identification problems in the general annual meetings during the 2020, we will determine the relevant aspects of applicable legal regime, we will analyze the current legislation and we will make a future proposal, both legislative and technologic, to enhance shareholders and proxies identification in the annual shareholders meeting.

**Keywords:** corporations; virtual annual meeting; shareholders identification; hybrid meeting; virtual only meeting; means of remote communication.

**Citation:** Pérez-Aguirre Porras, I. (2021). La identificación del socio en la junta virtual. *Revista CEFLegal*, 250, 5-38.





## Sumario

1. Concepto y evolución de la junta virtual en la regulación mercantil
    - 1.1. Concepto y utilidad de la junta virtual
    - 1.2. Problemas generales que plantea la celebración de la junta virtual
    - 1.3. Avances en la regulación de la junta virtual
      - 1.3.1. Regulación en el derecho de la UE
      - 1.3.2. Modelos de regulación en derecho comparado
      - 1.3.3. La junta virtual en el derecho de sociedades español
  2. La identificación del socio en la junta virtual
    - 2.1. La asistencia del socio y del representante a la junta y su necesaria identificación. Consideraciones generales
    - 2.2. Problemas específicos que plantea la identificación del socio o de su representante en la junta virtual
  3. Soluciones adoptadas en la práctica para la identificación del socio en las juntas virtuales celebradas ante las restricciones de movilidad provocadas por la pandemia de la covid-19
    - 3.1. Introducción
    - 3.2. Soluciones implementadas en sociedades cotizadas
    - 3.3. Soluciones implementadas en las sociedades no cotizadas
  4. La identificación del socio en la junta virtual tras la Ley 5/2021
  5. Propuesta de futuro para la mejora de la identificación del socio o su representante en la junta virtual
    - 5.1. La insuficiencia de las reformas en materia de identificación del socio y su representante tras la reforma de la LSC de 2021. Propuestas de mejora
    - 5.2. La tecnología como herramienta para resolver el problema de identificación del socio en la junta virtual
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Concepto y evolución de la junta virtual en la regulación mercantil

### 1.1. Concepto y utilidad de la junta virtual

Se entiende por junta virtual la celebración telemática<sup>1</sup>, en tiempo real y con carácter bidireccional<sup>2</sup>, de la reunión de los socios o accionistas de una sociedad. Puede ser íntegramente virtual o híbrida<sup>3</sup>, esto es, es posible que la participación de los socios sea enteramente telemática, o bien que se permita tanto la participación desde el concreto lugar fijado en la convocatoria como la participación virtual, eligiendo cada uno de los socios la forma en que prefiere ejercer sus derechos de asistencia y voto.

El recurso a la junta virtual ha resultado controvertido y es relativamente reciente<sup>4</sup>. El creciente desarrollo y la aplicación práctica de las nuevas tecnologías de la comunicación en el ámbito societario, acelerado drásticamente por la pandemia causada por la covid-19, también ha incidido en el debate jurídico sobre la implantación definitiva de las juntas virtuales o, al menos, híbridas. La doctrina mercantilista ha visto con buenos ojos las sinergias que se pueden derivar de la introducción de medios electrónicos en la gestión y desarrollo de la junta general de socios. Así, algunos autores destacan el impacto del uso de estas tecnologías en la reactivación de la junta en las sociedades abiertas, pues se facilita la participación

<sup>1</sup> Es «telemática» aquella junta que se celebra a través de medios de comunicación a distancia y con apoyo de medios informáticos que permiten al socio participar en la adopción de acuerdos desde un lugar distinto al de su celebración. En la literatura jurídica encontramos términos similares, tales como «virtual», «online», «remota» y «a distancia», aunque no todos ellos son sinónimos. Así, encontramos el concepto de «conferencia múltiple», que es una modalidad de junta remota o a distancia, pero no telemática, en los reales decretos promulgados a causa de la covid-19 (véase art. 40.1 RDL 8/2020).

<sup>2</sup> Entendemos como «bidireccional» la comunicación bilateral o plurilateral entre los socios y los administradores en la junta virtual. Esta exigencia de bidireccionalidad aparece, por primera vez, en la legislación europea con la Directiva 2007/36/CE.

<sup>3</sup> Sobre esta distinción, véase Gállego Lanau (2019, RR-6-10). Destacar que el modelo híbrido es el que se consagra en el artículo 182 de la LSC para las sociedades anónimas.

<sup>4</sup> El estado de Delaware fue pionero en la introducción de la junta absolutamente virtual, sin necesidad de asistencia física (*Delaware Code*, Title 8, § 211 a). En Europa, fue la sociedad Jimmy Choo Plc. en Reino Unido la primera sociedad cotizada en celebrar su junta íntegramente virtual en 2016, al amparo del párrafo 360 A de la *Companies Act* de 2006.

del socio, pudiendo contribuir a reducir su tradicional absentismo<sup>5</sup>. Otros autores resaltan la reducción de los costes de desplazamiento del socio o accionista como ventaja más relevante en las sociedades cerradas (Recalde Castells, 2007, p. 8). En definitiva, se facilita la asistencia y participación del socio en la junta de cualquier sociedad, lo que, sin duda, redundará en una mejor alineación de los intereses de los administradores con los de los socios, pues estos ejercerán un control más estrecho sobre aquellos y, por tanto, pueden contribuir a que se gestione con una visión empresarial a largo plazo. El incremento de la participación, tanto de accionistas mayoritarios como de minoritarios, da como resultado un mayor control accionarial sobre los administradores (Leach Ros y Pérez Pueyo, 2019, pp. 255 y 266)<sup>6</sup>. La covid-19, como veremos más adelante, ha galvanizado el proceso de digitalización de las juntas generales, planteando retos apasionantes en el derecho de sociedades.

## 1.2. Problemas generales que plantea la celebración de la junta virtual

La utilidad de la junta virtual tiene que ser enfrentada con los problemas que la rodean. De esta manera, podremos tener una visión global de la realidad en las sociedades que deciden acogerse a este formato de junta y valorar si los beneficios que reporta la celebración telemática son mayores que los de la junta tradicional, íntegramente presencial (Gállego Lanau, 2019, RR-6.11).

Como primer óbice a este tipo de juntas, cabe reseñar que la brecha digital causada por las nuevas tecnologías limita las posibilidades de asistencia virtual para los socios que, o bien no tienen acceso a internet, o bien carecen de los conocimientos y las habilidades necesarias para manejar herramientas y aplicaciones informáticas o telemáticas que permiten la conexión a la junta (Alcalá Díaz, 2020, p. 4)<sup>7</sup>.

Además, en estas juntas totalmente virtuales, hay derechos del socio como el de asistencia, participación o voto que pueden verse menoscabados a causa del empleo de medios de comunicación a distancia<sup>8</sup>. Esto es así porque la redacción del artículo 182 de la LSC señala que los administradores tienen total libertad para determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la cons-

<sup>5</sup> Así, Estevan de Quesada (2008, p. 87) o Fernández Torres (2009, p. 255).

<sup>6</sup> Véase también Gállego Lanau (2019, RR-6.7).

<sup>7</sup> Ahora bien, la introducción de internet en el hogar irá irremediabilmente ligada a la reducción de la brecha digital. Esto es así porque el acceso a internet en el hogar está directamente correlacionado con el uso de nuevas tecnologías. Véase un estudio del INE en el que se señala que el 95,3 % de los hogares tiene conexión de banda ancha (Instituto Nacional de Estadística, *Equipamiento y uso de TIC en los hogares Año 2020*, 16 de noviembre 2020. <[https://www.ine.es/prensa/tich\\_2020.pdf](https://www.ine.es/prensa/tich_2020.pdf)>).

<sup>8</sup> En este sentido, véase Gállego Lanau (2020, pp. 5-6). En el mismo sentido, Morales Barceló (2020, pp. 3-4), Alcalá Díaz (2020, pp. 3-4) y Muñoz Paredes (2006, p. 5).

titución de la junta virtual. Con el objetivo de salvaguardar el correcto funcionamiento de la junta virtual, los administradores pueden llegar a suprimir las intervenciones y propuestas de acuerdos durante la celebración de la junta virtual, justificando que la remisión con anterioridad de las preguntas y propuestas de acuerdo salvaguarda el derecho de participación<sup>9</sup>. Además, la doctrina considera que menoscaba el principio de igualdad de trato<sup>10</sup>, al diferenciar entre los socios que acuden de manera presencial y pueden intervenir y los que acuden de manera telemática y se les veta el uso de la palabra<sup>11</sup> en el supuesto de junta híbrida. La nueva redacción de la LSC solventa este problema, al obligar a la sociedad a que los socios puedan efectivamente participar en el desarrollo de la junta, ya que expresamente se exige que «todos los asistentes puedan participar efectivamente en la reunión» (art. 182 bis.3 LSC).

Por otro lado, y este obstáculo es predicable tanto de las sociedades abiertas como de las cerradas, existe el temor fundado de una posible caída del sistema mientras se está celebrando la junta virtual por un corte de electricidad, un fallo de los sistemas o aplicaciones informáticas o incluso un hackeo (Gállego Lanau, 2019, RR-6.10)<sup>12</sup>. Las sociedades abiertas y cerradas, conscientes de estos problemas, han intentado resolverlos mediante la inclusión de cláusulas estatutarias en las que se prevé la exoneración de la eventual responsabilidad derivada de posibles «averías, sobrecargas, caídas de líneas, fallos en la conexión o cualquier otra eventualidad de igual o similar índole, ajenas a la voluntad de la Sociedad»<sup>13</sup>.

Otro problema, si bien este atribuible solo a las sociedades abiertas<sup>14</sup>, es la necesaria garantía de la seguridad en las comunicaciones durante la junta virtual para evitar in-

<sup>9</sup> Véase como en el minuto 29:16 de la retransmisión en diferido de la junta general de Iberdrola, SA con fecha 2 de abril de 2020 se contesta a las preguntas formuladas en los términos del artículo 182 de la LSC, esto es, las preguntas formuladas con anterioridad, pero no se permite participar telemáticamente por ningún medio. <<https://streamstudio.world-television.com/CCUlV3/frameset.aspx?ticket=25-36-23770&target=es-default-&status=ondemand&browser=ns-0-1-0-0-0&stream=html5-video-1000>>.

<sup>10</sup> El artículo 97 de la LSC, relativo a la igualdad de trato, prevé que «la sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas».

<sup>11</sup> Estos problemas se extenderían por igual al derecho de información (arts. 196 y 197 LSC). Si el derecho se ejercita de forma verbal durante la celebración de la junta, los administradores tienen que dar esa información en la misma junta. Hay una salvedad para las sociedades anónimas, ya que si no se puede satisfacer en ese momento se les permite remitir la respuesta a esa solicitud de información a los siete días posteriores a la celebración de la junta.

<sup>12</sup> Por su parte, Muñoz Paredes (2005, pp. 210-226) diferencia los fallos que se pueden imputar al socio, al proveedor del servicio y a la infraestructura de la sociedad.

<sup>13</sup> Es frecuente encontrar una cláusula de este tipo en los estatutos de sociedades cotizadas. Un buen ejemplo lo encontramos en el artículo 11 bis.6 «Asistencia telemática» del Reglamento de junta general de Endesa, SA, en la versión inscrita en el Registro Mercantil con fecha 28 de mayo 2020. También recurren a esta solución las sociedades cerradas, y así, véase, a modo de ejemplo, el acuerdo n.º 9, punto iv de la convocatoria de junta de Newco Holding Optics, SL, 28 de octubre de 2020 (BORME de 30 de septiembre de 2020).

<sup>14</sup> Esta cuestión es problemática para las sociedades abiertas, porque recurren a programas y medios informáticos para recabar los votos de sus socios y proceden automáticamente a determinar el resultado

tromisiones ilícitas. El legislador español, acogiendo la normativa europea, hace especial hincapié en la verificación de la «seguridad de las comunicaciones» (art. 521.1 LSC en relación con el art. 8.2 Directiva 2007/36/CE y art. 10 Reglamento (UE) 2018/1212/CE). Esta precaución se exige para las sociedades que permiten el empleo de medios de comunicación a distancia para la emisión del voto, tanto en supuestos de votación preemitida (p. ej. mediante voto por correo) como simultánea (p. ej. en la propia junta virtual). El fin último de esta previsión es garantizar la integridad del sistema de voto y que lo votado por el accionista coincida con el resultado del escrutinio de la «urna electrónica» de la junta general (Leach Ros y Pérez Pueyo, 2019, p. 281), evitando, de esta manera, la impugnación y nulidad de lo acordado.

Por último, al legislador también le preocupa «garantizar la identidad del socio» (art. 521.1 LSC y art. 182 LSC en relación con el art. 8.2 Directiva 2007/36/CE). Señalar que la reciente reforma de la LSC al regular, en el nuevo art. 182 bis, la junta íntegramente virtual, también exige que se garantice la identidad del socio como requisito fundamental (art. 182 bis LSC). Este problema, por ser objeto de este trabajo, lo analizaremos prolijamente más adelante.

## 1.3. Avances en la regulación de la junta virtual

### 1.3.1. Regulación en el derecho de la UE

La Directiva 2007/36/CE, ya en su redacción inicial, abrió el camino a la participación de los socios y accionistas a través de medios electrónicos en Europa. Uno de los grandes hitos que perseguía era el control efectivo de la junta general por parte de los accionistas. En línea con tal objetivo, introdujo la comunicación bidireccional en tiempo real y por medios de comunicación a distancia como mecanismo de participación que debía ser permitido por la legislación de los Estados miembros, siempre que se garantizase la identidad de los accionistas y la seguridad de las comunicaciones (art. 8.2 Directiva 2007/36). Sin embargo, la Directiva 2007/36/CE nada decía sobre el modo en que había de desarrollarse la junta virtual, ni tampoco estableció requisitos mínimos en cuanto a la identificación del socio o de su representante.

Diez años más tarde, la Directiva 2017/828/CE<sup>15</sup> modificó la Directiva 2007/36/CE e hizo hincapié en la importancia de la identificación del accionista cuando se empleasen medios

---

de la votación de los acuerdos. Este problema no es extensible para las sociedades cerradas ya que, como veremos, suelen recurrir a la votación de viva voz a través de plataformas que lo permiten, pues no suelen contar con un número elevado de socios.

<sup>15</sup> Directiva 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (DOUE n.º L 132/25 de 12 de julio de 2007).

de comunicación a distancia (considerando n.º 4)<sup>16</sup>. En esta línea, adicionó el capítulo I bis y modificó el artículo 2. En este precepto se establecen los requisitos mínimos para la identificación del accionista. Si es persona física, se requiere su nombre y apellidos y los datos del contacto (incluyendo el correo electrónico siempre que disponga de una dirección) y, si es persona jurídica, se requiere el número de registro y, si no se dispone, habrá que proporcionarle el identificador único. Además, se debe determinar el número de acciones de las que es titular el accionista y, potestativamente, la clase o categoría de acciones que posee, si hubiera varias distintas. En desarrollo de estas normas, se ha promulgado el Reglamento de ejecución (UE) 2018/1212/CE, que fija los requisitos mínimos que se le exigen al intermediario custodio de los datos del accionista e invita a los participantes en el mercado a seguir avanzando en la autorregulación. Pese a los avances de los últimos años en la regulación europea, todavía se echa en falta una concreción de los medios a utilizar en la identificación efectiva del accionista.

### 1.3.2. Modelos de regulación en derecho comparado

Antes de continuar con nuestro estudio conviene conocer en qué punto de evolución se encuentra nuestra normativa en relación con los países de nuestro entorno. Por ello se ha realizado un estudio comparado en cuanto a los avances en la regulación de la junta virtual. Hemos detectado que existen tres modelos regulatorios claramente diferenciados.

En un primer bloque podemos situar a Italia<sup>17</sup> y Alemania<sup>18</sup>. Estos países se caracterizan por regular únicamente el derecho de toda sociedad anónima a la celebración de una junta virtual con previa habilitación estatutaria.

<sup>16</sup> «Las acciones de sociedades cotizadas se tienen con frecuencia a través de complejas cadenas de intermediarios que dificultan el ejercicio de los derechos de los accionistas y que pueden suponer un obstáculo para la implicación de estos. Con frecuencia, las sociedades no son capaces de identificar a sus accionistas. La identificación de los accionistas constituye un requisito previo para la comunicación directa entre el accionista y la sociedad y es por tanto fundamental para facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas y su implicación como tales». La problemática que generan las complejas cadenas de intermediarios la abordaremos más adelante.

<sup>17</sup> *Codice Civile da cui è approvato il regio Decreto n.º 262/1942 di 16 marzo (Gazzeta Ufficiale, n.º 79, 04/04/1942)* modificado en relación con la regulación de la junta virtual por el *Decreto n.º 58/1998, di 24 febbraio (Gazzeta Ufficiale, n.º 385, 1/7/1998)* (art. 4, párrafo 4). No obstante, el Consejo Notarial del Milán en los años 2001 y 2004 ya permitía la participación por medios electrónicos a sociedades limitadas (Rodríguez Artigas, 2013, p. 7). Señalar que Italia tiene una regulación de la junta virtual muy deficiente. En el *Codice Civile* ni siquiera aparece la mención a la necesaria seguridad en las comunicaciones, ni se exige expresamente garantizar la debida identidad de los accionistas.

<sup>18</sup> *AktienGesetz § 118 genehmigt durch Gesetz vom 6. September 1965 (BGBl, n.º 48, 11/09/1965)* (1) «Como en el caso de Italia, no han faltado autores que admiten tanto la participación a distancia como la junta virtual en las sociedades limitadas, siempre que así se establezca en los estatutos y que se asegure la igualdad de posibilidades de participación» (traducción de Rodríguez Artigas, 2013, p. 8).

En segundo lugar, encontramos a Portugal<sup>19</sup>, cuya normativa societaria permite las juntas virtuales, no solo en la sociedad anónima, sino en cualquier otra sociedad de capital. El artículo 248 de su *Código das sociedades comerciais* extiende las previsiones de la sociedad anónima en aquello que no esté regulado a la sociedad limitada. De esta manera, queda amparada la celebración virtual de la junta en las sociedades limitadas.

El tercer conglomerado y más avanzado está formado por Bélgica<sup>20</sup> y Francia<sup>21</sup>. Ambos países permiten la participación en la junta por medios telemáticos, tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas. Además, hay una expresa mención a que se les reputará como presentes a los accionistas que participen a distancia. Y lo que es más importante, existe el expreso deber de la sociedad de permitir participar en las deliberaciones y ejercer el derecho a hacer preguntas.

Con anterioridad a la reciente reforma de la LSC de abril de 2021, España se situaba en el primer conglomerado al no habilitar expresamente a las sociedades limitadas para la celebración telemática de la junta y no garantizar la efectiva participación del socio en la junta. Como veremos más adelante, con la reforma de la LSC pasamos a tener una regulación más avanzada y nos equiparamos a Bélgica y Francia al garantizar la efectiva participación del socio en la junta virtual y permitir la celebración virtual a las sociedades limitadas.

### 1.3.3. La junta virtual en el derecho de sociedades español

Hasta la reforma de la LSC por la Ley 5/2021, la asistencia telemática a la junta podía considerarse admisible al amparo del artículo 182 de la LSC, aunque siempre existió un amplio debate en la doctrina mercantilista en torno a la admisibilidad de la junta totalmente virtual. Algunos autores consideraban que solo eran posibles las juntas híbridas en las

<sup>19</sup> *Código das sociedades comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/1986, de 2 de Setembro (Diário da República n.º 201, 02/09/1986) modificado por Decreto Lei n.º 280/1987, de 8 de Julho (Diário da República n.º 280, 31/08/1987) (artigo 248) y modificado por el Decreto Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (Diário da República n.º 63, 29/03/2006) (artigo 377).*

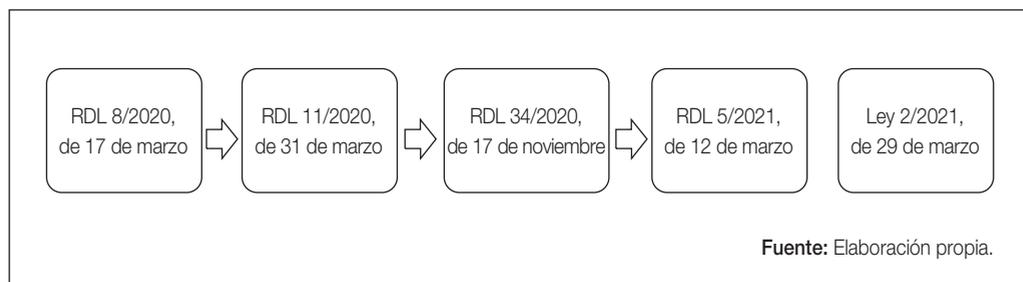
<sup>20</sup> *Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses introduisait par la Loi n.º 23/2019 du 23 mars 2019, (Moniteur Belge 04/04/2019) (art. 5:89, société à responsabilité limitée art. 7:137 société anonyme). «Le moyen de communication électronique doit en outre permettre aux titulaires de titres visés à l'alinéa 1er de participer aux délibérations et de poser des questions».*

<sup>21</sup> Véase el art. L. 223-27 del *Code de Commerce*. El precepto se completa con lo dispuesto en el artículo R223-20-1, creado por el *Décret n.º 2009/234, du 25 de février (Journal Officiel n.º 49, 27/02/2009)* «Afin de garantir, en vue de l'application du troisième alinéa de l'article L. 223-27, l'identification et la participation effective à l'assemblée des associés y participant par des moyens de visioconférence ou de télécommunication ces moyens transmettent au moins la voix des participants et satisfont à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations» (el resalta-do es nuestro). En la legislación francesa no cabe duda de que el debate queda garantizado, porque el mínimo aceptable en la deliberación de la junta virtual es la voz.

que, al menos parte de los socios, estuviesen presentes, pues era necesario un lugar físico para la celebración de la junta. Argüían que ese lugar no podía ser otro que el indicado en la convocatoria y tenía que respetar las prescripciones legales y estatutarias (Recalde Castells, 2007, p. 29 o Vañó Vañó, 2008, p. 31)<sup>22</sup>. Sin embargo, otros autores en defensa de la junta íntegramente virtual, ya sostenían la equiparación entre lugar físico y virtual, esto es, realizaban una interpretación del artículo 175 de la LSC en el que tendría cabida la celebración en un lugar virtual, sustentado en una página web o espacio virtual, llegando incluso a equiparar la celebración virtual con la celebración en el domicilio social (Gállego Lanau, 2020, pp. 8-9). Sin embargo, este problema se soluciona con la reforma de la LSC, que introduce un nuevo artículo 182 bis bajo la rúbrica «junta exclusivamente telemática», y se permite una junta totalmente virtual «sin asistencia física de los socios o representante».

Inicialmente, el artículo 182 de la LSC sobre la asistencia telemática en las juntas solo era de aplicación, según su tenor literal, a las sociedades anónimas. Sin embargo, destacamos que la DGRN ya consideró aplicable a las sociedades limitadas esta modalidad de asistencia<sup>23</sup>. Finalmente, tras la reciente reforma de la LSC este criterio se ha materializado en el texto legal, al eliminar del artículo 182 de la LSC la referencia a las «sociedades anónimas». Además, el apartado 7 del nuevo artículo 182 bis de la LSC que regula las juntas exclusivamente telemáticas también prevé expresamente su aplicación tanto a sociedades anónimas como a sociedades limitadas.

La pandemia provocada por la covid-19 dificultó el desarrollo de las juntas presenciales, por lo que el Gobierno, a través de sucesivos (y no siempre claros) reales decretos-ley ha ido adaptando una normativa excepcional que ha permitido la celebración de juntas virtuales. Un esquema simple de la normativa que se ha ido sucediendo en esta materia sería el siguiente:



<sup>22</sup> Ahora bien, el RDL 8/2020 y el RDL 34/2020, temporalmente, crearon la ficción legal de que la junta remota se considera celebrada en el domicilio social con independencia de dónde se halle el presidente de la junta. Esta ficción legal ha sido incluida en la reforma de la LSC en el artículo 182 bis.6 de la LSC y, por tanto, la junta exclusivamente telemática se considerará celebrada en el domicilio social.

<sup>23</sup> Así la RDGRN n.º 727/2013, de 19 de diciembre de 2012 (BOE de 25 de enero de 2013) o RDGRN n.º 116/2017, de 25 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo de 2017).

En los albores de la pandemia se introdujo el RDL 8/2020 que, excepcionalmente, permitía la celebración de sesiones virtuales de los «órganos de administración y gobierno» de las sociedades de capital y otros entes, aunque no estuviera contemplada en los estatutos, suscitando la duda de si eran posibles juntas virtuales<sup>24</sup>. Escasos días después apareció el RDL 11/2020, que venía a corregir las incertidumbres que generó el RDL 8/2020 y, en especial, a confirmar la posibilidad de celebración de las juntas virtuales. Más adelante, se promulgó el RDL 34/2020, que señalaba que tanto las sociedades anónimas como las sociedades limitadas durante el año 2021 y sin necesidad de previsión estatutaria podrían celebrar juntas virtuales<sup>25</sup>. Posteriormente, el RDL 5/2021 modificó la letra a) del apartado 1 del artículo 3 del RDL 34/2020, haciendo especial énfasis en garantizar la participación e identificación del socio en la celebración de la junta virtual. Por último, nos encontramos con la kafkiana redacción de la disposición final cuarta de la Ley 2/2021, de 29 de marzo<sup>26</sup>, que modifica la regulación del RDL 8/2020, para supuestamente incluir en él (aunque no se indica dónde) la regulación que ya estaba incluida en el RDL 34/2020, según había sido modificado por el RDL 5/2021. Simplemente reseñar que este último texto legal no añade ninguna norma relevante en cuanto a la celebración de la junta virtual ni en materia de identificación del socio. Con la introducción de esta Ley 2/2021 nos cuestionamos que, pese a la posible retroactividad de la norma, esta no afecta a la validez de los acuerdos celebrados virtualmente en las juntas de 2020 y 2021, porque ningún cuerpo normativo lo prohibía<sup>27</sup>. En todo caso, podemos intuir que la finalidad de legislador ha sido dar un repaso a la etérea materia que regula la junta virtual, y lo único que ha conseguido es causar mayor confusión legislativa.

Por último, señalar que la reforma de la LSC por la Ley 5/2021 ha modificado algún precepto en relación con la junta virtual (art. 182 LSC, art. 521.3 LSC), ha regulado la junta exclusivamente telemática (art. 182 bis LSC) y ha introducido una serie de preceptos que dan coherencia a la identificación del socio (art. 497 bis, art. 520 ter, art. 522 bis y art 524 bis LSC).

<sup>24</sup> Pese a que la redacción del artículo 40.1 de la RDL 8/2020 habilitó únicamente al órgano de administración a la celebración virtual de las reuniones, distintos autores señalan que la *voluntas legis* incluía tanto al órgano de administración como al órgano de gobierno y, por tanto, la reunión virtual también era extensible a la junta de socios. Véase Díaz Moreno (2020).

<sup>25</sup> Así lo señala el artículo 3.1 b) del RDL 34/2020. Previo a este RDL, un sector de la doctrina sostenía que era necesaria la admisión mediante cláusula estatutaria expresa de la junta virtual en las sociedades limitadas para que pudiese celebrarse. Véase Rodríguez Artigas (2013, p. 6).

<sup>26</sup> Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 30 de marzo de 2021).

<sup>27</sup> Además, sobre esta desacertada redacción señalamos que en el apartado tercero de la disposición adicional cuarta no se sabe qué precepto se está modificando. También reseñar que el RDL 8/2020 tenía una vigencia limitada, por ello nos cuestionamos el sentido de una ley redactada en 2021 y con normas aplicables solo durante 2021, que modifica un RDL de 2020 que agotó su vigencia a 31 de diciembre de 2020 (art. 40.1 RDL 8/2020).

## 2. La identificación del socio en la junta virtual

### 2.1. La asistencia del socio y del representante a la junta y su necesaria identificación. Consideraciones generales

En la sociedad limitada, todos los socios pueden asistir a la junta sin que se pueda exigir la titularidad de un número mínimo de participaciones (art. 179.1 LSC). Sin embargo, en la sociedad anónima se puede exigir un número mínimo de acciones para poder asistir a la junta, aunque nunca superior al 1 por mil del capital social (art. 179.2 y 3 LSC). En cuanto a la asistencia por medio de representante, en las sociedades limitadas, la LSC admite tal posibilidad, pero, en principio, limita las personas a quienes se puede nombrar representante, si bien permite que los estatutos amplíen el elenco de potenciales representantes (art. 183.1 LSC). Además, hemos de señalar que la representación tiene una doble vertiente: desde el punto de vista material, ha de comprender la totalidad de las participaciones del socio representado (art. 183.3 LSC) y, desde el punto de vista formal, ha de conferirse por escrito y, si no consta en documento público, ser especial para cada junta (art. 183.2 LSC). Sin embargo, la LSC admite la posibilidad de representación en las sociedades anónimas sin necesidad de que el representante sea accionista, salvo que los estatutos lo exijan expresamente (art. 184.1 LSC). La representación deberá conferirse por escrito o por cualquier medio de comunicación a distancia, incluidos los electrónicos, y, con carácter especial, para cada junta.

Además, hemos de señalar que la representación, tanto para las sociedades anónimas como limitadas, es siempre revocable y la asistencia personal del socio a la junta sirve como revocación de la representación (art. 185 LSC y art. 186.5 RRM). Adicionalmente, señalar que en las sociedades anónimas se admite la solicitud pública de representación del accionista. El legislador es cauto con estas prácticas y las ha rodeado de una serie de cautelas (art. 186 LSC). Por tanto, ha establecido que el documento de apoderamiento firmado por el accionista debe reproducir el orden del día de la junta general de accionistas y contener indicaciones precisas de cómo debe votar el representante (Zubiri de Salinas, 2015, pp. 98-103).

En cuanto a la asistencia por medio de representante en la junta virtual existe una habilitación expresa en las sociedades cotizadas (art. 521.1 LSC: «La participación en la junta general y el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrán delegarse...»). Sin embargo, nada se dice sobre la asistencia por medio de representante en las sociedades anónimas y limitadas<sup>28</sup>. Al no decirse nada sobre la regulación del representante en los preceptos de la junta virtual en

<sup>28</sup> El artículo 184.2 de la LSC nos señala que la representación se puede conferir por escrito o por medios de comunicación a distancia. En ningún caso se establece una habilitación específica del representante para que pueda asistir a la junta virtual.

las sociedades anónimas y limitadas entendemos que, para poder ejercitar la representación en la junta virtual, hay que acudir a los preceptos de la junta presencial que regulan las distintas formas jurídicas<sup>29</sup>.

Por último, la LSC, incorporando los contenidos de la Directiva 2007/36/CE, obliga a la sociedad a «garantizar la identidad del socio» en el caso de llevar a cabo la junta en forma virtual (art. 521.1 LSC y art. 182 LSC en relación con el art. 8.2 Directiva 2007/36/CE). La LSC señala que, en la constitución de la junta y, en concreto, antes de entrar en el orden del día, el secretario formará la lista de los asistentes en la que se les identificará (art. 192 LSC en relación con el art. 98 Reglamento del Registro Mercantil). La identificación del socio en la junta presencial es relativamente sencilla, ya que tendrá que exhibir el DNI o el secretario y el presidente darán la conformidad a su inclusión en la lista al conocer al socio directamente. Sin embargo, en el caso de la junta virtual, se eleva la complejidad, ya que será la convocatoria de junta la que señale los medios de identificación del socio (art. 182 LSC: «en la convocatoria se describirán [...] los modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta») y diferirán entre las sociedades cotizadas y las sociedades cerradas.

La pandemia causada por la covid-19 ha obligado a las empresas a adaptar el requisito legal de «garantizar la identidad del socio» a una realidad societaria antes desconocida.

## 2.2. Problemas específicos que plantea la identificación del socio o de su representante en la junta virtual

En este apartado trataremos los problemas de identificación del socio que afectan tanto a las sociedades abiertas como a las cerradas cuando la asistencia es virtual.

En primer lugar, conviene analizar los problemas que derivan de la discrecionalidad de que goza el órgano de administración para determinar los medios que emplear en la identificación del socio, al no estar estos expresamente previstos en la LSC o el RRM. Con la nueva regulación contenida en el artículo 182 bis.4 de la LSC parece confirmarse que será el órgano de administración quien decida los trámites y procedimientos de registro que habrán de seguir los socios o sus representantes para identificarse, bastando con que sean descritos en la convocatoria. Algunos autores ya venían criticando esta discrecionalidad del órgano de administración en la elección de los medios de identificación del accionista en la junta virtual<sup>30</sup>. El problema puede resolverse mediante una concreción en los estatutos de los medios que utilizar.

<sup>29</sup> Sociedades limitadas, anónimas y cotizadas, artículos 183, 184 y 522 de la LSC, respectivamente.

<sup>30</sup> Véase como en el artículo 11 bis del reglamento de la junta general de Endesa, SA, en la versión aprobada

Algunos autores son contrarios a la utilización de claves de acceso, pues estiman que producen una separación entre la sociedad y el socio que, en último término, lleva a confusión en el receptor (Flores Doña, 2009, pp. 233-234). Por eso, otro sector doctrinal considera que el sistema más razonable es «el uso de datos personales o contraseñas similares a las que se emplean en la banca telefónica o por internet» (Muñoz Paredes, 2006, p. 3). Por otro lado, hay autores que rechazan la imposición de la firma electrónica cualificada como vía para garantizar la identidad del socio, por estimar que se trata de un mecanismo complejo que limitaría los derechos de los socios menos preparados (Recalde Castells, 2009, p. 2)<sup>31</sup>. En contra de esta postura se señala que, en el estado actual de la técnica, la firma electrónica cualificada es el medio idóneo a la hora de garantizar la seguridad de las comunicaciones y la identificación del socio<sup>32</sup>.

En segundo lugar, la regulación europea es plenamente consciente de que el carácter transnacional de los movimientos de capital da lugar a la existencia de accionistas de distinta nacionalidad en una misma sociedad. La consecuencia directa que se deriva de ello es una participación de los socios extranjeros a través de una cadena de intermediarios, encargados de la llevanza de los registros de las acciones, que entorpecen la identificación por la sociedad de sus propios accionistas (Gállego Lanau, 2019, RR-6.7)<sup>33</sup>. En tal sentido, la Directiva 2017/828/CE contiene un artículo 3 bis que exige a los Estados miembros que garanticen, sin demora, que las sociedades tengan derecho a identificar a sus accionistas. La información ha de transmitirse en dos sentidos. Por un lado, la sociedad emisora deberá transmitirle la información al accionista inversor para que puedan ejercer su derecho de voto. Y, por otro lado, el artículo 497 de la LSC<sup>34</sup> introduce el derecho de las sociedades emisoras a obtener los datos que estén en poder de las «entidades encargadas del registro». Previamente y con base en el Reglamento (UE) 2018/1212/CE, se señala que la socie-

---

el 5 de mayo de 2020, hay una gran discrecionalidad del órgano de administración en cuanto a la elección de los medios para la identificación del socio en la junta virtual, pues solo se exigen «las garantías que el órgano de administración estime adecuadas [...], sin perjuicio también de los demás requisitos y condiciones que pueda establecer».

<sup>31</sup> Recalde Castells señala que, dada su complejidad, los certificados de firma pueden ser restrictivos de derechos. En idéntico sentido, Muñoz Paredes (2006, p. 3).

<sup>32</sup> La controversia sobre estos medios de identificación del socio ha sido únicamente predicable de las sociedades abiertas y cotizadas, que han tenido que garantizar los derechos de miles de socios en una junta íntegramente virtual a causa de la pandemia de la covid-19. En cambio, como veremos más adelante, en las sociedades cerradas se ha recurrido al envío del *link* en distintas plataformas de videochat, previo cotejo del DNI. (Flores Doña, 2009, p. 233).

<sup>33</sup> En el mismo sentido, Leach Ros y Pérez Pueyo (2019), pp. 271 a 276.

<sup>34</sup> Precepto introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Pese a que nada dice de la obtención de información de intermediarios o prestadores de servicios, la entidad que actúa hasta el momento es CERES, ya que garantiza que el prestador de servicios sea externo e independiente del ámbito de control e influencia de los administradores. (Flores Doña, 2009, p. 241).

dad debe proporcionar a los intermediarios los datos relativos al cuadro 1 y cuadro 3 del anexo del reglamento. Una vez recibida esta información por los intermediarios, deberán remitir la información a la sociedad.

Por otro lado, en la dificultad que entraña la enorme cadena de custodios hay que traer a colación la «seguridad de las comunicaciones». Este problema supone un riesgo latente tanto para garantizar la integridad del sistema de voto como en cuanto a la obligación de cerciorarse de que la identidad del socio no ha sido modificada en el proceso de la cadena de intermediarios. Actualmente, esta garantía puede obtenerse mediante la firma electrónica cualificada y el protocolo seguro de transmisión hipertexto, mediante cifrado https (Flores Doña, 2009, pp. 246-249). Como veremos más adelante, la introducción de la tecnología del registro distribuido o *blockchain* facilitaría el proceso de comunicación entre la cadena de intermediarios y la entidad emisora, permitiendo a esta última identificar más fácilmente a los accionistas. Destacamos que este problema también es extensible a la junta presencial. Esto es así porque, sabiendo que los medios de identificación en el momento de la celebración de la junta son distintos, el mecanismo para conocer la identificación del último beneficiario en la cadena de intermediarios custodios es el mismo.

En tercer lugar, la identificación mediante claves de acceso, ya sea a través de un enlace a una plataforma de videochat o las expedidas tras acreditación del documento nacional de identidad electrónico o certificado electrónico CERES, puede dar lugar a posibles suplantaciones por sustracción de las claves o descuido en la custodia de las mismas.

En cuarto y último lugar, la celebración de la junta virtual puede suponer un problema, tanto para la identificación del representante como para la acreditación de que dispone de poder suficiente, es decir, nos cuestionamos la forma en la que se ha de acreditar la representación en la celebración de la junta virtual: ¿es válida de exhibición ante la cámara del documento que acredita la representación?, ¿de qué manera han actuado las sociedades durante la última junta celebrada íntegramente telemática? Todas estas cuestiones las trataremos a lo largo del trabajo.

### **3. Soluciones adoptadas en la práctica para la identificación del socio en las juntas virtuales celebradas ante las restricciones de movilidad provocadas por la pandemia de la covid-19**

#### **3.1. Introducción**

La inusitada pandemia causa por la covid-19 supuso una paralización de los servicios que no fueron considerados como esenciales. Por tanto, y sin que hubiera una regulación jurídica completa sobre la reunión de los socios de carácter virtual, las sociedades actuaron

conforme al principio de autonomía de la voluntad y en el marco de las restricciones vigentes. En esta línea, y para garantizar el cumplimiento del requisito legal del artículo 182 de la LSC de «garantizar la identidad del socio», las sociedades, a través del anuncio de convocatoria de junta en las sociedades cotizadas y los estatutos sociales en las sociedades cerradas, han cubierto este vacío legal en materia de identificación del socio.

Las soluciones que se han planteado en materia de identificación del socio no pueden ser tratadas ni de manera uniforme y ni siquiera atendiendo a los distintos tipos societarios. Cada sociedad ha adaptado el medio de identificación de acuerdo a sus capacidades tecnológicas y necesidades que vienen determinadas, en gran medida, por el número de socios. Consecuencia de ello, tenemos que hacer una delimitación según su *modus operandi*, esto es, en función de la actuación en la última junta telemática forzada por la crisis de la covid-19. Por tanto, nos encontramos, de un lado, con las sociedades cerradas, definidas por la doctrina como aquellas sociedades con un número reducido de socios o accionistas que se conocen y están unidos por vínculos de confianza<sup>35</sup>. Y, de otro lado, nos encontramos con las sociedades abiertas o cotizadas en las que existe un gran número de accionistas que no se conocen. Por ello, como venimos señalando, es de obligado cumplimiento disociar la actuación entre sociedades abiertas y cerradas y los medios que han utilizado para la identificación del socio.

### 3.2. Soluciones implementadas en sociedades cotizadas

Toda sociedad anónima cotizada tiene obligación de contar con una página web (art. 11 bis LSC), en la que se publica el reglamento de funcionamiento de la junta. En muchos de estos reglamentos encontramos previsiones que regulan la posible celebración de juntas virtuales<sup>36</sup>. No obstante, durante la pandemia, estas reuniones virtuales han sido posibles incluso sin cláusulas estatutarias que las regulasen<sup>37</sup>. En consecuencia, hemos analizado tanto los reglamentos de junta como las convocatorias de las juntas de sociedades cotizadas para conocer cómo se han articulado las soluciones. Con base en la información contenida en estos reglamentos y convocatorias hemos realizado una pesquisa en las sociedades abier-

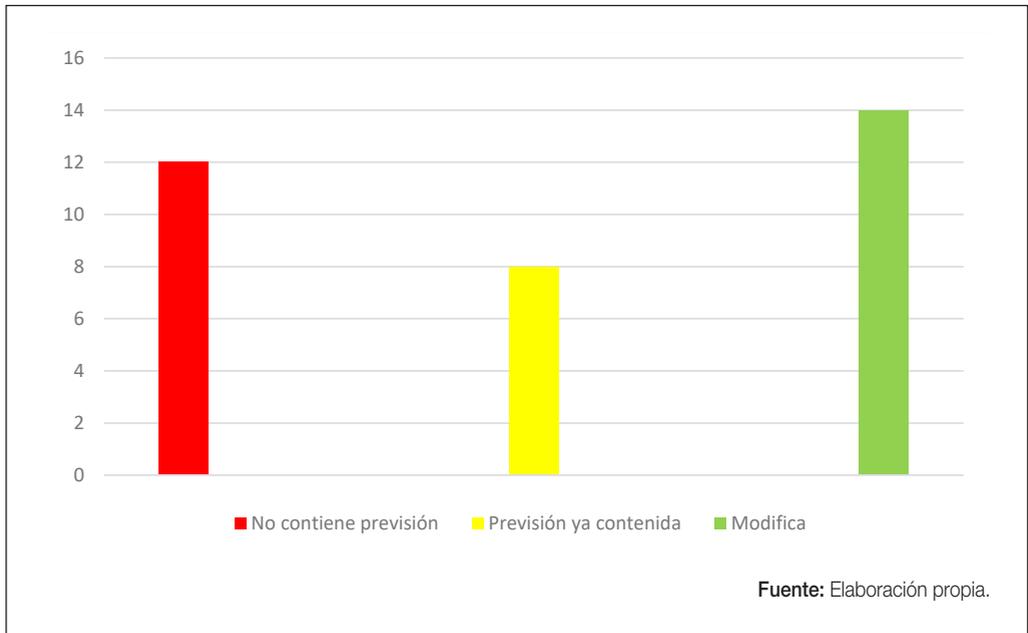
<sup>35</sup> Sin embargo, como veremos más adelante, esta clásica definición doctrinal de sociedad cerrada no siempre encaja con la realidad, ya que hay sociedades cerradas en las que los socios no se conocen y son muy numerosos.

<sup>36</sup> Encontramos que el reglamento de la junta es uno de los documentos obligatorios que tiene que tener toda sociedad cotizada, por exigencia del artículo 512 de la LSC y la Circular 3/2015, de 23 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre especificaciones técnicas y jurídicas e información que deben contener las páginas web de las sociedades anónimas cotizadas y las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores.

<sup>37</sup> Véase la previsión del artículo 40.1 del RDL 8/2020 para el año 2020 y la del artículo 3.1 del RDL 34/2020 para el año 2021.

tas y, en concreto, en las cotizadas del IBEX-35 sobre cómo se ha identificado a los socios que han asistido virtualmente a las juntas generales celebradas en 2020<sup>38</sup>. De la investigación llevada a cabo podemos concluir que la pandemia ha supuesto una consolidación e impulso de la asistencia virtual a las juntas en las sociedades cotizadas, aunque el proceso no ha sido todo lo intenso que cabía esperar. Así, localizamos 8 sociedades que antes de la pandemia ya tenían un reglamento que permitía la asistencia telemática<sup>39</sup>. En segundo lugar, observamos que 14 sociedades modificaron sus reglamentos de junta para adaptarlos a una posible celebración de la junta por medios telemáticos<sup>40</sup>. Finalmente, de las sociedades analizadas, había 12 que nada preveían respecto a una posible asistencia telemática y no modificaron el reglamento de la junta para adaptarlo a una posible futura asistencia virtual.

Gráfico 1. Previsiones de asistencia telemática en los reglamentos de la junta del IBEX-35 (Convocatoria y juntas generales 2020)



<sup>38</sup> No se han conseguido la información de Arcelormittal (<http://www.cnmv.es/>), por no estar disponible en la página de la CNMV.

<sup>39</sup> Entre otros, encontramos el artículo 11 «Asistencia remota por medios electrónicos o telemáticos», aprobado en la junta general de Merlin Properties, Socimi, SA, de 26 de abril de 2017 (BORME de 22 de junio de 2017).

<sup>40</sup> Entre otros, encontramos el artículo 11 bis «Asistencia telemática», aprobado en la junta general de Endesa, SA, de 5 de mayo de 2020 (BORME de 28 de mayo 2020).

La crisis sanitaria causada por la pandemia de la covid-19 ha acelerado la celebración a distancia de la reunión de los socios. Como podemos observar en el gráfico 1, 22 sociedades del IBEX-35 en 2020 ya incluyen en los reglamentos de junta la posibilidad de la celebración telemática<sup>41</sup>. Una vez analizado el número de sociedades que han adaptado sus reglamentos a la inusitada celebración de la junta de carácter virtual, pasemos al estado de la cuestión en materia de identificación del socio.

De las 35 sociedades que conforman el IBEX-35, Solaria Energía y Medio Ambiente, SA es la sociedad que tiene el reglamento de junta (en adelante, Reglamento) más completo en cuanto a la regulación de la asistencia telemática e identificación del socio<sup>42</sup>.

Los preceptos del Reglamento de esta sociedad contienen las siguientes previsiones en cuanto a la identificación. En primer lugar, se exige que se indiquen en la convocatoria las condiciones para garantizar las «condiciones de seguridad exigibles, la identificación de los accionistas, el correcto ejercicio de sus derechos y el adecuado desarrollo de la reunión». En todo caso, debe sujetarse a las siguientes reglas: la convocatoria detallará el procedimiento al registro previo, así como el momento de la conexión. Además, el accionista, o el representante, que desee asistir a la junta general de accionistas de forma telemática deberá identificarse en los términos que fije el órgano de administración con previsión de las adecuadas garantías de autenticidad y de identificación del accionista en cuestión. Adicionalmente, el órgano de administración determinará en la convocatoria el procedimiento para el ejercicio de los derechos de los accionistas para permitir el correcto desarrollo de la junta. Por último, en todo aquello no regulado expresamente, resultarán las mismas normas previstas con carácter general en el presente Reglamento.

La convocatoria de las sociedades cotizadas en 2020 se concretó en una serie de anuncios que tenían como objetivo facilitar el acceso a la junta virtual. En líneas generales, el proceso comenzaba, en la mayor parte de las sociedades, con el registro previo en la web corporativa para acreditar la identidad del accionista a través de una firma electrónica. Esta acreditación se podía realizar de tres maneras: (1) a través del documento nacional de identidad electrónico, (2) mediante un certificado electrónico de conformidad con el Reglamento de Ejecución (UE) 910/2014/CE, o (3) si la sociedad contaba con claves personales para entrar en la página web (entre otros, Santander, SA y CaixaBank, SA)<sup>43</sup> se permitía emplearlas para la identificación. En un segundo estadio, tras la verificación de su identidad, el accionista o su representante recibía en su dirección de correo electrónico unas credenciales de

<sup>41</sup> En 2007 únicamente 11 sociedades del IBEX-35 tenían previsto la posibilidad de la celebración telemática. (Fernández Torres, 2009, p. 258).

<sup>42</sup> Véase los artículos 10 y 10 bis «Asistencia remota por medios electrónicos o telemáticos», del Reglamento de junta general de Solaria Energía y Medio Ambiente, SA., aprobado el 28 de octubre de 2020 (BORME de 2 de diciembre del 2020).

<sup>43</sup> En este caso el accionista es además cliente de las entidades en cuestión.

«usuario y clave» (firma electrónica no criptográfica). Señalar que existe una equivalencia internacional de los certificados reconocidos; de esta manera, los accionistas extranjeros pueden identificarse como si tuvieran un certificado emitido por CERES (art. 14 Reglamento (UE) 2018/1212/CE). Además, si la persona que asiste telemáticamente es un representante, tendrá que enviar una copia del documento en el que se le confiere la representación, documento que deberá especificar quién es el titular de las acciones, el número de títulos y, en su caso, el sentido del voto (o tarjeta de asistencia) junto con una copia del NIF. Por último, señalar que podría haber conflicto en casos de revocación de esta representación telemática. A este respecto, y en aplicación del artículo 185 de la LSC, consideramos que la asistencia presencial o telemática implica una revocación de la representación.

En segundo lugar, y una vez verificada la identificación por la sociedad, el socio debía conectarse a través de la plataforma de «asistencia telemática» habilitada al efecto en la página web e identificarse de nuevo. En algunas sociedades, se generaba un usuario y contraseña tras la verificación y, en otras, se accedía a través de la firma electrónica<sup>44</sup>. Por último, señalar que el día de la celebración la compañía podía revisar la identificación exigiéndose al socio que se conectase en la franja horaria indicada (fuera de esa franja horaria no se permitirá la conexión) (Muñoz Paredes, 2005, pp. 213 a 214)<sup>45</sup>.

A tenor de las soluciones expuestas, y repasando los problemas anteriormente mencionados, podemos concluir que el seguimiento de la identidad del socio a causa de la gran cadena de intermediarios custodios no es ni una cuestión regulada en la LSC ni ha existido una solución tecnológica que se desarrollase en los últimos meses para facilitar la identificación del «beneficiario último». Sin embargo, sí que ha habido una solución plausible en cuanto al medio de identificación empleado en la junta virtual. Esto es así porque en la última celebración de la junta virtual, las sociedades cotizadas utilizaron la firma electrónica cualificada (art. 3.11 Reglamento (UE) 2018/1212/CE) y, de esta forma, se garantizó la identidad del socio. Podemos afirmar que, en el estado actual de la técnica, la firma electrónica cualificada es el medio idóneo a la hora de garantizar la seguridad de las comunicaciones e identificación del socio (Flores Doña 2009, p. 233). Esto es así porque la firma electrónica cualificada cumple con el mínimo aceptable para una correcta identificación, al tener el socio un control exclusivo sobre la misma (art. 26.c Reglamento (UE) 2018/1212/CE), y también cumple con el requisito de inalterabilidad, ya que garantiza la «seguridad de las comunicaciones» (art. 8.2.a Reglamento

<sup>44</sup> Véase «Asistencia y voto por medios telemáticos» en la convocatoria de junta de Pharma Mar, SA, de 14 de mayo de 2020 (BORME de 12 de mayo 2020), en el que se permite asistir telemáticamente a la junta general a través del sitio habilitado en la página web corporativa mediante la firma electrónica cualificada o mediante las credenciales usuario/clave, que el accionista recibe en su dirección de correo electrónico tras la verificación de su identidad a través del formulario especial de registro disponible en el apartado destinado al efecto en la correspondiente aplicación informática.

<sup>45</sup> Muñoz Paredes plantea el problema de si la lista de asistentes virtuales puede o no modificarse una vez iniciada la junta. La respuesta según este autor debe ser negativa «dicha presencia o representación es la que consta en la lista y no la que se dé en cada momento en la sala de la junta».

(UE) 2018/1212/CE en relación con el art. 521.1 LSC). Adicionalmente, destacamos que las sociedades cotizadas han dispuesto en la página web de boletines o tarjetas de representación para garantizar la identidad del representante que señala el artículo 522.3 de la LSC.

Por último, reseñamos que distintas convocatorias que incluían reglas sobre asistencia telemática a la junta general señalaban que era responsabilidad exclusiva del accionista (o su representante) la custodia de los medios de identificación necesarios para acceder y utilizar el servicio de asistencia telemática<sup>46</sup>. Por tanto, la suplantación de identidad por sustracción de claves de acceso por negligencia del accionista no es responsabilidad de la sociedad<sup>47</sup>.

### 3.3. Soluciones implementadas en las sociedades no cotizadas

Hace una década, eminente doctrina mercantil veía con buenos ojos la posibilidad de que, en un futuro cercano, las sociedades limitadas abanderasen la celebración de la junta por medios telemáticos (Sánchez Calero, 2007, p. 50)<sup>48</sup>. Se consideraba que el reducido número de socios permitía una sencilla identificación entre ellos, por lo que la equiparación entre junta presencial y junta virtual no generaría mayores problemas.

Pero la realidad de la evolución societaria no ha sido fiel, en su totalidad, a la pensada por la doctrina. El desarrollo del *crowdfunding* de inversión está propiciando el surgimiento de sociedades limitadas con un elevado número de socios que no se conocen entre sí, por lo que los problemas de identificación del socio, propios de las grandes sociedades abiertas, se pueden reproducir en las sociedades limitadas, aunque a una escala algo menor. Con la reciente introducción del Reglamento (UE) 2020/1503, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, serán más frecuentes las operaciones de *equity crowdfunding* protagonizadas por pymes<sup>49</sup>, lo que dará lugar a un

<sup>46</sup> Véase «Reglas sobre asistencia telemática a la junta general representación y voto mediante medios de comunicación a distancia y solicitud de información previa a la junta general de Almirall, SA de fecha 24 de julio de 2020», accesible en <[https://www.almirall.es/documents/portlet\\_file\\_entry/4257831/20.Reglas+para+representaci%F3n+y+voto+a+distancia.pdf/46e2cff8-2e94-4552-d049-0a7bb1d40da3](https://www.almirall.es/documents/portlet_file_entry/4257831/20.Reglas+para+representaci%F3n+y+voto+a+distancia.pdf/46e2cff8-2e94-4552-d049-0a7bb1d40da3)>.

<sup>47</sup> En el caso de plantearse una posible impugnación de lo acordado, habría que someter los acuerdos de la junta al «test de resistencia», es decir, si la concurrencia del socio ha resultado imprescindible o no para la determinación del *quorum* mínimo necesario para la válida constitución o la adopción del acuerdo en la junta general.

<sup>48</sup> Sánchez Calero considera que «parece lógico que tales juntas generales virtuales se difundan más, mediante su previsión o regulación en los estatutos sociales, en los sociedades medianas y quizá más aún en las cerradas». En el mismo sentido, Muñoz Paredes (2005, p. 203) estima que «en una sociedad cerrada, con un número de socios reducido (y sin tensiones internas) sería fácil de llevar a cabo».

<sup>49</sup> Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937 (DOUE n.º L 137/1 de 20 de octubre de 2020).

incremento de las sociedades limitadas que cuente con un número elevado de socios que no se conocen. Las soluciones para estas sociedades tendrán que ser similares a las que hemos expuesto para las sociedades abiertas.

Desde hace años, la DGRN admite la validez de junta telemáticas en las sociedades limitadas, pero solo si se prevé expresamente en los estatutos<sup>50</sup>. Para evitar conflictos en los registros mercantiles, el legislador, desde el inicio de la pandemia y durante todo el año 2021, ha permitido que se puedan celebrar juntas a distancia sin que lo hubieran previsto los estatutos<sup>51</sup>. Son muchas las sociedades cerradas que han celebrado juntas virtuales, tal y como hemos comprobado tras un análisis de diversas convocatorias de junta de sociedades cerradas en el Boletín Oficial del Registro Mercantil<sup>52</sup>. Además, y con el fin de poder recurrir a la junta virtual cuando la pandemia termine, muchas sociedades cerradas han incluido en sus estatutos sociales la posibilidad de celebración de la junta virtual como alternativa a la junta presencial<sup>53</sup>. En estas sociedades han de incluirse previsiones, tanto en los estatutos sociales como en la convocatoria de junta, para una correcta identificación del socio.

Por un lado, en cuanto a las previsiones de identificación en los estatutos sociales, podemos decir que deberían contener los siguientes puntos. En primer lugar, debería permitirse la comunicación de los datos de identificación por correo electrónico, postal o acudiendo a la sede<sup>54</sup>. Si quien asiste es persona física, habrá de enviar el DNI o pasaporte, y si se trata de un representante, tendrá que acreditar la representación y adjuntar el DNI o pasaporte, o si se trata de persona jurídica, se adicionará copia del CIF. En segundo lugar, sería necesaria una mención expresa de que al inicio de la videoconferencia y, en caso de ser requerido, se deberá mostrar el DNI (Usano Benítez, 2020, p. 6)<sup>55</sup>. Por último, el estatuto social modélico

<sup>50</sup> RDGRN n.º 727/2013 de 19 de diciembre de 2012 (BOE de 25 de enero de 2013), RDGRN n.º 116/2017 de 5 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo 2017), RDGRN n.º 23/2018 de 8 de enero de 2018 (BOE de 26 de enero de 2018).

<sup>51</sup> Artículo 3.1 del Real Decreto Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

<sup>52</sup> A modo de ejemplo, véase la convocatoria de junta de Pesquería Vasco Montañesa, SA, de 16 de diciembre de 2020 (BORME de 12 de noviembre de 2020).

<sup>53</sup> Entre otros, encontramos el Acuerdo n.º 7 «Aprobación, en su caso, de la modificación del artículo 17 de los Estatutos Sociales («Lugar y tiempo de celebración de la Junta»)» aprobado en la junta general de Newco Holding Optics, SL, de 28 de octubre de 2020 (BORME de 30 de septiembre de 2020).

<sup>54</sup> En algunas sociedades cerradas (entendemos que en aquellas en las que los socios se conocen) no se produce este requerimiento de documentación. En alguna convocatoria de junta hemos encontrado que la sociedad envía directamente el *link* a los correos electrónicos de los socios (véase Acuerdo n.º 3, aprobado en la junta general de Bodegas Marco Real, SA de 1 de diciembre de 2020 (BORME de 3 de noviembre de 2020), («con anterioridad a la videoconferencia se facilitará, a través del correo electrónico, un enlace de internet para poder incorporarse a la misma») sin necesidad de enviar el DNI para que se produzca la identificación.

<sup>55</sup> Usano Benítez, acertadamente, señala que la exhibición en salas individuales de dicha documentación consigue que no se vulneren derechos de protección de datos.

establecería una previsión de cautela, esto es, la previsión de una identificación adicional en el caso de que los administradores sospechen de un uso indebido en el acceso virtual<sup>56</sup>.

Por otro lado, podemos afirmar que la convocatoria modélica en cuanto a la identificación del socio contendría los siguientes extremos. En primer lugar, la indicación de la plataforma que se utilizará para llevar a cabo la junta telemática. En segundo lugar, se debe señalar la fecha límite para el envío de documentación para la identificación, con indicación expresa de no admisión fuera la franja horaria señalada. En tercer lugar, con anterioridad a la junta y una vez verificada la identidad, se indicará el modo de conectarse. En cuarto lugar, para asistir a la reunión celebrada en forma telemática es imprescindible la conexión a la plataforma que se le indique. En quinto lugar, el socio se compromete a no grabar la videoconferencia de la junta general por motivos de protección de datos, ni reproducir contenidos de la misma por ningún medio. En sexto lugar, es responsabilidad exclusiva del socio (o su representante) la custodia del enlace personal para acceder y utilizar el servicio de asistencia mediante videoconferencia. Por último, la asistencia telemática de los accionistas prevalecerá sobre los votos emitidos anticipadamente a distancia y los poderes de representación otorgados con anterioridad a la celebración de la junta general.

Las sociedades cerradas, tanto en las que los socios se conocen como en las que no se conocen, han actuado unívocamente<sup>57</sup>. Podemos afirmar que la labor de los secretarios para cotejar la identidad en el caso de las sociedades en las que los socios no se conocen ha sido muy laboriosa. La digitalización del derecho de sociedades, como veremos más adelante, simplificará la tarea y reducirá los costes implicados en la identificación.

A tenor de las soluciones expuestas y repasando los problemas anteriormente mencionados podemos llegar a las siguientes conclusiones para las sociedades cerradas. En primer lugar, el medio de identificación del socio ha sido el envío del *link* y contraseña a una plataforma de videochat una vez requerido el DNI y cotejado su condición de socio. Adicionalmente, destacamos que las sociedades anónimas y limitadas han requerido copia escaneada de los poderes o del título, en virtud del cual está facultado para representar al socio para garantizar la forma de la representación. Aunque también se ha permitido la representación por medios

<sup>56</sup> Véase el acuerdo n.º 3, aprobado en la junta general de Tramontana Dream Holdings, SL, de 19 de noviembre de 2020 (BORME de 4 de noviembre de 2020). («La Sociedad se reserva el derecho de solicitar a los socios o a sus representantes los medios de identificación adicionales que considere necesarios para comprobar su condición de socio»). A nuestro juicio, la generalidad de esta redacción responde a evitar una posible suplantación en la identidad.

<sup>57</sup> Véase la convocatoria de la junta general de Cervezas Artesanales de Cantabria, SL de 30 de septiembre de 2020 (Hemos tenido acceso a esta información gracias a la remisión de documentación por un socio de esta sociedad). Esta sociedad cerrada en la que los socios no se conocen ha sido fruto de una operación de *crowdfunding* (<<https://www.seddougalls.com/wp-content/uploads/2019/05/sedDouGalls-dossier-oficial.pdf>>) y ha requerido a los socios el DNI como medio de identificación en la junta virtual.

de comunicación a distancia (art. 189.2 LSC)<sup>58</sup>. Una vez acreditada la representación, el representante recibe el *link* y contraseña para acceder a una plataforma de videochat.

## 4. La identificación del socio en la junta virtual tras la Ley 5/2021

La LSC ha sido recientemente modificada por la Ley 5/2021 con el objetivo de trasponer al ordenamiento jurídico español preceptos de la Directiva 2017/828/CE que, o bien no habían sido traspuestos en su totalidad, o bien adolecían de carencias en su redacción, al no incluir aspectos que la realidad societaria exigía. En este apartado comentaremos la reforma de la LSC en materia de identificación del socio en la junta virtual.

La piedra angular sobre la que se constituye la obligación de garantizar la «identidad del sujeto» en la junta virtual ya estaba contenida en la LSC antes de la reforma, en concreto, en los artículos 182 y 512.2 de la LSC. La reforma de la LSC trae consigo un nuevo precepto que regula las juntas exclusivamente telemáticas y también prevé como requisito para la validez de las mismas garantizar la identidad del socio (art. 182 bis.3 LSC).

De la lectura del artículo 182 bis de la LSC nos surgen una serie de dudas en materia de identificación que queremos aclarar. En concreto el apartado cuarto de este artículo señala que «el anuncio de convocatoria informará de los tramites y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes». La norma deja, por tanto, en manos del órgano de administración la determinación de los trámites a seguir para comprobar la identidad de quienes asisten a la junta. Este precepto parece optar por un sistema de registro previo para poder asistir, similar al que ya utilizan algunas sociedades cotizadas a la hora de identificar a los accionistas. El tenor literal del artículo 182 bis.4 de la LSC parece admitir sistemas de identificación automática, sin intervención del secretario, ya que se habla de registro de asistentes. Por ello, ponemos en tela de juicio si realmente puede existir tal registro automático sin que haya una previsión de la persona que ha de encargarse de su control. Esta cuestión suscitará dudas en relación con un posible registro simultáneo del socio y del representante. Por tanto, a nuestro juicio debiera programarse el registro de tal manera que no sea posible la participación simultánea del representante y del socio, dejando siempre la opción al socio de anular el registro del representante y que de esta manera se entienda revocada la representación (art. 185 LSC). Por otro lado, el artículo 182 bis.4 de la LSC nos lleva a plantearnos quién será el responsable en caso de que se impugnen

<sup>58</sup> La posibilidad de atribuir la representación mediante correspondencia postal, electrónica u otros medios de comunicación a distancia que aseguren la identidad del socio, aunque está prevista expresamente solo para las sociedades anónimas, se ha admitido también en el ámbito de la sociedad limitada, siempre que estuviera prevista en los estatutos sociales, RDGRN n.º 727/2013 de 19 de diciembre de 2012 (BOE de 25 de enero de 2013). Este problema ha sido resuelto con la reforma de la LSC, al no excluir a las sociedades limitadas de una posible celebración de la junta de carácter virtual (art. 182 LSC).

los acuerdos por participación en la junta de personas que no son socias. Consideramos que al amparo del artículo 204.3.c de la LSC se podrán impugnar los acuerdos, solo cuando no superen el test de resistencia, y será responsabilidad del secretario (art. 192 LSC en relación con el art. 98 Reglamento del Registro Mercantil).

Además, el nuevo artículo 182 bis de la LSC señala que aquellas cuestiones no reguladas para las juntas exclusivamente telemáticas se someterán a las reglas de las juntas presenciales. Sin embargo, se suscitan dudas en torno a si las previsiones contenidas para las juntas exclusivamente telemáticas son extensibles a las juntas híbridas en las que se combina la asistencia presencial con la virtual. En este caso, nos cuestionamos si la participación efectiva de los socios que se predica para las juntas exclusivamente telemáticas es extensible a las juntas híbridas (art. 182 bis.3 LSC) y si la llevanza del registro de asistencia y la hora límite en la que el socio se tiene que conectar es extensible a las juntas híbridas. En nuestra opinión, consideramos que la introducción de estos preceptos que trae la reforma de la LSC para la junta exclusivamente telemática son extensibles a la junta híbrida por aplicación analógica (art. 4.1 CC)<sup>59</sup>.

Por último, el legislador trata de solucionar los problemas que se generan en la identificación previa del accionista a causa de la compleja cadena de intermediarios custodios de las acciones. Para ello introduce tres nuevos preceptos que tratan de garantizar la identidad del beneficiario último (art. 497 bis, art. 520 ter, art. 522 bis y art. 524 bis) con arreglo a la Directiva 2007/36/CE y al Reglamento (UE) 2018/1212/CE. Creemos que estas previsiones que se introducen son el primer paso para permitir a las sociedades conocer quiénes son sus accionistas internacionales, y dará lugar a una propuesta de tecnología *blockchain* como herramienta simplificadora en el seguimiento de la custodia de las acciones.

## 5. Propuesta de futuro para la mejora de la identificación del socio o su representante en la junta virtual

### 5.1. La insuficiencia de las reformas en materia de identificación del socio y su representante tras la reforma de la LSC de 2021. Propuestas de mejora

En primer lugar, y como cuestión general, la regulación vigente suscita dudas en torno a si la junta virtual ha de ser interpretada como un derecho o una obligación a la que toda

---

<sup>59</sup> Para que dé lugar la aplicación de la analogía del artículo 4 del CC es necesario que el supuesto concreto no esté regulado en una norma concreta (nada se dice en la regulación de la junta híbrida sobre la participación efectiva de los socios o la hora de registro del socio, art. 182 LSC), tiene que haber una norma escrita que regule un supuesto similar al que reclama solución (el art. 182 bis.3 LSC de la junta exclusivamente telemática señala la obligación de la participación efectiva del socio y cómo lo tiene que hacer) y tiene que haber identidad de razón y semejanza en ambos supuestos (se trata de un mismo modelo de participación a distancia, si bien en la junta híbrida se combina la modalidad de la junta presencial con la junta virtual).

sociedad tiene que acogerse. El artículo 521 de la LSC sobre la junta virtual en las sociedades cotizadas permite discrecionalidad en la admisión de este tipo de juntas. Sin embargo, el artículo 182 de la LSC incluido en la regulación general de las sociedades anónimas y limitadas puede ser interpretado como una obligación que las sociedades tienen que incluir estatutariamente<sup>60</sup>. Nos adherimos a la opinión de que la asistencia telemática tiene que ser interpretada como un derecho para los socios cuando así se contemple estatutariamente. No existe obligación de permitir la asistencia telemática, por lo que no es necesario regular en los estatutos la asistencia telemática cuando los socios no deseen recurrir a esta forma de celebrar las juntas (Morales Barceló, 2020, p. 8).

Además, queremos constatar que existen una serie de artículos que no se han modificado por la Ley 5/2021 y, aunque inciden colateralmente en la cuestión que nos ocupa, estimamos necesaria su reforma para completar la regulación en materia de identificación del socio en la junta virtual. Así, y en primer lugar, el artículo 23 de la LSC, que regula el contenido de los estatutos, debiera comprender un apartado g) en el que se exigiese regular en los estatutos el modo de celebración de la junta. De esta forma, los estatutos, por imperativo legal, deberían regular si se mantiene el formato presencial, se permite la modalidad híbrida o la posibilidad de celebrar la junta de modo íntegramente virtual.

En segundo lugar, el artículo 518 de la LSC sobre información general que debe incluirse en la web de una sociedad cotizada, desde que se convoca la junta y hasta que se celebra, no exige que se especifique cómo ha de identificarse el socio en caso de celebración virtual de la junta. En nuestra opinión, es una información lo suficientemente relevante como para que también figure en la página web, facilitando a los socios los procesos de registro e identificación, cuando se admita la asistencia virtual. En tercer lugar, hemos de reseñar que pese a que el artículo 182.4 bis de la LSC señala que el anuncio de convocatoria indicará los medios que se emplearán para el registro e identificación del socio, se echa en falta una determinación orientativa de estos medios de identificación (Estevan de Quesada, 2008, p. 99 o Gallego Córcoles, 2019, p. 329). Por ello, dada la rapidez con la que avanzan las tecnologías, proponemos que la CNMV asuma una función orientadora en la elección de los medios de identificación del socio adecuados (Vañó Vañó, 2019, p. 789). Entre los medios de identificación del socio que revolucionarán la junta virtual consideramos el *blockchain* y la inteligencia artificial. De este modo, la CNMV debiera ser quien diera las pautas necesarias que doten de equilibrio a los avances tecnológicos en los medios de identificación y, de igual modo, garanticen los derechos del socio.

<sup>60</sup> Enfrentamos el artículo 521 de la LSC «*de conformidad, con lo que se disponga en los estatutos...*» (el énfasis es nuestro) con el artículo 182 de la LSC «*... en los términos que establezcan los estatutos*» (el énfasis es nuestro). La primera redacción parece indicar que no hay obligación de incluir estatutariamente la posibilidad de celebración virtual. Sin embargo, el segundo precepto da por hecho que los estatutos contemplan la posibilidad de la celebración virtual.

Finalmente, estimamos que debían haberse incorporado algunas de las previsiones de la normativa excepcional covid. Una de las novedades que se introducían en el artículo 40.1 los RDL 8/2020 y 11/2020 era la exigencia del secretario de reconocer la identidad del socio y hacerlo constar en acta (Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Viesca, 2020, p. 6)<sup>61</sup>. Esta medida, que no ha sido contemplada en la reforma de la LSC, servía en gran medida para evitar posibles impugnaciones en las sociedades cerradas, ya que la carga de la prueba de la no comparecencia correspondería a quien la negara. A nuestro juicio, la previsión de identificación por parte del secretario de la junta y su labor de identificación y remisión del acta de los asistentes debería estar contenida en el artículo 182 de la LSC<sup>62</sup>. Destacar que de esta manera solucionaríamos el problema que ha introducido la reforma de la LSC, que impide determinar con claridad quién es el encargado del registro automático que señala el artículo 182 bis.4 de la LSC.

A modo de resumen, presentamos en el siguiente cuadro de doble entrada nuestra propuesta de modificación de algunos de los nuevos preceptos introducidos por la Ley 5/2021, para una mejor regulación de la identificación del socio en la junta virtual:

Regulación actual de la LSC	Propuesta de regulación (mejora a la última reforma de la LSC que introduce la Ley 5/2021)
<p>Artículo 182. Asistencia telemática.</p> <p>«Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios [...]».</p>	<p>Artículo 182. Asistencia telemática.</p> <p>«Si los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, <i>el secretario del órgano se encargará de reconocer la identidad de los socios, y así lo expresará en el acta de la lista de asistentes, que remitirá en el plazo que señala el artículo 202 de la LSC a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes, salvaguardando los derechos del socio en materia de protección de datos que garanticen debidamente la identidad del sujeto.</i> En la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios [...]».</p> <p>(El resaltado y tachado corresponde con la propuesta).</p>



<sup>61</sup> Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Viesca entienden que es el acta en el que consta la lista de asistentes y que sirve como medio de prueba para evitar posibles impugnaciones. Señalar que en este acta sería conveniente que con la identificación genérica se indicara el medio empleado en la identificación (DNI, a viva voz...).

<sup>62</sup> La constancia en el acta del medio de identificación, ya sea mediante la exhibición del DNI, la grabación de la junta o la confirmación por correo electrónico del socio que se ha conectado en el acta del secretario, evitaría la impugnación por falta de identificación. (Álvarez Royo-Villanova, 2021, pp. 1-2).

Regulación actual de la LSC	Propuesta de regulación (mejora a la última reforma de la LSC que introduce la Ley 5/2021)
<p>▶</p> <p>Artículo 182 bis. Junta exclusivamente telemática. «3. La celebración de la junta exclusivamente telemática estará supeditada en todo caso a que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada [...]. A tal fin, los administradores deberán implementar las medidas necesarias con arreglo al estado de la técnica y a las circunstancias de la sociedad, especialmente el número de sus socios».</p>	<p>Artículo 182 bis. Junta exclusivamente telemática. «3. La celebración de la junta exclusivamente telemática estará supeditada en todo caso a que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada [...]. A tal fin, los administradores deberán implementar las medidas necesarias con arreglo al estado de la técnica y a las circunstancias de la sociedad, especialmente el número de sus socios, <i>siguiendo las recomendaciones de la CNMV en materia de identificación del socio</i>». (El resaltado corresponde con la propuesta).</p>

## 5.2. La tecnología como herramienta para resolver el problema de identificación del socio en la junta virtual

La cuarta revolución industrial ha venido para quedarse, todavía no sabemos cómo se desarrollará, pero el potencial que tiene es amplísimo. La posibilidad de miles de millones de personas conectadas por dispositivos móviles nos hace entrever que toda esa información es un arma poderosa de generación de conocimiento para la toma de decisiones (Schwab, 2020, p. 6). Como veremos en este apartado, estas posibilidades se multiplicarán por los avances tecnológicos en inteligencia artificial y *blockchain*, herramientas que transformarán el derecho de sociedades (Pastor Sempere, 2018, p. 79).

El carácter transnacional de los movimientos de capital en las sociedades anónimas cotizadas es una gran limitación en la identificación de los accionistas<sup>63</sup>. Existe una enorme cadena de intermediarios encargados de la llevanza de los registros de acciones, que dificulta saber quién es el titular formal de las acciones y, por tanto, esta situación puede producir problemas en la identificación del socio y del legítimo representante en la junta virtual<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Véase un estudio de bolsas y mercados españoles de 2017 en el que se señala que el 46 % de los propietarios de acciones cotizadas son inversores no residentes (Bolsas y Mercados Españoles, La mitad de la bolsa española en manos de inversores extranjeros, septiembre 2018, <[https://www.bolsasymercados.es/esp/EstudiosPublicaciones/Documento/5303\\_La\\_mitad\\_de\\_la\\_Bolsa\\_española\\_en\\_manos\\_de\\_inversores\\_extranjeros](https://www.bolsasymercados.es/esp/EstudiosPublicaciones/Documento/5303_La_mitad_de_la_Bolsa_española_en_manos_de_inversores_extranjeros)>).

<sup>64</sup> De un lado, entendemos como titular formal o inversor último (*beneficial owner*) a la persona que tiene derecho de asistencia a la junta general. De otro lado, el titular aparente puede ser el custodio de las acciones o el accionista que ha vendido sus acciones cinco días antes de la celebración de la junta, y sin ser

La tecnología *blockchain* podría reducir estos intermediarios y facilitar la identificación del socio de manera fiable e inmediata. Además, esta tecnología sustituiría el acceso a través de firma electrónica cualificada, reduciendo los costes enormemente.

El *blockchain*, que se traduce como cadena de bloques, es la tecnología de registro distribuido más conocida (*distributed ledger technology* o DLT). El funcionamiento de esta tecnología aplicado a la identificación del socio y eliminación de la cadena de intermediarios es el siguiente: en primer lugar, se le asigna a cada usuario (*beneficial owner*) dos claves de encriptación, una pública y otra privada, de tal forma que lo que se encripta con una, se desencripta con la otra. En segundo lugar, aparece el concepto del hash, es decir, un algoritmo matemático que transforma los datos en una secuencia de caracteres alfanuméricos, con el objetivo de asegurar la cadena de información, ya que, si se modificaran los datos, también lo haría la secuencia. En tercer lugar, nos encontramos con los nodos. Estos son los ordenadores que se encargan de validar las operaciones. Una vez que se ha validado la operación, se combinan las transacciones entre los nodos, creando un nuevo bloque de datos, que se incorpora al registro.

Existen dos tipos de DLT, que se clasifican en función del acceso de los usuarios: *blockchain* públicas y privadas. En el caso de celebrarse una junta general a través de esta tecnología, para una mejor identificación del socio, nos interesaría el *blockchain* privado, ya que solo las personas interesadas podrían acceder a la información (*permissioned ledger* o registros permissionado), habiéndose admitido con anterioridad a cada miembro de la red o participante. La autenticación de cada socio se podría llevar a cabo a través de la plataforma de *blockchain*, mediante la firma electrónica o el DNI electrónico. La doctrina mercantilista plantea dos opciones para facilitar el proceso de identificación del accionista y eliminar el problema de la cadena de intermediarios. Una primera opción se basaría en la implementación de la tecnología de registro distribuido como sustitutivo al acta de asistentes, propia del vigente sistema de poscontratación. Los administradores desde su nodo conocerían la identidad del accionista, previendo, en cualquier momento, quién está detrás de las claves públicas (posibilidad que tendría que regularse reglamentariamente a través del artículo 497.3 LSC) (Gállego Lanau, 2019, RR-6.7). Una opción más viable, ya que en el corto plazo no se va a modificar el sistema de poscontratación de valores, sería transformar las acciones en tokens (Gallego Córcoles, 2019, pp. 308 y 322-324) (se trata de una unidad emitida por la entidad encargada de llevar el registro). En esta segunda opción, los intermediarios actualizarían la lista de accionistas en la plataforma *blockchain* y, dándoles permiso, se les permitiría participar<sup>65</sup>.

---

propietario tiene derecho a asistir a la junta. La LSC trata de evitar estas situaciones a través del artículo 179.3, en el que se señala que no puede impedirse en ningún caso el ejercicio al derecho de asistencia a la junta general a los titulares de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros, con cinco días de antelación a la celebración de la junta.

<sup>65</sup> Nasdaq, la compañía encargada de la compensación y liquidación de valores en Estonia, a través del programa E-Residency, realizó una prueba piloto siguiendo esta tecnología teniendo una gran acogida.

Como podemos observar, la introducción del *blockchain* solucionaría tres de los problemas expuestos que nos encontramos en la identificación del accionista en las sociedades abiertas cotizadas. En primer lugar, eliminaría a los intermediarios, haciendo más transparente y directa la transmisión de las acciones y, por ende, se conseguiría una identificación de manera inmediata (Delgado Samper, 2019, p. 50). En segundo lugar, destacamos que el mensaje en una red *blockchain* no puede ser alterado, dando, por tanto, fiabilidad a la «seguridad en las comunicaciones», al amparo del artículo 8.2 de la Directiva 2007/36/CE y del artículo 10 Reglamento (UE) 2018/1212/CE. Por último, al haberse autenticado, facilitaría la delegación de los derechos del accionista en un representante a través de la plataforma *blockchain*, remitiendo la intención del voto y la instrucciones a la dirección del representante.

Por otro lado, las sociedades cerradas no tienen el problema de identificación del socio que presentan las sociedades abiertas o cotizadas a causa de la gran cadena de custodios de las acciones. Sin embargo, aquellas sociedades en las que los socios no se conocen y tienen un elevada participación social, la identificación resulta muy costosa, tanto temporal como económicamente. Imaginemos el supuesto de una sociedad limitada que decide acudir a la inversión participativa a través de *crowdfunding*, a razón de 10 euros por participación. A modo de ejemplo, si el capital social requerido fuera de 1.500.000 de euros, este se dividiría en 150.000 participaciones. Esta situación daría lugar a miles de socios que no se conocen, siendo que su participación en la sociedad se limita a la asistencia en la junta una vez al año. No cabe duda de que la cuarta revolución industrial también afectará a la identificación del socio en la junta virtual de estas sociedades. Algún autor introduce tímidamente la posibilidad del reconocimiento facial a través de inteligencia artificial como mecanismo de identificación (Usano Benítez, 2020, p. 5). A nuestro juicio, la disrupción que puede tener el reconocimiento facial a través de inteligencia artificial en las juntas de las sociedades cerradas puede facilitar enormemente la labor de identificación (Alegre Villarroya, 2020, p. 1)<sup>66</sup>.

La propuesta tecnológica en materia de identificación mediante reconocimiento facial es la siguiente<sup>67</sup>. El socio, tal y cómo se indique en el anuncio en la convocatoria, tendrá que enviar una imagen en la que aparezca su rostro (Virgil Petrescu, 2019, p. 242)<sup>68</sup>. Llegado el

<sup>66</sup> «Herramienta tecnológica que, basándose en la probabilidad y la optimización, permite solucionar problemas complejos a los que un ser humano no puede enfrentarse de forma intuitiva, pues se necesitaría una capacidad de computación o cálculo muy elevada para dar con la solución, e incluso en determinados casos sería imposible abordar estos problemas»

<sup>67</sup> Sin dejar de lado la importancia de la regulación de protección de datos en el almacenamiento de imágenes e información de cada uno de los socios. (Alegre Villarroya, 2020, p. 13 u Ortega Giménez et al., 2021, pp. 20-25).

<sup>68</sup> Un ejemplo similar de reconocimiento facial mediante inteligencia artificial es el desbloqueo en los productos de Apple. Este tiene dos partes: una llamada Romeo, que proyecta unos 30.000 rayos infrarrojos en el rostro del usuario, y Julieta, que es encargada de la lectura del modelo. Seguidamente el modelo es enviado a un «enclave seguro» desde el aparato tecnológico para confirmar si es el titular del dispositivo. Destacar que el modelo facial no es accesible a Apple.

momento de la junta virtual, accederá a un aula individual en la que se tendrá que colocar de tal manera que el programa pueda proceder a reconocer su identidad. Así, y comparándolo con su imagen enviada, validará la identificación, dándole acceso a la junta<sup>69</sup>. De esta manera conseguimos reducir la tarea del secretario en la identificación y es un tercero el encargado de llevar a cabo la identificación del socio, asegurando la independencia e imparcialidad de quien identifica a los asistentes de la junta.

La regulación estatal de la inteligencia artificial y del *blockchain* tienen que abrir la vía a caminos, a día de hoy, inescrutables. El miedo a que las tecnologías reemplacen la labor de los seres humanos ha sido una constante que se ha repetido desde hace cientos de años y que ha sido probada como incierta. El *blockchain* y la inteligencia artificial acabarán con cientos de tareas que hoy consideramos tediosas y alienantes por repetitivas, facilitando cientos de procesos en el ámbito societario. No cabe lugar a dudas de que la irrupción tecnológica en materia de identificación del socio en la junta virtual ha venido para quedarse.

## 6. Conclusiones

Hasta fechas muy recientes, el estado de la técnica ha condicionado que el modo de celebración de la junta haya sido presencial. Sin embargo, la existencia de inversores internacionales en distintos puntos del mundo y el imparable avance en las tecnologías de la comunicación han impulsado que la junta general pueda celebrarse telemáticamente. El derecho no ha sido ajeno a esta realidad; de esta forma, podemos observar como la Directiva 2007/36/CE hizo una primera introducción a la participación en la junta general por medios electrónicos e impulsó la regulación de la celebración de la junta virtual (art. 8 Directiva 2007/36/CE). 10 años más tarde, la Directiva 2017/828/CE obligó a los Estados miembros a introducir disposiciones que regularan la identificación del socio en supuestos en que existen cadenas más o menos largas de intermediarios custodios de las acciones. Esto tendrá gran importancia a la hora de conocer qué accionistas tienen derecho de asistencia a la junta virtual. La pandemia provocada por la covid-19 ha intensificado la apuesta por el modelo de junta virtual, al no poder reunirse presencialmente los socios y tener que dar cumplimiento a la obligación legal de celebración de la junta.

Sin embargo, la implementación de este nuevo modelo de reunión ha traído consigo una serie de problemas. Consideramos, principalmente, que la identificación del socio es el gran

---

<sup>69</sup> Planteamos dos opciones en las que la identificación llegara a ser infructuosa. En un primer supuesto podría ocurrir que el programa no reconozca al socio, en este caso la plataforma enviará a esa persona a un aula en la que el secretario de la junta le identifique manualmente. En un segundo supuesto podría ocurrir que un tercero accediera al *link* de acceso y el reconocimiento facial fallase, dando acceso a quien no tiene derecho de asistencia en la junta. En este caso, sugerimos que el sistema hiciera una captura de pantalla a la imagen de quien dice ser socio.

reto al que se enfrentan las juntas virtuales. Esto se debe a que en la celebración telemática se pierde el control *in situ* de quien tiene derecho a asistir a la junta. Por tanto, para evitar posibles intromisiones ilegítimas, hay que analizar el grado de protección que brinda el régimen jurídico vigente. La legislación española no es ajena a esta cuestión, ya que exige como requisito indispensable para la válida celebración de la junta virtual la debida identificación del socio (art. 182, art. 182 bis.3 y art. 521.1 LSC).

No obstante, la regulación de la junta virtual en el momento en el que se declara el estado de alarma no daba una respuesta clara a la realidad a la que se tenían que enfrentar las sociedades. Por ello, los distintos cambios normativos han sido recogidos en normativa excepcional (RDL 8/2020, RDL 11/2020, RDL 34/2020, RD 5/2021 y Ley 2/2021) y han tratado de ir orientando a las sociedades en la celebración telemática de la junta. Sin embargo, esta regulación ha resultado ser bastante confusa en la redacción e indescifrable, al remitir a normativa ya derogada. Por otro lado, en materia de identificación no añade ningún cambio, más allá de señalar que es el secretario el encargado de identificar a los socios.

Descendiendo a la práctica societaria, en las juntas generales celebradas en 2020, podemos concluir que la actuación en materia de identificación del socio en las sociedades cotizadas ha sido distinta a las sociedades cerradas. Hemos observado que la mayoría de sociedades cotizadas han optado por la identificación del socio a través de la firma electrónica cualificada, otras sociedades han optado por el acceso mediante las credenciales usuario/clave que se expedía tras cumplimentar el formulario especial de registro y, por último, algunas entidades bancarias contemplaban la posibilidad de acceder a la junta virtual mediante las claves personales para entrar en la página web. Además, podemos afirmar que, en el estado actual de la técnica, la firma electrónica cualificada es el medio idóneo a la hora de garantizar la seguridad de las comunicaciones e identificación del socio, ya que hay un control exclusivo sobre la misma (art. 26.c Reglamento (UE) 2018/1212/CE) y cumple con el requisito de inalterabilidad (art. 8.2.a Reglamento (UE) 2018/1212/CE). Por otro lado, en las sociedades cerradas el medio de identificación del socio, una vez requerido y cotejado el DNI en su condición de socio, ha sido el envío del *link* y contraseña a una plataforma de videochat. Adicionalmente, destacamos que las sociedades anónimas y limitadas han requerido copia escaneada de los poderes o del título en virtud del cual está facultado para representar al socio, para garantizar la forma de la representación. Aunque también se ha permitido otorgar la representación por medios de comunicación a distancia (art. 189.2 LSC). Una vez acreditada la representación, el representante recibe el *link* y contraseña para acceder a una plataforma de videochat.

El legislador, con ánimo de que las juntas virtuales permanezcan en el tiempo, las ha regulado en la Ley 5/2021. Esta reforma mejora sustancialmente la identificación del accionista cuando existe una cadena de intermediarios custodios (art. 497 bis, art. 520 ter, art. 522 bis y art. 524 bis LSC), además de permitir a las sociedades limitadas la celebración virtual (art. 182 y art. 182 bis.7 LSC), habilitar la posibilidad de celebración exclusivamente telemática (art. 182 bis LSC) y exigir la participación efectiva en la junta de los socios como requisito esencial para su celebración (art. 182 bis.3 LSC).

Sin embargo, la reforma de la LSC introduce el artículo 182 bis.4 de la LSC, que parece admitir sistemas de identificación automática, sin intervención del secretario. Esta cuestión suscitará dudas en el caso de que se dé un registro simultáneo del socio y del representante, y problemas sobre quién será el responsable en el caso de impugnación de los acuerdos por participación de personas no socias. Nosotros creemos que el registro debería programarse de tal manera que no sea posible la participación simultánea del representante y del socio, dejando siempre la opción al socio de anular el registro del representante y, por tanto, de que se entienda revocada la representación (art. 185 LSC). Todo ello bajo supervisión y responsabilidad del secretario (art. 192 de la LSC en relación con el artículo 98 Reglamento del Registro Mercantil).

Además, la reforma de la LSC no aclara si la regulación de la junta exclusivamente virtual sobre la participación efectiva del socio y la hora de registro del socio (art. 182.3 bis) son extensibles a la junta híbrida (art. 182 LSC). Sobre este punto concluimos que para una efectiva participación y registro del socio en la junta híbrida son aplicables analógicamente los preceptos de la junta íntegramente virtual, por ser la regulación de la junta híbrida muy similar a la de la junta íntegramente virtual y existir identidad de razón en ambos supuestos (art. 4 CC).

Por otro lado, la reforma de la LSC nada dice respecto a los medios de identificación del socio y no se ha previsto que sea el secretario el encargado de la elaboración de la lista de asistentes y posterior remisión de ese acta al correo de los socios, colaborando así en la identificación del socio. Expuestas estas cuestiones abogamos, en primer lugar, por una modificación del artículo 182 de la LSC en el que se recoja expresamente que es el secretario del órgano de administración el encargado de reconocer la identidad de los socios, y que lo haga constar en acta, remitiéndola, en el plazo del artículo 202 de la LSC, a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes, salvaguardando, en todo caso, los derechos del socio en materia de protección de datos. En segundo lugar, creemos que, dada la rapidez con la que avanza la técnica, la reciente introducción del artículo 182 bis.3 de la LSC debería incluir una recomendación de los medios por parte de la CNMV en materia de identificación del socio.

Por último, creemos que los avances técnicos en materia de identificación del socio se canalizarán a través del *blockchain* y de la inteligencia artificial. Estimamos que, en un futuro cercano, el *blockchain* facilitará a las sociedades cotizadas la identificación del socio en la cadena de intermediarios, resultará más sencillo el otorgamiento de la representación a través de la misma plataforma *blockchain* y, por ser una tecnología inalterable en el sentido de que las modificaciones que se produzcan afectan a toda la cadena de datos, otorgará mayor seguridad al sistema. Por otro lado, proponemos un sistema de inteligencia artificial mediante reconocimiento facial en las sociedades cerradas y así facilitar la labor de los secretarios en la identificación. Tanto el *blockchain* en las sociedades cotizadas como la inteligencia artificial en las sociedades cerradas serán herramientas que reduzcan enormemente los costes que supone la celebración de la junta y darán seguridad jurídica a la junta virtual, modelo de reunión de los socios que ha venido para quedarse.

## Referencias bibliográficas

- Alcalá Díaz, M. A. (2020). Juntas virtuales: excepcionalidad y derechos de socio. *La Ley mercantil*, 68.
- Alegre Villarroya, B. (2020). La aplicación de la inteligencia artificial al ejercicio de la abogacía. *Cronus jurídico*, SP/DOCT/107340. Sepin.
- Alegre Villarroya, B. (2020). Sistemas autónomos de toma de decisiones aplicados a la selección de prestatarios en los contratos de préstamo bancario. *Diario de la Ley*, 69.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2021). Las juntas telemáticas en la pandemia y más allá. *El Notario*. <https://www.elnotario.es>
- Delgado Samper, E. (2019). La digitalización: breve repaso a la tecnologías para convertirlo en todo (o en casi todo) en 1 y 0. En C. de la Orden de la Cruz y C. Martínez Laburta (Coords.), *Revolución digital Derecho mercantil y «token» economía*. Tecnos.
- Díaz Moreno, A. (2020). ¿Son las juntas generales de las sociedades de capital no cotizadas órganos de «gobierno y administración» a los efectos del régimen excepcional de celebración y de adopción de acuerdos? *Gp\_Análisis*. <https://www.ga-p.com/publicaciones>
- Estevan de Quesada, C. (2008). Participación en la junta de la sociedad anónima por medios electrónicos: su utilización en las sociedades con un reducido número de socios. En M. J. Vañó Vañó (Coord.), *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el Derecho Societario*. Aranzadi.
- Fernández Torres, I. (2009). Participación de los accionistas en la Junta por medios electrónicos: reactivación de la Junta. En F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla y R. Tena Arrengui (Coords.), *La Junta General de las sociedades de capital*. Colegio Notarial de Madrid.
- Flores Doña, M. de la S. (2009). Garantías al ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos. En F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla y R. Tena Arrengui (Coords.), *La Junta General de las sociedades de capital*. Colegio Notarial de Madrid.
- Gallego Córcoles, A. (2019). El «Blockchain» en la junta general. En C. de la Orden de la Cruz y C. Martínez Laburta (Coords.), *Revolución digital Derecho mercantil y «token» economía*. Tecnos.
- Gállego Lanau, M. (2019). La aplicación de tecnología de registro distribuido en la Junta General. Una primera aproximación. *Revista Derecho de sociedades*, 57.
- Gállego Lanau, M. (2020). La celebración de la junta íntegramente virtual: ¿debería extenderse más allá del estado de alarma? *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 26.
- Leach Ros, B. y Pérez Pueyo, A. (2019). La identificación del accionista en los supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos, ya personalmente o través de representante. En A. Roncero Sánchez (Coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados* (pp. 253-290). Aranzadi.
- Morales Barceló, J. (2020). La participación en la junta por medios telemáticos, asistencia y ejercicio del derecho de voto. *Revista La Ley mercantil*, 70.
- Muñoz Paredes, J. M. (2005). *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*. Civitas.
- Muñoz Paredes, J. M. (2006). Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 102.

- Ortega Giménez *et al.* (2021). La aplicación de la inteligencia artificial y el derecho: la gestión de riesgos como fundamento de la diligencia debida frente a los riesgos de la inteligencia artificial. *Revista CEFLegal*, 241.
- Pastor Sempere, C. M. (2018). Internet del valor. En M.<sup>a</sup> del Carmen Pastor Sempere y R. Villarroig Moya (Coords.), *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*. Aranzadi.
- Recalde Castells, A. (2007). Incidencia de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas. *Revista para el Análisis del Derecho*, 3.
- Recalde Castells, A. (2009). Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación «a distancia» (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 19.
- Rodríguez Artigas, F. (2013). La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada. *Revista de Derecho Mercantil*, 289.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. y Huerta Viesca, I. (2020). Coronavirus: reflexión y propuestas sobre el régimen de funcionamiento ordinario y concursal de las personas jurídicas privadas no cotizadas durante y después del Estado de Alarma (arts. 40 y 43 RDL 8/2020 también tras el RDL 11/2020). *Diario de la Ley*, 9624.
- Sánchez Calero, F. (2007). *La junta general en las sociedades de capital*, Aranzadi.
- Schwab, K. (2020). La Cuarta Revolución Industrial. *Futuro Hoy*, 1(1), 06-10.
- Usano Benítez, D. (2020). Juntas virtuales ¿solución o problema? *Diario de la Ley*, 9646.
- Vañó Vañó, M. J. (2008). Ejercicio del derecho a voto y de representación por medios de comunicación a distancia. En M. J. Vañó Vañó (Coord.), *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el Derecho Societario*. Aranzadi.
- Vañó Vañó, M. J. (2019). Participación de los socios en la junta general de las sociedades cotizadas. En A. Roncero Sánchez (Coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*. Aranzadi.
- Virgil Petrescu, R. V. (2019). Face recognition as a Biometric Application. *Journal of Mechatronics and Robotics*, 3:237.257.
- Zubiri de Salinas, M. (2015). *El representante del Socio en las Sociedades de Capital*. Aranzadi.



# El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial

**Pablo Hernández-Lahoz Ortiz**

*Abogado del Estado. Jefe Área Concursal  
Doctor en Derecho*

[polh\\_lahoz@yahoo.es](mailto:polh_lahoz@yahoo.es) | <https://orcid.org/0000-0002-8785-1195>

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

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

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

## Extracto

En este artículo se analizan las medidas que con carácter temporal se han adoptado desde la perspectiva del derecho concursal para mitigar las consecuencias que la pandemia sanitaria generada por la covid-19 ha traído consigo en el ámbito empresarial. Estas medidas integran un verdadero derecho concursal de emergencia, y dentro de ellas puede diferenciarse entre unas medidas normativas aprobadas por el Gobierno de España y otras que tienen su origen en actuaciones judiciales concretas.

**Palabras clave:** pandemia; concursal; emergencia.

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

**Cómo citar:** Hernández-Lahoz Ortiz, P. (2021). El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial. *Revista CEFLegal*, 250, 39-72.



# Emergency insolvency law: legislative measures and judicial best practices

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz

## Abstract

This article analyses the temporary measures which have been introduced in the Spanish insolvency framework to mitigate the economic consequences generated to companies and the business sector by the health pandemic. These measures integrate a new legal regime known as emergency insolvency law. Some of these measures are contained in laws enacted by the Spanish Government, while others have been delivered by the judicial practice of Spanish commercial courts.

**Keywords:** pandemic; insolvency; emergency.

**Citation:** Hernández-Lahoz Ortiz, P. (2021). El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial. *Revista CEFLegal*, 250, 39-72.



## Sumario

1. Introducción: El derecho concursal de emergencia
2. Las medidas normativas de aplicación inmediata
  - 2.1. La llamada «moratoria concursal»
    - 2.1.1. ¿En qué consiste?
    - 2.1.2. La finalidad de la moratoria, su valoración y consecuencias prácticas
  - 2.2. Medidas encaminadas a fomentar la negociación con los acreedores y evitar la liquidación en el concurso
    - 2.2.1. La propuesta de modificación del convenio, la tramitación de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio y la suspensión del deber del concursado de solicitar la liquidación
    - 2.2.2. El régimen de los nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*) en caso de fracaso de la solución convencional
    - 2.2.3. El mejor tratamiento de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor
    - 2.2.4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación
  - 2.3. Medidas de agilización procesal en la tramitación del concurso
    - 2.3.1. La agilización de algunos incidentes concursales
    - 2.3.2. El reconocimiento de carácter preferente a la tramitación de ciertas actuaciones
    - 2.3.3. La enajenación de la masa activa y la aprobación de los planes de liquidación
3. Las medidas normativas de aplicación futura
  - 3.1. Los avales del ICO y el fondo de la SEPI
  - 3.2. Las medidas concursales del RDL 5/2021 para los avales del ICO
    - 3.2.1. La extensión al crédito de derecho público de los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: ¿Muestra el legislador el camino a seguir ante la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio?
    - 3.2.2. La gestión del cobro de los créditos del ICO-Ministerio en el precurso y el concurso de los deudores avalados
    - 3.2.3. La atribución a los créditos de derecho público del rango de créditos ordinarios
  - 3.3. La perspectiva concursal de los créditos derivados del fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI
4. Buena praxis judicial en tiempos de pandemia: el *pre-pack* concursal

### Referencias bibliográficas



## 1. Introducción: El derecho concursal de emergencia

Nadie puede poner en duda que la crisis sanitaria generada por la covid-19 está incidiendo directamente sobre las estructuras jurídico-organizativas de los Estados de derecho. La pandemia ha exigido que naciones de todo el planeta hayan tenido que recurrir a medidas restrictivas e instrumentos jurídicos que, si bien en algunos ordenamientos podían tener cierto encaje constitucional o normativo de carácter teórico, nunca hasta ahora habían sido empleados de forma tan generalizada.

El caso de España no ha sido diferente. El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública a pandemia internacional y, desde entonces, los distintos gobiernos –principalmente el del Estado, pero también, en menor medida, los de las comunidades autónomas y entidades de la Administración local– han tenido que tomar decisiones y aprobar medidas con una doble finalidad: proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos y hacer frente al impacto económico y social derivado de la situación extraordinaria de crisis sanitaria.

En el ámbito sanitario se han adoptado, con un carácter más o menos restrictivo en función de la evolución de la pandemia y de las oleadas de contagios, unas medidas generales que, afectando en bloque a toda la sociedad, han supuesto una limitación a la libertad de circulación de los ciudadanos (confinamiento en hogares, cierres perimetrales de ciudades, etc.), la suspensión de la actividad educativa presencial o el cierre de establecimientos comerciales y lugares de culto. Todas ellas se han acordado por la autoridad competente en el marco de un estado de alarma, que se declaró por primera vez por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo<sup>1</sup>, y que se ha venido prorrogando hasta la fecha actual<sup>2</sup>.

El problema principal de estas medidas de protección de la salud es que han sido de tal naturaleza restrictiva que han traído consigo consecuencias importantes sobre el tejido empresarial y la economía. Por poner un ejemplo gráfico, una empresa que haya tenido que dejar de desarrollar su actividad económica, cerrando sus establecimientos pero manteniendo los gastos de arrendamiento de sus locales y las nóminas de sus trabajadores,

<sup>1</sup> BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

<sup>2</sup> El estado de alarma se encuentra prorrogado por el Gobierno hasta el 9 de mayo de 2021.

habrá dejado de tener ingresos sin reducir la mayor parte de sus costes fijos, lo que, indudablemente, le abocará a una situación de dificultad económica.

Por esta razón, se han intentado compatibilizar las decisiones de índole sanitario con medidas de apoyo económico: en el ámbito laboral, se aprobaron medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos; en el procesal, se suspendieron los plazos previstos en las normas procesales para todos los órdenes jurisdiccionales; en la contratación administrativa, se recogieron los daños y perjuicios que podían ser indemnizados al contratista por la suspensión de la ejecución de los contratos; en las relaciones contractuales civiles, se aprobaron moratorias para los arrendamientos y hasta se acordó elaborar un informe sobre la posibilidad de regular la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* por su posible impacto en los contratos vigentes.

El derecho concursal, cuya finalidad es aportar soluciones a las situaciones de insolvencia actual o inminente de los deudores, no ha sido ajeno a los cambios y medidas aprobadas para paliar los efectos y las consecuencias de la crisis.

A través de distintas normas con rango de ley (Reales Decretos-Leyes 8/2020, de 17 de marzo<sup>3</sup>; 16/2020, de 28 de abril<sup>4</sup>; 34/2020, de 17 de noviembre<sup>5</sup>; 5/2021, de 12 de marzo<sup>6</sup> –en adelante, estas normas se identificarán como RDL–; y la Ley 3/2020, de 18 de septiembre)<sup>7</sup> el Gobierno ha ido interviniendo, sucesivamente y con carácter extraordinario, los distintos institutos que conforman el derecho de la insolvencia, dando lugar a un verdadero «derecho concursal de emergencia» (Pérez Crespo, 2020, p. 1).

Este derecho concursal de emergencia, conforme a su propia naturaleza jurídica de «emergencia», se caracteriza por: (a) ser parcial: afecta a una parte concreta y no a todo el derecho concursal vigente, pues regula solo aquellas materias que se han considerado más sensibles a la situación de crisis que se está viviendo; y (b) ser temporal y limitado: solo será de aplicación durante el período de tiempo que sea necesario ante la situación de pandemia.

Es precisamente el contenido de este derecho concursal de emergencia –que se ha ido aprobando de forma desordenada a través de estos 12 meses de pandemia y que va a estar en vigor, al menos, hasta el 31 de diciembre de 2021–, el que se pretende analizar en este estudio con un doble objetivo: (a) identificar de forma sistemática las medidas que lo integran, y (b) valorar su impacto en este momento y en un futuro próximo.

<sup>3</sup> BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020.

<sup>5</sup> BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

<sup>6</sup> BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021.

<sup>7</sup> BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

Para realizar este análisis de manera adecuada no se va a seguir un mero orden cronológico por fecha de aprobación de los distintos reales decretos-leyes, dado que algunas de estas normas se han limitado a prorrogar en el tiempo medidas adoptadas con anterioridad sin aportar nada nuevo al contenido sustantivo del derecho concursal de emergencia, sino que se ha considerado más oportuno estructurar y clasificar este derecho de carácter extraordinario a través de las siguientes categorías: (a) medidas normativas de aplicación inmediata, (b) medidas normativas de aplicación futura y (c) medidas no normativas.

Las medidas normativas de aplicación inmediata son aquellas que, estando recogidas en los reales decretos-leyes aprobados, han producido efectos reales desde la fecha de vigencia de las normas. Debido a su aplicación inmediata sobre los procedimientos concursales y a la importancia de su contenido, son las medidas que han tenido una mayor trascendencia mediática. Es el caso, por ejemplo, de la moratoria concursal o de las propuestas de modificación de convenio.

Las medidas que se han clasificado en este trabajo como medidas normativas de aplicación futura son las que, siendo aprobadas recientemente por el RDL 5/2021, tienen un impacto más limitado en el ámbito concursal, tanto desde una perspectiva objetiva como temporal. Ello es así porque se refieren a unos créditos concretos, vinculados a unas líneas de avales concedidas por el Estado a través del ICO y el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI. Las medidas se denominan de aplicación futura ya que, a pesar de estar en vigor, no serán de aplicación efectiva hasta que existan créditos de derecho público, nacidos como consecuencia de la ejecución de los avales ante los impagos por los deudores de las operaciones de financiación.

En último lugar, nos referimos a las medidas no normativas. Responden a actuaciones judiciales concretas, carentes de cobertura legal en sentido estricto, que persiguen una agilización de los procedimientos concursales y la continuidad del negocio de las empresas en concurso. Es el caso del *pre-pack* concursal puesto en marcha por los juzgados de lo mercantil de Barcelona.

## 2. Las medidas normativas de aplicación inmediata

### 2.1. La llamada «moratoria concursal»

#### 2.1.1. ¿En qué consiste?

Toda la sociedad española se ha hecho eco de la denominada «moratoria concursal». Coloquialmente, esta medida se ha identificado con una suspensión temporal del deber del deudor insolvente de solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, como veremos a continuación, su contenido se ha ido haciendo más amplio con los sucesivos reales decretos-leyes aprobados.

El artículo 3 del texto refundido de la Ley concursal (en adelante, TRLC), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo<sup>8</sup>, reconoce la legitimación para solicitar la declaración de concurso al deudor insolvente (concurso voluntario), a cualquiera de sus acreedores (concurso necesario), así como, en el caso de que el deudor sea una sociedad, a los socios personalmente responsables de las deudas de la entidad.

Además, el artículo 5 del TRLC establece un «deber» del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, sin perjuicio de que este deber pueda ser aplazado si el deudor comunica al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores; en cuyo caso, el deber debe cumplirse en el plazo de un mes si el deudor no alcanza con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio dentro de los tres meses (si deudor empresario) o dos meses (si deudor persona natural no empresaria) siguientes a la comunicación (art. 595 TRLC).

El derecho concursal de emergencia ha modificado temporalmente esta regulación ordinaria de la solicitud de declaración de concurso con la moratoria concursal, y lo ha hecho a través de todos los reales decretos-leyes que lo integran, dado que el legislador ha ido ampliando sucesivamente la vigencia y el contenido sustantivo de la moratoria.

La moratoria concursal está prevista en el artículo 6 de la Ley 3/2020, que se refiere a un «régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores», y su vigencia se ha ampliado por el RDL 5/2021 hasta el 31 de diciembre de 2021.

Esta moratoria consiste, básicamente, en un aplazamiento del «deber» del deudor insolvente de solicitar la declaración de concurso, pero conservando el deudor su «derecho» a instarla de forma voluntaria.

También se restringe el derecho de los acreedores y demás legitimados a solicitar la declaración de concurso, al no admitirse a trámite las solicitudes de concurso necesario. Es más, se recoge expresamente la prioridad de la solicitud de concurso voluntario sobre la de concurso necesario, aun cuando la primera se haya presentado con posterioridad a la segunda.

Algunos países de nuestro entorno como Alemania, República Checa, Luxemburgo, Portugal y Francia han puesto en marcha una moratoria concursal con este mismo contenido. Otros como Italia, Suiza y Turquía han suspendido temporalmente exclusivamente la posibilidad de iniciar solicitudes de concurso necesario.

La Ley 3/2020 se refiere también al deber del deudor de solicitar la declaración de concurso para el caso de que las negociaciones con los acreedores no concluyan en un acuerdo

---

<sup>8</sup> BOE núm. 127, de 07 de mayo de 2020.

de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o en un convenio derivado de propuesta anticipada. En estos supuestos, el deudor no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores.

En último lugar, debemos referirnos a los plazos de vigencia de la moratoria concursal. El deber del deudor de solicitar la declaración de concurso lleva suspendido desde la fecha de la declaración del estado de alarma y se mantiene hasta el 31 de diciembre de 2021, especificando expresamente la normativa vigente que el plazo de dos meses para cumplir con él se empezará a contar desde el día 1 de enero de 2022. La inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de concurso necesario se viene aplicando desde el 14 de marzo de 2020 (declaración del estado de alarma) hasta el 31 de diciembre de 2021, dándose prioridad hasta esa fecha a las solicitudes de concurso voluntario.

### 2.1.2. La finalidad de la moratoria, su valoración y consecuencias prácticas

El legislador ha expresado en la exposición de motivos de la Ley 3/2020 que el objetivo perseguido con la moratoria concursal es evitar que las consecuencias derivadas de la pandemia sanitaria «nos lleven a declaraciones de concurso respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo».

Es decir, el legislador parte de la idea acertada de que todas las empresas van a soportar necesariamente consecuencias económicas negativas en sus cuentas por la existencia de la pandemia y por las medidas restrictivas derivadas de la misma (cierres temporales de locales, suspensión de suministros, inactividad de muchos trabajadores por el confinamiento, etc.), pero también considera que esa situación negativa va a ser temporal y no tiene por qué implicar que las empresas dejen de ser viables si lo han sido hasta la declaración del estado de alarma. Con este mismo fundamento, y para apoyar a las empresas viables ante las vicisitudes de la crisis, los distintos reales decretos-leyes fueron aprobando un régimen de avales públicos y fondos de ayudas públicas.

Algunos autores (Morena y Morena, 2020, p. 3) han resaltado que con la moratoria concursal se ha pretendido, sobre todo, evitar el colapso de los juzgados mercantiles ante una posible avalancha de procesos concursales, que se han llegado a estimar en unos 10.000.

La moratoria concursal ha recibido valoraciones críticas desde una perspectiva tanto jurídica como económica. Jurídicamente, se ha hecho hincapié en que la falta de previsión de una suspensión del derecho de los acreedores a iniciar procedimientos ejecutivos frente al deudor que no solicita la declaración de concurso resta eficacia a la moratoria y favorece a los acreedores públicos, al contar con procedimientos ejecutivos ágiles y no verse afectados por la suspensión derivada de la comunicación de apertura de negociaciones

(Martínez Sanz, 2021, p. 4). También se ha advertido que la moratoria puede incrementar notablemente los riesgos penales de los administradores bajo una «cortina de falsa seguridad» (Gutiérrez Pérez, 2020). Desde un punto de vista económico, la principal crítica que se ha hecho a la moratoria concursal es que, a largo plazo, puede generar la supervivencia de «empresas zombis» –empresas inviables, que, en ausencia de ciertas medidas de sostenimiento financiero (refinanciaciones bancarias o nuevo crédito de sus contrapartes contractuales) desaparecerían en un breve plazo–; fenómeno que reduce los beneficios del resto de las empresas, disminuye la inversión y el crecimiento del empleo, desincentiva la entrada de nuevas sociedades y provoca una mala asignación de los recursos productivos y pérdidas de productividad (García-Posada Gómez, 2020, p. 22).

Pero ¿qué nos dicen los datos estadísticos sobre la moratoria? Si se tienen en cuenta las series históricas del INE de la operación estadística Procedimiento Concursal<sup>9</sup>, se observa que el número de deudores concursados a lo largo del año 2020 fue de 6.718, es decir, un 13,6 % inferior al registrado en 2019. Por tipo de concurso, 6.447 fueron voluntarios (un 12,1 % menos que en 2019) y 271 necesarios (un 38,4 % menos). Si se atiende a la actividad económica de las entidades concursadas, resulta que las del sector del comercio e industria y energía concentraron el 32,6 % del total de empresas concursadas en 2020. Sin embargo, es en el sector de la hostelería en el que se observa un mayor porcentaje de subida de los concursos respecto a 2019 (35,6 %).

Tabla. 1. Cuadro elaborado por el INE dentro de la operación estadística Procedimientos Concursales.

Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso					
	Total 2020	% Variación anual			
		2020	2019	2018	2017
<b>Deudores concursados</b>	<b>6.718</b>	<b>-13,6</b>	<b>21,5</b>	<b>11,2</b>	<b>9,5</b>
<b>Persona física sin actividad empresarial</b>	<b>2.621</b>	<b>-12,1</b>	<b>44,4</b>	<b>38,5</b>	<b>56,1</b>
<b>Empresas concursadas</b>	<b>4.097</b>	<b>-14,4</b>	<b>10,5</b>	<b>1,7</b>	<b>-0,8</b>
Persona física con actividad empresarial	500	6,2	20,5	39,6	22,3
Sociedad anónima (SA)	264	-31,3	1,6	-11,1	-11,3
Sociedad limitada (SL)	3.245	-15,3	10,5	1,1	0,2



<sup>9</sup> Puede consultarse en el siguiente enlace: <[https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576606](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576606)>.

Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso					
	Total 2020	% Variación anual			
	2020	2019	2018	2017	
▶					
Otras	88	-16,2	7,1	-23,4	-23,4
<b>Tipo de concurso</b>					
Voluntario	6.447	-12,1	22,1	11,8	9,8
Necesario	271	-38,4	11,7	2,9	5,2
<b>Clase de procesamiento</b>					
Ordinario	449	-31,7	-1,2	-8,1	-0,7
Abreviado	6.269	-11,9	24,1	14,0	11,2

Estos datos muestran que, aun existiendo moratoria concursal, los concursos voluntarios no han caído drásticamente respecto del año 2019 (solo un 12,1 %), de lo que puede deducirse que: (a) muchos deudores siguen confiando en el concurso de acreedores como una posible solución a su situación de insolvencia, pues acceden al procedimiento concursal sin estar obligados a ello; y (b) es probable que se produzca un futuro incremento de los concursos tras la vigencia de la moratoria. Muchas empresas, con independencia de su viabilidad real, están intentando mantener su *statu quo* con las ayudas públicas y evitando el concurso, pues, según los datos publicados por el Banco de España, el PIB de nuestro país descendió en un 10,8 % durante 2020<sup>10</sup>, dato que no cuadra con el número de empresas declaradas en curso a lo largo de este año.

La conclusión que puede alcanzarse a la luz de los datos anteriores es que no sería prudente poner fin a la moratoria concursal el 31 de diciembre de 2021 de forma inmediata para todas las empresas. Debería analizarse por el Gobierno la posibilidad de que las empresas fueran renunciando progresivamente a la moratoria, evitando aflorar de un día para otro el gran número de deudores que pueden encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente, así como el evidente colapso judicial y del tejido empresarial. Para ello, se tendrían que diseñar unos parámetros de solvencia y viabilidad que de forma objetiva permitieran ir reduciendo sustancialmente las entidades que han hecho uso de la moratoria; lo que debería ser posible gracias a la información empresarial que los poderes públicos han ido adquiriendo a través de los programas de ayudas y avales puestos en marcha.

<sup>10</sup> Dato disponible en el siguiente enlace: <[https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/si\\_1\\_1.pdf](https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/si_1_1.pdf)>.

## 2.2. Medidas encaminadas a fomentar la negociación con los acreedores y evitar la liquidación en el concurso

### 2.2.1. La propuesta de modificación del convenio, la tramitación de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio y la suspensión del deber del concursado de solicitar la liquidación

El TRLC, partiendo del carácter vinculante del convenio concursal, reconoce en sus artículos 402 y siguientes el derecho de los acreedores a solicitar del juez competente la declaración formal del incumplimiento del convenio. A su vez, el artículo 407 de la TRLC impone al deudor en fase de convenio la obligación de pedir la liquidación desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. El mismo precepto atribuye a los acreedores, ante la pasividad del deudor, el derecho a solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando se acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden dar lugar a la declaración de concurso.

Pues bien, el derecho concursal de emergencia, como ya se hizo en la última crisis económica<sup>11</sup>, aunque con diferencias de calado, vuelve a recurrir en el artículo 3 de la Ley 3/2020 a la posibilidad de instar la modificación del convenio.

Así, tras la modificación realizada por el RDL 5/2021, el concursado puede presentar hasta el 31 de diciembre de 2021 una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. La propuesta se tramitará con arreglo a las mismas normas reguladoras de la aprobación del convenio originario, aunque seguirá siempre el trámite escrito y sin necesidad de celebrarse junta de acreedores, cualquiera que sea el número de acreedores. La modificación no podrá afectar a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados que se hubieran adherido al convenio o a los que se hubiera extendido su eficacia una vez aprobado, a menos que se adhieran expresamente a la propuesta de modificación o voten a favor de la misma.

Díaz Moreno (2020, p. 3) ha calificado esta regulación del artículo 3 de «relativamente breve», al limitarse a abordar algunos puntos concretos de una figura, como la modificación del convenio que suscita un buen número de cuestiones y problemas, proponiendo que, si se pretende dotar a este régimen de estabilidad, integrándolo en el futuro en el sistema concursal como una pieza más, debería mejorarse en lo posible el texto de la norma.

---

<sup>11</sup> La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, por la que se tramitaron las disposiciones contenidas en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, introdujo la posibilidad de solicitar la modificación del convenio para los supuestos en que se hubiese incumplido dentro de los dos años posteriores a su entrada en vigor.

El objetivo de posibilitar la modificación del convenio es evitar que aquellos deudores que están cumpliendo con sus compromisos, pero que previsiblemente no van a poder seguir haciéndolo frente al convenio por la situación sanitaria, se vean abocados a la liquidación.

Con este mismo fundamento, la Ley 3/2020 prevé la suspensión durante un plazo de tres meses de la admisión a trámite por el juzgado de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio que pudieran presentarse por los acreedores. El legislador persigue con esta medida fomentar la negociación y el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, al admitir que durante esos tres meses el concursado podrá presentar una propuesta de modificación del convenio que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Los plazos para hacer valer esta medida están recogidos en el artículo 3 de la Ley 3/2020 con un encaje transitorio de aplicación bastante complejo, motivado por las prórrogas dictadas, en función de las fechas de presentación de las solicitudes de declaración de incumplimiento<sup>12</sup>.

Llegados a este punto, el legislador de emergencia decidió dar una vuelta de tuerca más a este régimen concursal temporal en su afán de proteger el convenio: se descarga al deudor que no puede cumplir con el convenio del deber de solicitar la liquidación de la masa activa, pero solo hasta el 31 de diciembre de 2021 y con la obligación de presentar una propuesta de modificación del convenio que sea admitida a trámite antes de esa fecha. Además, el juez competente no podrá abrir la fase de liquidación del concurso hasta el 31 de diciembre de 2021 aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden dar lugar a la declaración de concurso.

Aunque estas medidas persiguen algo tan loable como la supervivencia del convenio y el fomento de la negociación entre las partes, lo cierto es que se ha entendido que el trata-

---

<sup>12</sup> Aunque los acreedores podrán presentar solicitudes de incumplimiento de esos convenios o acuerdos, esas solicitudes no serán admitidas a trámite inmediatamente, sino que quedarán sujetas a lo siguiente:

- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021: se trasladarán al deudor pero no se admitirán a trámite hasta el 30 de abril de 2021. Durante este tiempo el deudor podrá formular una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, que se tramitará con prioridad.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 31 de diciembre de 2021. Durante este plazo el deudor podrá formular una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, que se tramitará con prioridad.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 13 de marzo de 2021 que hayan sido admitidas a trámite: se suspenderá su tramitación hasta el 31 de diciembre de 2021. Si durante los tres meses anteriores a esta última fecha el deudor formulara una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, se dará trámite a la misma y se archivará la solicitud de incumplimiento.

miento que hace la Ley 3/2020 de la «reinsolvencia» no es del todo razonable, sobre todo para el caso de que el acreedor beligerante sea, por ejemplo, titular de un crédito contra la masa, pues no se termina de comprender por qué este acreedor se ve privado de su derecho a abrir la liquidación en pos de un convenio que le es ajeno, y cuya modificación, además, puede no ser suficiente para remover la insolvencia (Díaz Moreno, 2020, p. 7).

### 2.2.2. El régimen de los nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*) en caso de fracaso de la solución convencional

En las situaciones de crisis económica en las que resulta complicado acceder a nueva financiación, suele ser habitual dar un tratamiento concursal específico a los nuevos ingresos de tesorería. Un ejemplo lo encontramos en el régimen que se aprobó para esta cuestión en la anterior crisis económica a través de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

El actual derecho concursal de emergencia no podía prescindir de una medida de esta naturaleza, de manera que el artículo 4.3 de la Ley 3/2020 asigna la condición de créditos contra la masa a los créditos vinculados a operaciones de financiación para dar cumplimiento a los convenios, si posteriormente tiene lugar el incumplimiento del convenio aprobado o modificado y se procede a la liquidación de la masa activa.

Pero ¿qué operaciones de financiación son las que pueden determinar algo tan relevante como la consideración de unos créditos como créditos contra la masa? La norma no opta por una lista cerrada, sino que se refiere a ingresos de tesorería en «concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona». No obstante, en todo caso los créditos deben nacer de operaciones de financiación que se traduzcan en un incremento real de los recursos líquidos disponibles por el deudor, quedando excluidas otras formas de financiación, como las quitas o la conversión de pasivo en capital, que no suponen nuevas entradas de efectivo en el patrimonio del concursado.

La Ley 3/2020 fija también un requisito objetivo y un límite temporal para que los acreedores financiadores puedan beneficiarse de esta medida.

El requisito objetivo responde a una necesidad de identificación, exigiendo que en el convenio conste de manera clara la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación concedida. Desde un punto de vista temporal, los créditos derivados de operaciones de financiación solo tendrán la consideración de créditos contra la masa si tiene lugar un incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de un plazo de dos años a contar desde el 14 de marzo de 2020.

La principal duda que este régimen jurídico ha suscitado en la doctrina es si la previsión del artículo 4.3 resulta de aplicación a todo convenio que estuviera ejecutándose durante el plazo de dos años hasta el 14 de marzo de 2022, con independencia de que se hubiera aprobado antes o después de la declaración del estado de alarma, pues aplicar el artículo 4.3 a los convenios aprobados con anterioridad al 14 de marzo de 2020 podría ser peligroso, al incidir sobre la base misma del convenio, alterando sustancialmente las condiciones que en su momento fueron tenidas en cuenta por los acreedores del concursado para adherirse o votar a favor de la propuesta de convenio (Moralejo, 2020, p. 7).

### 2.2.3. El mejor tratamiento de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor

Las personas especialmente relacionadas con el deudor son las que aparecen identificadas en los artículos 282<sup>13</sup> y 283<sup>14</sup> del TRLC, en función de que el deudor sea persona natural

<sup>13</sup> Artículo 282. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural.

Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas mencionadas en los números anteriores así como sus administradores de derecho o de hecho. Se presumirá que existe control cuando concorra alguna de las situaciones previstas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradoras de derecho o de hecho».

<sup>14</sup> Artículo 283. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

o jurídica, respectivamente, y del régimen general del TRLC aplicable a sus créditos podemos resaltar dos aspectos. Por un lado, el apartado 14 del artículo 242 del TRLC señala que

no tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos, nacidos durante la fase de cumplimiento del convenio, como consecuencia de préstamos o de cualquier otro contrato de análoga finalidad o como consecuencia de aportaciones dinerarias realizadas en operaciones de aumento del capital de la sociedad deudora, aunque el aumento hubiera quedado sin efecto.

Por otro, el artículo 281.5.º califica los créditos concursales cuya titularidad corresponda a estas personas especialmente relacionadas como créditos subordinados, salvo en algunos supuestos específicos<sup>15</sup>.

Al igual que ha sucedido en otras etapas de crisis, la Ley 3/2020 establece un régimen particular sobre esta materia, tratando de proteger y estimular la financiación que estas personas especialmente relacionadas pueden hacer llegar a los deudores concursados. Para

---

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.

2. No tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en esta ley, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización.

Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

<sup>15</sup> El artículo 281.2 no les atribuye el carácter de subordinados en los siguientes casos:

1.º Los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, que tendrán la consideración de crédito ordinario.

2.º Los créditos a que se refiere el número 1.º del artículo 280 cuando el concursado sea persona natural.

3.º Los créditos a que se refieren los números 1.º y 4.º del artículo 283 cuando los titulares respectivos reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican, salvo que procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad.

conseguir ese estímulo, los créditos de las personas relacionadas pasan a considerarse créditos contra la masa cuando deriven de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos para financiar un convenio o una modificación del mismo si, con posterioridad, el deudor incumple dicho convenio o la modificación dentro de un plazo de dos años, a contar desde el 14 de marzo de 2020.

En los países de nuestro entorno (por ejemplo, Francia, Italia o Alemania) se ha permitido y fomentado, con mayor o menor amplitud, la financiación por partes relacionadas bajo el convencimiento de que, en un momento de alta demanda de crédito y con limitaciones regulatorias y legales para su facilitación a empresas concursadas o en dificultades, son precisamente estas personas especialmente relacionadas con el deudor las más dispuestas, o incluso las únicas disponibles, para prestar este necesario auxilio financiero (Pérez Crespo, 2020, p. 4).

Esta medida tiene una segunda faceta cuando la financiación no va vinculada a la existencia de un convenio. El artículo 7 de la Ley 3/2020 determina, en los concursos que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 y para los créditos concursales en que se hubieran subrogado estas personas, especialmente relacionadas por los pagos realizados de créditos privilegiados u ordinarios por cuenta del deudor, una elevación del rango de sus créditos, al ser calificados como créditos ordinarios. La importancia de esta medida ha sido resaltada por Rojo (2020, p. 8) al entender que, en muchas ocasiones, su aplicación acabará poniendo en manos de las personas especialmente relacionadas con el concursado la consecución de las mayorías necesarias para la aprobación judicial del convenio.

#### 2.2.4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación

La regulación de la Ley 3/2020 sobre los acuerdos extrajudiciales de pagos resulta excesivamente parca, pues se limita a reconocer que a estos acuerdos les son aplicables las reglas contenidas en el artículo 3 sobre la modificación de los convenios y la tramitación de las solicitudes de declaración de incumplimiento.

Esta posibilidad de modificación de los acuerdos extrajudiciales de pagos ha sido acogida con satisfacción por la doctrina, pero la mera remisión al régimen de los convenios trae consigo lagunas importantes sobre aspectos propios de los acuerdos extrajudiciales de pagos como, por ejemplo, saber cuál sería el papel a desarrollar por el mediador en esa modificación, o algo tan básico como si el mediador en la propuesta de modificación de acuerdo extrajudicial de pagos debe ser el inicialmente nombrado o si este puede rechazar su nueva designación (Azofra, 2020, p. 3).

Llama la atención, por otro lado, que esta remisión al régimen de los convenios se limite exclusivamente a lo previsto en el artículo 3 y no a lo ya explicado en este trabajo sobre el especial tratamiento que se da, como créditos contra la masa, a la nueva financiación o

*fresh money* vinculada con el convenio o el «reconvenio» concursal, incluyendo además a las personas especialmente relacionadas con el deudor.

En último lugar, el artículo 12 de la Ley 3/2020 recoge una tímida referencia al acuerdo extrajudicial de pagos bajo la rúbrica «Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho». En el precepto se menciona que «hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado».

Sin embargo, sería deseable que esta previsión pasase de coyuntural a definitiva, ya que pretende atajar uno de los problemas más importantes de la regulación actual de los acuerdos extrajudiciales de pagos (Fidalgo Gallardo, 2020). Es muy frecuente que los mediadores renuncien a su nombramiento, generalmente por el escaso rédito económico que proporcionan estos asuntos, y obliguen al notario o registrador a intentar un nuevo nombramiento; nuevo nombramiento que en ocasiones también es rechazado, incluso en varias ocasiones y por los mismos o parecidos motivos, impidiéndose así o retrasándose el acceso al procedimiento para el deudor de buena fe, que queda desguarnecido frente a las ejecuciones y apremios que puedan estar impulsándose en su contra, y cuya negociación con acreedores (o eventual exoneración de deudas) se dificulta y retrasa.

El problema no es solo la ralentización del procedimiento, sino que en ocasiones el juzgado competente puede llegar a inadmitir la solicitud de declaración de concurso consecutivo, impidiendo el acceso posterior al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por no poder acreditar el deudor haber «celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos», como así sucedió, por ejemplo, en el Auto núm. 42/2019, de 11 de febrero, de la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz<sup>16</sup>.

En segundo lugar, hay que tratar los acuerdos de refinanciación. El TRLC diferencia en su artículo 596 entre los acuerdos colectivos de refinanciación<sup>17</sup>, con o sin homologación judi-

<sup>16</sup> «Por todo ello, esta Sala considera que en supuestos como el presente en que no se haya podido ni siquiera tramitar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales designados, no procede la admisión del concurso consecutivo que pudiera presentar el notario o el deudor, quien deberá, en su caso, formular concurso voluntario no consecutivo, sin las especialidades de los artículos 242 y 242 bis, porque el hecho de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos sin que pudiera tramitarse por causa no imputable al mismo, no puede considerarse presupuesto del concurso consecutivo conforme al artículo 242.1 LC, sin perjuicio de que en dicho caso se considerará intentado el acuerdo extrajudicial de pagos a efectos del requisito previsto en el artículo 178 bis 3.3.º LC. En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto apelado».

<sup>17</sup> El artículo 598 del TRLC enumera los requisitos para los acuerdos colectivos de refinanciación:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

cial<sup>18</sup>, y los acuerdos singulares de refinanciación<sup>19</sup>, destacando de su régimen general dos cuestiones a los efectos de este estudio: (a) el artículo 617 del TRLC, para los acuerdos de

2.º Que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.

3.º Que el acuerdo haya sido suscrito por el deudor y por acreedores que representen, en la fecha en que se hubiera adoptado, al menos, las tres quintas partes del pasivo del deudor, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor.

Si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

4.º Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.

<sup>18</sup> El artículo 606 del TRLC establece los requisitos para que el acuerdo colectivo de refinanciación pueda ser homologado:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

2.º Que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.

3.º Que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen, en el momento de su adopción, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor.

Si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

4.º Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.

<sup>19</sup> El artículo 604 del TRLC recoge los requisitos de los acuerdos singulares de refinanciación:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

2.º Que incrementemente la previa proporción de activo sobre pasivo existente en la fecha de adopción del acuerdo.

3.º Que el activo corriente resultante sea igual o superior al pasivo corriente.

4.º Que la proporción de los créditos con garantías personales o reales de los acreedores que suscriban el acuerdo no sea superior a la existente antes del acuerdo, ni superior al noventa por ciento del pasivo total afectado por el acuerdo. En el caso de garantías reales, el valor de la garantía se determinará conforme a lo establecido en el título VI del libro I de esta ley.

refinanciación homologados, prohíbe temporalmente la presentación de nuevas solicitudes de homologación en tanto no transcurra un año desde la solicitud anterior; y (b) el artículo 628 del TRLC, para los posibles incumplimientos de acuerdos de refinanciación, reconoce a los acreedores el derecho a solicitar la declaración de ese incumplimiento, que acabará determinando la resolución del acuerdo y la desaparición de sus efectos.

En lo que se refiere al derecho concursal de emergencia, la Ley 3/2020 contiene una regulación extraordinaria sobre los acuerdos de refinanciación. Su artículo 5 permite hasta el 31 de diciembre de 2021 que el deudor que tuviera homologado un acuerdo de refinanciación pueda modificarlo o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación. A su vez, las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación que se presenten por los acreedores, dentro de unos periodos de tiempo que han ido variando como consecuencia de las prórrogas acordadas por el Gobierno<sup>20</sup>, no se admitirán a trámite durante el plazo de un mes, en el que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente el inicio de negociaciones con los acreedores para modificar el acuerdo o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado el deudor no consiguiera su objetivo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

La doctrina (Valencia, 2020, p. 1) ha calificado esta medida de imprescindible y necesaria, aunque se haya entendido que el Gobierno reaccionó de forma tardía pues, desde que se declaró el estado de alarma con el RD 463/2020 hasta que se aprobó la medida por primera vez con el RDL 16/2020, se incumplieron acuerdos de refinanciación sin que los deudores afectados ni los acreedores vinculados a los mismos supieran qué podían hacer al respecto.

---

5.º Que el tipo de interés aplicable a los créditos subsistentes o resultantes del acuerdo a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio a la media de los intereses aplicables a los créditos antes del acuerdo.

6.º Que el acuerdo se haya formalizado en escritura pública otorgada por el deudor y por todos los acreedores intervinientes en el mismo, por sí o por medio de representante. En la escritura deberán hacerse constar las razones que, desde el punto de vista económico, justifiquen el acuerdo, así como los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores que suscriban el acuerdo, y se acompañarán a ella cuantos documentos justifiquen la concurrencia a la fecha del otorgamiento de los requisitos a que se refieren los números anteriores.

<sup>20</sup> Aunque los acreedores pueden solicitar el incumplimiento de los acuerdos de refinanciación originales, esas solicitudes se gestionarán del siguiente modo:

- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 28 de febrero de 2021.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 13 de marzo de 2021 que hayan sido admitidas a trámite: se suspenderá su tramitación.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 31 de octubre de 2021.

## 2.3. Medidas de agilización procesal en la tramitación del concurso

### 2.3.1. La agilización de algunos incidentes concursales

La Ley 3/2020 estableció unas pautas de agilización procesal que afectaban a los incidentes para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. El RDL 5/2021 amplió su ámbito de aplicación a los incidentes de reintegración de la masa activa, incorporando un artículo 8 bis en la Ley 3/2020. La única diferencia en la regulación de estos incidentes se encuentra en su plazo de vigencia pues, a día de hoy, está previsto que en los incidentes de impugnación del inventario y de la lista de acreedores las medidas de agilización sean de aplicación hasta el 14 de marzo de 2022 y, en los demás incidentes, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Los cambios que se introducen temporalmente no son complejos y pueden hacer más rápida la tramitación de los incidentes: (a) no se celebrará vista, salvo que el juez decida otra cosa; (b) la falta de contestación a la demanda determinará el allanamiento del demandado, salvo que se trate de acreedores de derecho público; y (c) los medios de prueba deberán acompañar a los escritos de demanda y contestación.

Sin embargo, estas especialidades procesales han recibido una valoración desfavorable desde la óptica de la «simplificación» procedimental, al considerar que una cosa es simplificar trámites y otra muy diferente alterar la configuración del incidente concursal común, con merma del derecho de las partes a valerse de los medios de prueba que estimen adecuados a la pretensión que sostienen, así como con una injustificada e injustificable distribución de sanciones y privilegios procesales, en función de que la parte tenga o no la condición de acreedor de derecho público (Senés, 2020, p. 4).

### 2.3.2. El reconocimiento de carácter preferente a la tramitación de ciertas actuaciones

La Ley 3/2020 recoge una tramitación preferente para determinadas actuaciones procesales con una doble finalidad: (a) dar una rápida respuesta a los procedimientos directamente surgidos de la crisis sanitaria por la covid-19; y (b) evitar el impacto que un previsible aumento de la litigiosidad concursal puede generar en los juzgados de lo mercantil.

El artículo 9 designa el carácter preferente a los siguientes trámites hasta el 31 de diciembre de 2021:

- Los incidentes concursales en materia laboral.
- Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo.

- Las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio.
- Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa.
- La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente.
- La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos.
- El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo.
- El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

### 2.3.3. La enajenación de la masa activa y la aprobación de los planes de liquidación

La enajenación de la masa activa en el derecho concursal de emergencia ha estado sujeta a una regulación cambiante.

Inicialmente, el RDL 16/2020 impuso la subasta extrajudicial como procedimiento para la enajenación, incluso aunque el plan hubiera previsto la subasta judicial, y fomentó la utilización de los medios telemáticos para su celebración. Esta decisión respondió a una intención clara de intentar descargar a los juzgados de las subastas concursales.

La Ley 3/2020 matizó el contenido del RDL anterior, limitándose a afirmar que la subasta de bienes y derechos de la masa activa podía realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez, manteniendo, claro está, la preferencia por los medios telemáticos. Con este nuevo régimen jurídico se generó la duda, por no preverlo la ley, sobre si la administración concursal podía interesar la realización de bienes de forma distinta a la prevista en el plan de liquidación, entendiéndose la doctrina que cabía esa posibilidad siempre y cuando se obtuviese previamente la autorización judicial conforme al artículo 216 del TRLC (Martín, 2020).

Esta cuestión ha sido finalmente solventada por el RDL 5/2021, que ha modificado el artículo 10 de la Ley 3/2020. Hasta el 31 de diciembre de 2021, aunque en el plan de liquidación aprobado judicialmente se hubiera previsto una determinada modalidad de subasta extrajudicial, esta podrá realizarse conforme a cualquier otra modalidad sin necesidad de modificar el plan ni de solicitar la autorización expresa del juez del concurso.

Finalmente, el artículo 11 de la Ley 3/2020 contiene una referencia a cómo deben proceder los letrados de la Administración de Justicia para agilizar la aprobación de los planes de liquidación ya presentados por la administración concursal a la fecha de entrada en vigor de la norma. El letrado acordará de inmediato la puesta de manifiesto de los planes en la oficina del juzgado, y una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del juez del concurso quien deberá dictar auto de inmediato.

### 3. Las medidas normativas de aplicación futura

#### 3.1. Los avales del ICO y el fondo de la SEPI

El Gobierno, desde el inicio de la crisis sanitaria, adoptó dos tipos de medidas para apoyar a empresas y autónomos: (a) la concesión de avales públicos a la financiación que pudieran otorgar las entidades financieras; y (b) la creación de un fondo público de ayudas para el apoyo a la solvencia de empresas.

En el caso de los avales, los RDL 8/2020 y 25/2020 crearon dos líneas de avales de 100.000 y 40.000 millones de euros, respectivamente, para paliar los efectos económicos de la crisis y facilitar que las entidades financieras, al contar con una garantía pública, concedieran financiación a las empresas.

Estos avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se gestionan a través del ICO y son avales en rango *pari passu*, lo que supone que, en caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, dando lugar a una ejecución del aval, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera proporcional al nivel de cobertura del aval. En los acuerdos de Consejo de Ministros que se adoptaron sucesivamente para la concesión de los avales se recogió, en líneas generales, un porcentaje de garantía del 80 % de cada operación de financiación.

Por otro lado, el Fondo de apoyo a la solvencia fue creado por el RDL 25/2020 con una dotación de 10.000 millones de euros para dar apoyo financiero a las empresas no financieras estratégicas solventes que se vean afectadas por la covid-19. La gestión de este fondo se ha atribuido a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

Llegados a este punto cabe preguntarse qué sucedería en el caso de que estas empresas con apoyo público entraran en una situación de insolvencia que les impidiera, entre otras cosas, hacer frente a las operaciones de financiación avaladas por el ICO o devolver los préstamos o ayudas percibidos del fondo gestionado por la SEPI. La respuesta es sencilla: las empresas serán declaradas en concurso y el Estado comunicará sus créditos como acreedor en el concurso.

El RDL 5/2021 ha aprobado un régimen concursal especial aplicable a los créditos públicos que surjan frente a los deudores como consecuencia de la ejecución de los avales

del ICO. La norma no contiene, sin embargo, previsiones aplicables a los créditos que tengan su origen en el fondo gestionado por la SEPI. Sobre estos últimos, la principal cuestión a determinar es si serán o no considerados en el concurso como créditos públicos, con las consiguientes ventajas que ello implica desde una perspectiva concursal.

A estas medidas normativas –que, sin ningún género de duda, integran el derecho concursal de emergencia– las hemos denominado «de aplicación futura» en este estudio pues, a pesar de estar ya vigentes, no serán de aplicación efectiva hasta que las entidades avaladas por el ICO incumplan sus obligaciones de pago y sean declaradas en concurso.

## 3.2. Las medidas concursales del RDL 5/2021 para los avales del ICO

### 3.2.1. La extensión al crédito de derecho público de los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: ¿Muestra el legislador el camino a seguir ante la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio?<sup>21</sup>

Tanto los acuerdos de refinanciación como los acuerdos extrajudiciales de pagos son instrumentos de carácter preconcursal. El acuerdo colectivo de refinanciación, que es la modalidad más habitual, se formaliza entre los deudores en estado de insolvencia que no han sido declarados en concurso y sus acreedores, ampliando el crédito disponible o modificando las obligaciones del deudor, con la finalidad de garantizar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El acuerdo extrajudicial de pagos persigue, a través de la figura del mediador, una negociación preconcursal voluntaria como alternativa a la directa solicitud de declaración de concurso, vinculándola el legislador, para hacerla más atractiva, al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

El crédito de derecho público siempre se ha situado al margen de estas dos figuras jurídicas, reconociéndolo expresamente el TRLC en los artículos 606.2<sup>22</sup> y 616<sup>23</sup> para los acuer-

<sup>21</sup> Es la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019.

<sup>22</sup> Artículo 606.2: «En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito».

<sup>23</sup> Artículo 616: «Salvo que se trate de titulares de créditos de derecho público, los acreedores que no lo sean de pasivos financieros podrán adherirse al acuerdo homologado de refinanciación».

dos de refinanciación y en el artículo 683.2<sup>24</sup> para los acuerdos extrajudiciales de pagos. La explicación a esta exclusión del ámbito preconcursal se encuentra en (a) la indisponibilidad del crédito de derecho público, por razón de la protección del interés público, con fundamento en el artículo 7<sup>25</sup> de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; (b) la limitación a la actuación de la Hacienda Pública impuesta por el derecho de la competencia y el régimen comunitario de las ayudas de Estado; y (c) la regulación expresa, en el ámbito tributario, de los aplazamientos de pago de deudas.

Sin embargo, en la actualidad –al estar pendiente la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio– se encuentra abierto un debate doctrinal sobre la decisión que va a adoptar el legislador en cuanto a la posible afectación del crédito de derecho público por los planes de reestructuración. Y es que, como ha reconocido Lado Castro-Rial (2021, p. 15), la directiva, al relacionar en sus artículos 1.5 y 1.6 los créditos que podrán ser excluidos o no afectados por los marcos de reestructuración preventiva, no menciona expresamente la categoría del crédito público, por lo que podría entenderse que podría quedar afectado por el plan de reestructuración. Así se deduce también implícitamente del considerando 44 de la norma cuando se refiere a los acreedores públicos como categoría separada de créditos: «Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social».

Precisamente con este importante debate abierto y estando cerca el vencimiento del plazo de transposición de la directiva, el RDL 5/2021 ha sorprendido al reconocer en su artículo 16.3 que los créditos derivados de la ejecución de los avales otorgados por el ministerio podrán quedar afectados por los acuerdos extrajudiciales de pagos y se considerarán pasivo financiero a efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación.

Más allá de la polémica aludida en los párrafos anteriores, lo cierto es que esta previsión del RDL tiene perfecto sentido si se atiende a la verdadera naturaleza del crédito que surge por la ejecución de los avales. ¿Será un crédito de derecho público? Indudablemente. Pero en todo caso surgirá vinculado a una operación de financiación concedida originariamente

<sup>24</sup> Artículo 683.2: «En ningún caso, los créditos públicos, gocen o no de garantía real, podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos».

<sup>25</sup> «1. No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes.

2. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno».

por una entidad financiera, y lo que hará el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital es subrogarse en la posición de esa entidad como avalista que atiende un requerimiento de pago. Es decir, en sentido estricto, ese crédito no dejará de ser, por su propia naturaleza jurídica, un «crédito financiero» a los efectos del artículo 606.2 del TRLC («los procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera») aunque en él se haya subrogado el ministerio. Siendo un crédito financiero, sería inexplicable que quedara fuera del ámbito del acuerdo de refinanciación, y ello con independencia de su condición de crédito de derecho público.

Quedan sin resolver algunas cuestiones a las que no se refiere el RDL 5/2021 como, por ejemplo, qué sucede con el efecto suspensivo de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores sobre los procedimientos ejecutivos, dado que el artículo 592 del TRLC excluye de esa suspensión a los créditos de derecho público. No obstante, parece sensato que la mera previsión de sujeción de los créditos del ICO-Ministerio a los acuerdos preconcursales suponga de forma implícita la aplicación de todo su régimen jurídico, suspensión incluida.

En último lugar –y ya fuera del ámbito preconcursal– está el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad (*fresh start*) que, con arreglo a los artículos 486 y siguientes del TRLC, permite al deudor persona natural, al final del concurso de acreedores, poder cancelar definitivamente las deudas que no hayan podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes durante la fase de liquidación, modulando el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911<sup>26</sup> del CC (Areoso Casal, 2020, p. 811).

La polémica también está servida al abordar el tratamiento que debe darse al crédito de derecho público en el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, sobre todo porque algunos autores y juzgados de lo mercantil están considerando que el Gobierno, al regular este beneficio en el TRLC, ha ido en sus facultades de «regularizar, aclarar y armonizar» más allá de la delegación otorgada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, pudiendo incurrir en un exceso legislativo (*ultra vires*).

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho puede hacerse efectivo a través de dos vías: la automática (denominada como régimen general en el TRLC) y la que exige la presentación de un plan de pagos, siendo la primera más beneficiosa para el deudor por el alcance liberatorio de las deudas y por la dificultad revocatoria de la misma.

En el marco de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC) se venía entendiendo –aun cuando resultaba cierto que nada se recogía en la literalidad del artículo 178 bis.3.4 LC en relación con los concretos créditos que resultaban exonerados tras la obten-

<sup>26</sup> «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

ción de la liberación de deudas a través de la vía automática– que tales créditos se identificaban, por exclusión de los no exonerados, con todos los calificados como ordinarios y subordinados. Sin embargo, en la vía del plan de pagos resultaban enumerados los créditos exonerados (art. 178 bis.3.5.1 LC), exceptuándose de tal enumeración, expresamente, los créditos públicos y por alimentos (Rubio Vicente, 2016, p. 15).

Ante la ausencia de una excepción similar para la vía de la obtención automática del beneficio (art. 178 bis.3.4 LC), algunos autores como Fernández Seijo (2015, p. 283) entendían que en la exoneración derivada de la aplicación del número 4 del artículo 178.bis.3 de la LC resultaban también exonerados los créditos públicos que no tuvieran consideración de créditos contra la masa o créditos privilegiados. Esta posición parece que es la que adoptó también el Tribunal Supremo en su STS núm. 381/2019, de 2 de julio<sup>27</sup>.

El Gobierno, a través del artículo 491 del TRLC, ha optado por prever una exclusión expresa de todos los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para los supuestos de la vía automática cuando se satisfacen en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

Esta regulación ha llevado a Sendra Albiñana (2021, p. 7) a afirmar que sobre esta cuestión el exceso cometido por el legislador delegado, al introducir la no exoneración del crédito público en la vía automática, resulta evidente desde el momento en que la nueva norma altera sustancialmente la categorización de créditos establecida hasta entonces, creando una nueva clase de créditos hasta entonces inexistente.

Algunos juzgados de lo mercantil han dictado autos<sup>28</sup> posicionándose con esta interpretación doctrinal, al acordar no aplicar la norma vigente (art. 491 TRLC) por entender que ha habido un exceso *ultra vires* respecto de la delegación otorgada para hacer la refundición. A su juicio, el artículo 491 del TRLC impide que todo deudor se exonere del crédito público, y ello en contra del artículo 178 bis.3.4.º de la LC, que permitía a deudores que no se acogían a un plan de pagos exonerarse del crédito público ordinario y subordinado. Según estas resoluciones judiciales, el artículo 491 del TRLC

altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.

<sup>27</sup> RJ 2019\2769.

<sup>28</sup> Auto de 8 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona.

En medio de esta situación tan compleja, que deberá ser resuelta por el Tribunal Supremo o por el legislador lo antes posible, el RDL 5/2021 ha decidido extender el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho a los créditos de derecho público que puedan corresponder al ICO como consecuencia de la ejecución de los avales.

Esta extensión al crédito público se explica por la situación extraordinaria y temporal que se está viviendo como consecuencia de la pandemia, e incluso por entender que la posición asumida por el Estado será la derivada de una subrogación por la ejecución de los avales. Sin embargo, también sirve esta decisión del legislador para reflexionar sobre una realidad en la que ha insistido en varias ocasiones Cuenca Casas<sup>29</sup>:

Sin exoneración de crédito público el sistema del beneficio de la segunda oportunidad será restrictivo y no cumplirá la finalidad para la que fue creado que es la de recuperar al deudor, particularmente el empresario, para que vuelva a emprender y crear puestos de trabajo.

### 3.2.2. La gestión del cobro de los créditos del ICO-Ministerio en el pre-concurso y el concurso de los deudores avalados

Uno de los aspectos más llamativos del RDL 5/2021 es el peculiar régimen de recuperación y cobranza que establece su artículo 16 para los créditos del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que surjan como consecuencia de la ejecución de los avales. Como ya hemos señalado en este trabajo, los avales del ICO vienen a garantizar, como máximo, el 80 % del importe de cada operación de financiación concedida por las entidades financieras.

Lo más reseñable es que para los créditos de derecho público decae la aplicación del régimen y de los procedimientos de recuperación y cobranza previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria. Además, se encomienda la recuperación de estos créditos públicos a las entidades financieras, que se convierten en entidades privadas que actúan en nombre y por cuenta del Estado.

La explicación que da la exposición de motivos para esta forma de proceder –que, sin duda, exigirá una adecuada coordinación entre el ICO (como gestor) y las entidades financieras– es que la superposición de procedimientos que podría darse, al reclamar las entidades financieras por procedimientos de derecho privado la parte del crédito no avalado y el Estado el crédito nacido de la ejecución del aval conforme a la Ley general presupuestaria,

<sup>29</sup> <<https://hayderecho.expansion.com/2020/09/28/credito-publico-y-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-ley-concursal-a-proposito-del-auto-del-juzgado-mercantil-no-7-de-barcelona-de-8-de-septiembre-de-2020/>>.

llegaría a resultar disfuncional, especialmente cuando el importe recuperado debe compararse entre ambos acreedores en función de la mencionada cláusula *pari passu*.

Es en este marco interpretativo en el que el legislador ha decidido que sean las propias entidades financieras las que actúen en nombre y por cuenta del Estado en las negociaciones que puedan tener lugar en el ámbito preconcursal para alcanzar acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales de pago, que afectarán a los créditos de derecho público surgidos por el incumplimiento de las deudas avaladas por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

La actuación de las entidades financieras en nombre y por cuenta del Estado cesa automáticamente con la declaración de concurso, pues el RDL 5/2021 afirma de manera taxativa que, en caso de declaración de concurso del deudor avalado, serán de aplicación las reglas generales de representación y defensa en juicio establecidas en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas.

### 3.2.3. La atribución a los créditos de derecho público del rango de créditos ordinarios

El apartado 4 del artículo 16 del RDL 5/2021 dispone que

los créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de los avales otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, ostentarán el rango de crédito ordinario en caso de declaración de concurso del deudor avalado.

Aunque esta atribución del carácter ordinario puede sorprender inicialmente, dado que conforme al artículo 280.4.º TRLC los créditos de derecho público se suelen calificar en un 50 % como privilegio general y en el otro 50 % como crédito ordinario, no puede olvidarse que el ICO en estas operaciones de financiación actúa como avalista y que el artículo 310.2.3.º del TRLC establece que:

En caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado.

Por lo tanto, el impacto de la previsión recogida en el RDL es más aparente que real.

No obstante, cabe referirse a dos supuestos concretos que podrían generar problemas interpretativos y que no son resueltos por el RDL 5/2021.

El primer caso está relacionado con el hecho de que el propio RDL 5/2021 establezca, como medida de apoyo público a la solvencia que puede adoptarse en beneficio de las empresas, la conversión de las operaciones de financiación en préstamos participativos. Como es sabido, el artículo 281.2.º del TRLC atribuye la condición de créditos subordinados a los «créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos», régimen que podría entrar en colisión con el artículo 16.4 del RDL 5/2021, que reconoce, sin excepción, la condición de crédito ordinario a los créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de los avales.

Podría darse solución a esta cuestión mediante la aplicación del artículo 310.2.3.º del TRLC, de manera que el crédito del Estado, al derivarse de una operación de aval, debería clasificarse con el grado inferior entre los que corresponderían al acreedor y al avalista. Por lo tanto, *a priori*, podría decirse que la aplicación del artículo 16.4 del RDL cedería en favor de la aplicación del artículo 310.2.3.º del TRLC, aunque parece una manera un tanto simple de resolver esta cuestión si se tiene en cuenta que el artículo 16.4 del RDL es un precepto con un ámbito de aplicación muy restringido y concreto (créditos por impagos de avales), y, dentro de ese ámbito, el legislador quiso reconocer expresamente a esos créditos el carácter de ordinarios.

El segundo problema interpretativo es similar al anterior, pero desde otra perspectiva: ¿qué sucede si en el otorgamiento de avales por las entidades financieras y el ministerio se exigió la formalización de garantías reales? ¿Debería considerarse el crédito de derecho público, en caso de declaración de concurso, como ordinario, conforme al artículo 16.4 del RDL 5/2021, o como privilegiado especial al contar con una garantía real (art. 270 TRLC)? Esta cuestión es muy relevante, sobre todo después de que el Tribunal Supremo haya clarificado la jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre la posibilidad de que un fiador sea titular de un crédito con privilegio especial. La STS núm. 262/2020, de 8 de junio<sup>30</sup>, estableció que:

El crédito del acreedor no hay duda de que era un crédito ordinario, en cuanto al principal. Y el crédito del fiador tendría la consideración de crédito con privilegio especial, pero no por la naturaleza del crédito afianzado ni por la consideración subjetiva del fiador, sino porque, como trata de razonar la Audiencia, las dos pólizas de contragarantía se concertaron con una garantía real (una hipoteca) adicional prestada por el deudor principal. Esta garantía no cubría el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituyó por el deudor principal y a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza. Por esta razón, la constitución de esta garantía no se debe ver afectada por la regla del art. 87.6 LC.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial no sería incompatible con la previsión del artículo 16.4 del RDL 5/2021. No obstante, habrá que esperar para saber cómo se solventan finalmente estas dudas interpretativas.

<sup>30</sup> RJ 2020\1570.

### 3.3. La perspectiva concursal de los créditos derivados del fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI

El problema de naturaleza concursal que puede surgir con estos créditos será el de determinar si han de considerarse como créditos de derecho público y, por lo tanto, ser calificados en un 50 % como créditos con privilegio general y, en otro 50 %, como créditos ordinarios (art. 280 TRLC).

El punto de partida para este análisis es la doctrina sentada por la STS núm. 472/2013, de 16 de julio<sup>31</sup>, sobre los requisitos que deben reunir los créditos para ser definidos como créditos de derecho público:

De este modo, los «demás créditos de derecho público» mencionados en el art. 91.4.º LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas.

Ambos requisitos se cumplen en el presente caso, la titularidad de los créditos corresponde a dos ministerios y deriva de la potestad administrativa contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003, 2684), General de Subvenciones, y de la Orden Ministerial ITC 1014/2005, de 12 de abril (RCL 2005, 783), al amparo de la cual se otorgaron los préstamos reembolsables. Esta normativa específicamente atribuye a las cantidades a recobrar la consideración de ingresos de derecho público y remite para su cobranza a lo previsto en la Ley General Presupuestaria (art. 38.1 Ley General de Subvenciones y apartado 18.3 OM ITC 1014/2005).

Teniendo en cuenta lo afirmado por el Tribunal Supremo, parece esencial atender a la normativa aplicable al Fondo de apoyo a la solvencia (el RDL 25/2020 y la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas) para determinar si la titularidad de las cantidades concedidas en forma de ayudas corresponde a la Administración General del Estado y si su utilización está vinculada al ejercicio de una potestad administrativa.

En cuanto a la titularidad, debe decirse que a pesar de que coloquialmente los medios de comunicación se han referido al Fondo de apoyo a la solvencia como «Fondo de la SEPI», no siendo la SEPI formalmente Administración General del Estado, lo cierto es que el RDL 25/2020 atribuye a esta sociedad exclusivamente funciones de gestión, incidiendo en que

<sup>31</sup> RJ 2013\5199.

«en todas las operaciones y acciones relativas al Fondo, SEPI actuará en nombre y representación de la Administración General del Estado».

El origen de los importes del fondo, desde un punto de vista presupuestario, se encuentra en el presupuesto del Ministerio de Hacienda, citándose expresamente en el RDL 25/2020 la partida correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado:

A los efectos indicados en el apartado anterior, se concede un crédito extraordinario al presupuesto en vigor de la Sección 15 «Ministerio de Hacienda», Servicio 01 «Ministerio, Subsecretaría y Servicios generales», programa 923M «Dirección y Servicios Generales de Hacienda», capítulo 8 «Activos Financieros», artículo 87 «Aportaciones patrimoniales», concepto 879 «Aportación patrimonial al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas», por importe de 10.000 millones de euros. El crédito extraordinario que se concede en este apartado se financiará de conformidad con el artículo 46 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

La cuestión se aclara todavía más si se atiende al contenido de la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, que establece que: (a) la SEPI, en su calidad de depositario de los títulos y derechos económicos del fondo, inscribirá los mismos cuando proceda, a nombre de la Administración General del Estado; y (b) se integrará en el Tesoro Público el saldo del fondo, así como todo importe que resulte, por cualquier concepto, de las operaciones financiadas con cargo al mismo, pendientes de reembolso con posterioridad a dicha extinción, de acuerdo con su naturaleza de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

Si volvemos a la transcripción anterior de la STS de 16 de julio de 2013, se observa que para el tribunal lo relevante a efectos de calificar un crédito como de derecho público es que la normativa específica reguladora de la ayuda atribuya a las cantidades a recobrar la consideración de ingresos de derecho público y se remita para su cobranza a la Ley general presupuestaria.

Esto es lo que hace la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por lo que puede afirmarse que en un procedimiento concursal los créditos que surjan vinculados al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas deberán ser considerados como créditos de derecho público.

Autores como Bermejo (2021, p. 9), aun reconociendo esta naturaleza pública de los créditos que deriven del Fondo, han criticado duramente esta previsión legislativa, al entender que no está justificada desde el momento en que el Fondo puede ajustar y controlar el volumen de riesgo de su inversión –*v. gr.*, contratando garantías, eligiendo a quién concede financiación y vigilando su actuación, sujetando a autorización las decisiones estratégicas que aumentan sobrevenidamente el riesgo de la inversión y prohibiendo las que redistribuyen valor en beneficio de terceros–.

## 4. Buena praxis judicial en tiempos de pandemia: el *pre-pack* concursal

La situación económica que se está viviendo como consecuencia de la pandemia sanitaria ha llevado a algunos jueces mercantiles a aplicar ciertas medidas que, a pesar de no tener cobertura legal, buscan agilizar los trámites del concurso para facilitar la venta de la unidad productiva; teniendo presente que el objetivo de la legislación concursal siempre ha sido el de potenciar y favorecer la continuidad del negocio de las empresas en concurso, bien facilitando al deudor alcanzar un convenio con sus acreedores, bien permitiendo que el negocio prosiga su actividad, solo que en manos de un tercero que adquiere la unidad productiva (Córdoba, 2020).

El artículo 530 del TRLC recoge una modalidad de concurso abreviado para los supuestos en que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, pues entonces el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, como expone Fernández-Seijo<sup>32</sup>, esta fórmula plantea en la práctica algunos problemas y recelos, ya que es el propio insolvente el que se ocupa de la gestión previa de las opciones de compra, eligiendo la que consideraba conveniente, y dejando al administrador concursal la ingrata tarea de tener que evaluar en un lapso de tiempo muy corto y con muchas tensiones la bondad de la oferta.

La escasa utilidad del procedimiento del artículo 530 del TRLC y la previsión de un incremento de procedimientos concursales cuando venza la moratoria concursal han llevado a los jueces mercantiles de Barcelona a formalizar el acuerdo o protocolo de 20 de enero de 2021<sup>33</sup>, en el que pretenden fijar unas directrices que puedan garantizar el éxito de la venta de la unidad productiva.

El protocolo intenta introducir en el ordenamiento jurídico español el mecanismo previo a la declaración de concurso conocido en otros países, como Países Bajos o Reino Unido, con el nombre de *pre-pack* concursal. Consiste, básicamente, en designar un experto independiente o administrador en materia de reestructuración antes del concurso, aprovechando la comunicación de apertura de negociaciones del artículo 583 del TRLC.

El nombramiento del experto se hará por el juez que resulte competente para conocer del futuro concurso y, en la mayor parte de los supuestos, el experto será después designado como administrador concursal. La función del experto independiente es la de supervisar tanto el proceso de definición de la unidad productiva que se pueda transmitir como la búsqueda de posibles interesados en la adquisición, de manera que esta actuación previa

<sup>32</sup> <<https://almacendederecho.org/liquidacion-concursal-venta-de-unidades-productivas-y-pre-pack>>.

<sup>33</sup> <<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM BARCELONA.pdf>>.

al concurso facilite el futuro proceso de venta de la unidad productiva tras la declaración de concurso, superando los problemas actuales que plantea la vía del artículo 530 del TRLC.

El protocolo de 20 de enero de 2021 desarrolla una guía con las directrices básicas que deben seguirse en la tramitación del procedimiento del *pre-pack* concursal, y lo cierto es que esta figura de derecho comparado ya se ha puesto en práctica por algunos órganos judiciales.

El origen de esta buena práctica judicial se suele situar en el Auto de 9 de enero de 2012<sup>34</sup> del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona que, acogiendo la pretensión de la deudora, designó en el marco del artículo 5 bis de la LC un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor y supervisar la preparación del posible procedimiento concursal.

Más recientes son las resoluciones de 29 de julio de 2020 de los Juzgados de lo Mercantil núms. 7<sup>35</sup> y 10 de Barcelona, estimatorias de la solicitud de *pre-pack* en dos concursos de acreedores en los que finalmente se adjudicó la unidad productiva en favor del solicitante seleccionado en la fase preconcursal, en un breve plazo de tres días desde la presentación de la solicitud del concurso.

Finalmente, el 21 de enero de 2021 se dictó por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona un auto<sup>36</sup> estimando la solicitud del *pre-pack* de un grupo de cinco sociedades vinculadas, aplicando el protocolo de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

No obstante, a pesar de las indudables ventajas prácticas que supone la aplicación del *pre-pack* concursal, la actuación de los juzgados de lo mercantil de Barcelona también ha recibido algunas valoraciones críticas sobre los siguientes aspectos: (a) la venta de la unidad productiva, al ser una solución de naturaleza liquidatoria, no tiene encaje en el artículo 583 del TRLC, precepto que solo alude a la posibilidad de alcanzar una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos; (b) no queda claro en el protocolo si el *pre-pack* constituye una solución al alcance de todas las empresas en crisis, o si debiera restringirse su ámbito de aplicación a aquellas empresas que pudieran ser viables en el mercado; (c) no existe una normativa expresa aplicable al experto independiente y la aplicación extensiva del estatuto de la administración concursal puede generar problemas aplicativos, por ejemplo, en aquellos casos en los que la solicitud de concurso no sea finalmente presentada por el deudor y no llegue a designarse administrador concursal; y (d) una vez declarado el concurso, las dudas que genera la aplicación del *pre-pack* al procedimiento de liquidación urgente que diseña el artículo 530 del TRLC se ciernen sobre la posibilidad de no implementar la venta y con base en qué motivos (Ríos López, 2021).

<sup>34</sup> JUR 2014\176918.

<sup>35</sup> JUR 2020\291841.

<sup>36</sup> JUR 2021\54686.

## Referencias bibliográficas

- Areoso Casal, A. (2020). *El nuevo marco regulatorio del Derecho concursal*. Wolters Kluwer.
- Azofra, F. (2020). Los acuerdos extrajudiciales de pagos. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Bermejo, N. (2021). El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público. *Anuario de Derecho Concursal*, 52.
- Córdoba, B. (2020). Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal. *Diario La Ley*, 9617.
- Díaz Moreno, A. (2020). La modificación del convenio concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Fernández Seijo, J. M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. (2.ª ed.). Bosch.
- Fidalgo Gallardo, C. (2020). Hacia la necesaria reforma del mecanismo de segunda oportunidad. Los ajustes en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia COVID-19. *Diario La Ley*, 9684.
- García-Posada Gómez, M. (2020). Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal. *Documentos Ocasionales del Banco de España*, 2029.
- Gutiérrez Pérez, E. (2020). La suspensión del deber de solicitar el concurso como fuente de riesgos penales de insolvencia. *Diario La Ley*, 9683.
- Lado Castro-Rial, C. (2021). El crédito tributario ante los institutos preconcursales. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Martín, A. (2020). Enajenación de bienes concursales tras la legislación COVID-19. *Notarios y Registradores*.
- Martínez Sanz, F. (2021). Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Moralejo, I. (2020). La liquidación de la masa activa. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Morena, G. de la y Morena, A. de la (2020). COVID-19 y concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33.
- Pérez Crespo, F. (2020). Los créditos contra la masa. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Ríos López, Y. (2021). «Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis. *El Derecho*.
- Rojo, A. (2020). Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Rubio Vicente, P. (2016). Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 24.
- Sendra Albiñana, A. (2021). Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal... ¿ultra vires? *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Senés, C. (2020). Las normas procesales. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Valencia, F. (2020). Los acuerdos de refinanciación. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.

# Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal

Comentario a la [STS de 20 de septiembre de 2021](#)

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar, sin una justificación razonable, por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable, y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. La admisibilidad de la impugnación del decreto es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la protección del menor, puesto que, al declarar su mayoría de edad, excluye al demandante del sistema de protección reforzada constitucionalmente garantizado a los menores.

Si las autoridades del país de origen no cuestionan los documentos y no existe esa alteración burda ni impugnación por la vía correspondiente, no hay motivos para dudar, ni siquiera por la apariencia física, de la edad oficial derivada del documento, y habrá que convenir que el menor estaba documentado y que le correspondía la atención que dispensa la legislación española e internacional asumida por España, como un menor de edad extranjero no acompañado.

**Palabras clave:** menores; minoría de edad; derechos fundamentales; identidad del menor.

Fecha de entrada: 11-10-2021 / Fecha de aceptación: 27-10-2021

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

Antes de entrar en el estudio y comentario detenido de la sentencia, conviene aclarar algunos conceptos relacionados con la misma. En primer lugar el objeto es un MENA, es decir, un menor no acompañado, declarado mayor de edad por decreto del fiscal.

Por ello debemos reproducir aquí lo que se entiende por menor no acompañado, que viene regulado en el artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009:

Menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

Y como la sentencia se centra en la determinación de la edad con arreglo a un procedimiento competencia de la Fiscalía de Menores, el artículo 190, una vez detectado el presunto menor y puesto a disposición del servicio de protección de menores, se pone asimismo en conocimiento del Ministerio Público. El fiscal, entonces, dispone de un plazo, el más breve posible –dice el decreto– para determinar la edad. Y respecto de ese decreto, la norma nos dice lo siguiente:

En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente.

En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de esta es inferior a los dieciocho años. El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

Pues bien, no estamos aquí para comentar el real decreto, ni siquiera el procedimiento de determinación de la edad, pero sí llama la atención que en caso de que se establezca una horquilla de determinación de edad en el procedimiento, que es lo habitual, se entiende

que es menor de edad cuando la más baja sea inferior a 18 años. Observaremos después que las pruebas médicas se rechazan por invasivas y que solo vienen justificadas cuando no es posible determinar la edad por otros medios, bien médicos no invasivos, o por inexistencia de documentos, o porque los documentos han sido impugnados o son burdos y claramente dubitados.

Pues bien, con la aclaración de estos conceptos, empezamos:

La sala decide el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación de un MENA, contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por la Sección 14.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 728/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 372/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 49 de Madrid, sobre acción de tutela judicial civil de derechos fundamentales, y donde el Ministerio Fiscal es parte.

De esta sentencia podemos destacar muchas cosas, pero, por significativa y excepcional, empezaremos aludiendo al cambio de posición del fiscal desde la primera instancia hasta la casación. El fiscal no ha actuado de manera uniforme en las distintas fases de este procedimiento de determinación de la edad de un NENA. Porque en primera instancia sostuvo un criterio: la validez de su decreto y la duda de la documental que se aportó por el presunto menor; criterio que mantuvo posteriormente cuando el juzgado de instancia, al no acoger la tesis de la fiscalía, lo declaró menor, al apelarse la sentencia ante la audiencia provincial. Luego –y aquí cambió–, al recurrirse en casación, el Ministerio fiscal pidió la estimación de los dos recursos: el de casación y el de infracción procesal. En definitiva, la consecuencia de la estimación de la casación es la no aceptación del decreto del fiscal sobre la minoría de edad que la audiencia sí apreció al revocar la sentencia de primera instancia que declaraba lo contrario con el siguiente pronunciamiento, que va a ser el mantenido por el Supremo.

El Tribunal Supremo vuelve a resolver este asunto estudiándolo con detenimiento y haciendo referencia a otras sentencias anteriores que inciden en los documentos y en la validez del presupuesto de su edad con la documental aportada: el acta de nacimiento, el certificado judicial de nacimiento, la tarjeta de identidad consular y certificado de inscripción consular de Guinea son documentos válidos a efectos probatorios y no son suficientes las dudas de la fiscalía sobre la fiabilidad de los mismos.

Sin embargo, la fiscalía en este tipo de asuntos, en otros casos, se ampara en esa misma jurisprudencia sobre el valor de la documental, precisamente en las expresiones que utiliza sobre la ponderación razonable de cada caso. Cuando se nos dice:

No cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponde-

rar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

También se puede añadir que dicha doctrina general se ha incorporado al artículo 12.4 de la Ley del menor 1/1996. No se está obligando a aceptar el documento en todo caso, sino a exponer las razones por las que se duda del documento. Incluso se invoca el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.<sup>a</sup>, n.º 2194/2016, de 11 de octubre que acepta como criterios aptos y suficientes para que el fiscal dude del documento y autorice la prueba médica la apariencia física de adulto, con los límites de que la apariencia no se deduzca de una foto sino del examen físico.

Por ello, las dudas razonables ponderadas nos permitirían las pruebas físicas, así como entender impugnados los documentos. De otro lado, la STS n.º 131/2018, de 31 de enero parece incidir en todo esto. El Tribunal Supremo señala, además, que la posibilidad de dudar de documentados se encuentra en la normativa vigente, en el artículo 190 del Reglamento de Extranjería. Acepta que una situación de mayoría o minoría de edad pueda ser dubitada o indubitada por la apariencia física pero también por los documentos que aporta, porque el protocolo establece las pautas de

actuación para que un funcionario ante el que se presenta un supuesto menor con documentos resuelva dicha disyuntiva, determinando si por el documento la minoría es indubitada o no, y ello, concluye, en nada afecta al Reglamento sino que forma parte de la función de coordinar propia del Protocolo.

Es decir, la sentencia que comentamos otorga plena validez a la documental, pero con base en otras, incluso en esta, se permite sostener criterios para cuestionarla. Y cuando el fiscal cambia de postura –como se ha dicho– lo hace constar así la sentencia del Supremo:

Y decíamos al principio que es curiosa la posición del fiscal porque en primera instancia se acogió el criterio del escaso valor de los documentos aportados, tarjeta consular de identidad certificado de inscripción de nacimiento, para después llegar a la conclusión de que cuando no se trata de una persona indocumentada, si no se impugnan es incuestionable el hecho de que hayan sido expedidos por autoridades u organismos oficiales del país de origen, lo cual impide, por un lado, que se puedan practicar pruebas invasivas (pruebas médicas invasivas), y tanto si está documentado como si está indocumentado no necesariamente hay que realizarlas para poder determinar su edad.

Al final, a pesar de las facultades del Ministerio Fiscal, si no se respeta la validez del documento, no se respeta el certificado de las autoridades oficiales extranjeras.

Sin embargo, no se observa un cambio radical en esta sentencia, porque si bien concede validez a la edad que se deduce del certificado, lo hace porque no existen dudas razona-

bles, y las manifestaciones de la fiscalía son consideradas subjetivas, carentes de fuerza o valor. Es decir, se mantiene la impugnación y se mantiene la duda razonable, pero es precisamente esa falta de rigor en la ponderación de los distintos elementos por parte de la fiscalía lo que hace al Supremo apartarse de esta excepcionalidad. Nos dice:

Debemos darlo por válido toda vez que el Ministerio Fiscal, más allá de sus valoraciones subjetivas, no ha desplegado prueba alguna que permita a este Tribunal determinar que dichos documentos, no olvidemos expedidos por el país de origen del actor, hayan sido manipulados o que haya indicios de falsedad.

Los indicios de manipulación o de falsedad sí destruirían la presunción de invalidez de la documental. Pero si las autoridades del país de origen no cuestionan los documentos y no existe esa alteración burda ni impugnación por la vía correspondiente, no hay motivos para dudar, ni siquiera por la apariencia física, de la edad oficial.

Más adelante, se reafirma el derecho fundamental, o los derechos fundamentales alegados por quien recurre. Cabe destacar asimismo el interés del objeto procesal –la minoría de edad– aunque ya haya alcanzado la mayoría de edad; porque la Audiencia ya había manifestado, como en otras ocasiones, que al ser mayor cuando se dicta la sentencia, se produce una pérdida sobrevenida del objeto por carencia del mismo. Destacamos cómo la sentencia hace referencia al carácter probatorio de los documentos cuando no se han impugnado, sin cuestionar, cuando de resoluciones administrativas de protección hablamos, que ha sido impugnada en el ámbito de protección, el valor probatorio de los mismos a pesar de la singularidad de dichos procedimientos, que no excluyen las garantías. Por tanto, también importa para la Administración el valor de los certificados de nacimiento o tarjetas consulares a los efectos de dispensar al MENA la protección de la entidad pública. Así se recoge en las sentencias 307/2020, de 16 de junio (NSJ061924), y 357/2021, de 24 de mayo:

Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

En lo que hace referencia a los derechos fundamentales vulnerados y la carencia sobrevenida del objeto por haber alcanzado la mayoría de edad, y empezando por esto último, se recuerda que el extranjero sigue con interés en saber si le correspondía la atención «dispensada por la legislación española e internacional asumida por España a los menores de edad extranjeros no acompañados». No pierde interés y su derecho a la tutela judicial está intacto, pues se desconecta de la edad efectiva para arraigarse en el interés legítimo subsistente.

Sobre los derechos fundamentales, se ampara en otra sentencia que ya se pronunció al respecto, la n.º 410/2021, de 18 de junio (NCJ065617), y 412/2021, de 21 de junio. No se

puede cuestionar la impugnación del decreto de la fiscalía, pues es una exigencia de la tutela judicial efectiva. Si ese decreto declara mayor de edad, está privando a la persona de la protección que le dispensaría las normas protectores de la minoría de edad de un estado o de una comunidad autónoma, con lo cual se niega el reconocimiento de «los derechos del niño conforme a la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990». Las entidades públicas amparan a los menores hasta los 18 años de edad; de ser mayores por vía del decreto de la Fiscalía, resultaría que quedarían inmersos en el procedimiento de expulsión de extranjeros indocumentados en España. La invocación, en tales casos, de sus derechos fundamentales se ampara en la necesidad de identificar al menor extranjero y fijar su estado civil, y esto se encuentra regulado en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño; según el cual

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Y cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Esta identidad y este estado civil están relacionados con los derechos fundamentales, y por ello la invocación de los mismos es tratada en la sentencia de la siguiente manera: como vulneración del principio de igualdad y no discriminación ante la ley cuando se duda de la documental por no acreditarse o afirmarse que sea falsa, irregular o manipulada, sin impugnación. Es cierto que, a veces, se ha relacionado la no discriminación con la comparativa con otro caso para hacerla valer. Se trataría no solo de afirmar esa discriminación respecto de otro, sino de probarla, de probar un trato desigual en situaciones idénticas; como también de no aplicar este criterio indiscriminadamente, sino más bien tratar cada caso individualmente. Incluso se podría argumentar, para complementar la sentencia, que no se puede aplicar al extranjero en cuestión un sistema de eficacia de documentos diferenciado del que tendría un ciudadano español u otro extranjero. Es decir, siendo clara la postura del Tribunal Supremo en este caso, hay matices que pueden ser valorados cuando se habla de discriminación o de vulneración del principio de igualdad.

Finalmente, diremos –porque se hace una referencia velada en la sentencia sobre las facultades del fiscal en el expediente de determinación de la edad y sobre la impugnación del mismo– que el fiscal opera en esta materia de determinación de la edad como órgano de garantías constitucionales. La STS (Sala 3.<sup>a</sup>) n.º 12194/2016, de 11 de octubre:

Configura la legislación española al Ministerio Fiscal como la Institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley (art. 124 de la CE). En el art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de

quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover y formar parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de menores.

El fiscal actúa al margen de la Administración y por ello no puede entenderse que entre en conflicto con el menor.

Conforme reiterada jurisprudencia constitucional, los derechos del art. 24.2 CE solo son aplicables al proceso penal o al proceso administrativo sancionador. El expediente de determinación de edad carece de uno y otro carácter siendo un procedimiento de identificación, si bien el interés superior del menor exige proyectar una serie de garantías nucleares recogidas en dicho precepto, principalmente el trámite de audiencia, pero no el de asistencia letrada, por cuanto el interesado no está detenido y sus intereses se protegen por el Fiscal.

# Modificación de la capacidad de las personas con la Ley 8/2021

Comentario a la [STS de 20 de septiembre de 2021](#)

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Extracto

Tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece, cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Cuestión distinta es que la provisión de apoyos, en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica. La provisión de apoyos judiciales tiene que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. No cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. La voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

**Palabras clave:** capacidad de las personas; curatela; modificación de la capacidad; provisión judicial de apoyos; principios; voluntad del interesado.

Fecha de entrada: 07-10-2021 / Fecha de aceptación: 29-10-2021

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

La sentencia seleccionada para comentar es muy interesante, por ser la primera que en un recurso de casación aborda la situación que provoca la modificación del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas para incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

El artículo 12 de la convención dispone que:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se propocionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008, pero hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio, no se ha modificado la regulación existente, habiendo sido el Tribunal Supremo el que ha ido atemperándola a la convención.

Es conveniente, más en esta situación de reforma legislativa, examinar la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia y por la audiencia provincial en el recurso de apelación y la posterior sentencia del Tribunal Supremo que aplica por primera vez la reforma legislativa.

El procedimiento se inicia por el Ministerio Fiscal que presenta demandad de modificación de la capacidad y la constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona demandada, tomando como base el trastorno de conducta y trastorno de personalidad y que padece síndrome de Diógenes, que le afecta a su salud e higiene y autocuidado, con asilamiento social y rechazando cualquier ayuda por la nula conciencia de su enfermedad. La sentencia del juzgado de 1.ª instancia de 18 de marzo de 2019 nombró tutora a la comunidad autónoma para atenderle y asistirle en los aspectos mencionados.

Contra la sentencia el demandado interpuso recurso de apelación que fue desestimado por sentencia de 19 de junio de 2019, al presentar el demandado una incapacidad relevante para cuidar su salud e higiene, y que el trastorno que padece le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, agravado por el no reconocimiento de su patología.

Frente a esta resolución el demandado interpuso recurso de casación, que se tuvo por interpuesto por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2019, por considerar que se infringían los artículos 199, 200 y 322 del Código Civil referidos a la incapacitación, entendiéndose que su posible trastorno es insuficiente para modificar su capacidad de obrar. La sala por auto de 9 de diciembre de 2020 lo admitió.

En esos momentos el Ministerio Fiscal informó considerando procedente la desestimación del recurso de casación interpuesto y solicitó que el recurrente quedara sujeto a la institución de la curatela, con las facultades establecidas en la sentencia para que su protección fuera lo más adecuada posible, estableciendo un control cada seis meses para, valorando la situación y evolución del afectado, en su caso dejarlas sin efecto o su ampliación si fuera necesario.

Como consecuencia de estar prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en atención al contenido de sus disposiciones transitorias, especialmente la sexta, que se refiere a los procesos de tramitación, y la quinta, sobre revisión de las medidas ya acordadas, el tribunal resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo.

La importante y profunda reforma legal introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, para incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de las personas

con discapacidad, por un lado suprime la declaración de incapacidad, eliminando las instituciones que delimitaban los apoyos procedentes, tutela, curatela y defensor judicial, elimina la prórrogas o rehabilitación de la patria potestad y se centra en la provisión de apoyos necesarios para las personas con discapacidad para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica para permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, con las salvaguardas oportunas para acomodar las medidas de apoyo a los criterios legales y que se atienda a la voluntad y los deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 Código Civil).

La nueva regulación que se contiene en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, y de la propia Convención, se vertebra sobre los siguientes elementos:

1. Se aplica a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.
2. La guarda de hecho se establece como medida de apoyo no formal, que permite asistir, sin necesidad de intervención judicial, salvo para aquellos casos en que sea necesaria la autorización judicial.
3. Las medidas de apoyo han «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.
4. Las medidas voluntarias de apoyo son preferentes y las medidas judiciales de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias.
5. No existe pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona.
6. La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.
7. La medida de apoyo judicial será la curatela, que concentra las medidas judiciales de apoyo continuado y su contenido podrá ser asistencial incluso de manera puntual para alguna actividad diaria al ser de contenido muy amplio como sucederá en los casos de representación. Esta curatela representativa solo se establecerá en los casos excepcionales en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona.
8. Además, la provisión de apoyos judicial no se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte, sino que al tener en cuenta la necesidad y proporcionalidad, la actuación de oficio por parte de la autoridad judicial y la presencia y actuación del Ministerio Fiscal es relevante.

Por otro lado, debe significarse que las medidas de apoyo serán proporcionadas y necesarias, respetando siempre la máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica, y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencia (art. 269 Código Civil).

Así, por un lado, deberá establecerse el contenido de la curatela para establecer las medidas de asistencia que sean necesarias, quedando las actuaciones representativas para los supuestos excepcionales, debiendo establecerse el alcance de la representación solo para aquellos casos en que se precise, de acuerdo con las circunstancias de la persona con discapacidad, sin que en ningún caso pueda incluir privación de derechos, y por tanto sin más limitaciones que las que pueda conllevar la medida de apoyo.

Por tanto, de acuerdo con las necesidades de apoyo se deberán establecer medidas proporcionadas a la situación de la persona afectada por la discapacidad, y tenido en cuenta su voluntad, sus preferencias y sus deseos.

La presente resolución que se comenta, donde la sentencia podía ser dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se ajustó a la disposición transitoria sexta, que establece que

los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento,

en unión con la disposición transitoria quinta, que tiene por finalidad revisar todas las tutelas y curatelas vigentes a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

De acuerdo con la nueva regulación se han de tener en cuenta los deseos, preferencias y voluntad del interesado.

Téngase en cuenta que el recurso se interpone por el afectado por la sentencia que le declara incapaz y le sometía al régimen de tutela, que conservaba sus facultades cognitivas o al menos no se encontraban afectadas de manera relevante.

No obstante, también consta que la nula conciencia de su situación provoca que rechace todos los posibles apoyos que le han sido ofrecidos por los servicios sociales, de hecho las rechaza de manera terminante y por tanto se plantea si es posible acordar la medida de apoyo judicial en contra de su voluntad.

Es importante en este punto acudir a la Ley de jurisdicción voluntaria (LJV), que ha sido modificada también por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que regula, procedimiento común para la provisión judicial de apoyos, un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis.a, 42 bis.b y 42 bis.c LJV).

El artículo 42 bis b) 5 de la LJV dispone que

la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la

autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

Por tanto, tras la comparecencia del fiscal, si la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos muestran oposición sobre la medida de apoyo, se pondrá fin al expediente, y supone acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis.b.5 LJV). Si la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo produce la terminación del expediente, es una consecuencia de la finalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria y del inicio de un procedimiento contradictorio: la necesidad de determinar en el mismo la procedencia o no de las medidas de apoyo, aun en contra de la voluntad del interesado.

Como hemos visto, el Código Civil dispone que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, es decir, hay que tener en cuenta o consideración, pero no acordar por sí, como si de un mandato o ruego se tratara, su voluntad.

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado sería dar cumplimiento a su voluntad manifestada, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, pero puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada supuesto. Por ejemplo, en un caso de deterioro cognitivo grave, que normalmente va acompañado de desorientación temporal, espacial y personal, sería difícil que la persona afectada pudiera manifestar sus deseos o preferencias, y en ese caso no se podría tener en cuenta su voluntad no manifestada. Eso mismo ocurre igualmente en personas con enfermedades mentales o determinados trastornos, en los que por falta de conciencia de la enfermedad las personas que las padecen no realizan seguimiento médico ni asisten a las consultas médicas correspondientes, y por supuesto no se toman la medicación, al considerar que no padecen enfermedad alguna y por tanto no la necesitan.

Eso ocurre en el supuesto de la sentencia que se comenta, en donde el recurrente presenta una clara situación objetiva de degradación en el ámbito que le afecta al ejercicio de sus derechos, ante la patente necesidad de apoyo y asistencia, al que se opone por no creerlo necesario, por entender que sus formas de hacer, sus extravagancias o comportamientos no requieren apoyo de ningún tipo. Es evidente que la ausencia de conciencia de la enfermedad le impide advertir su situación y la necesidad de ayuda, lo que da lugar a la negativa a aceptar los apoyos necesarios, y por tanto le impide el ejercicio de sus derechos y el contacto con las personas de su entorno.

La necesidad de apoyos parece evidente, y así la sentencia es de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, modifica la tutela por una curatela asistencial, para

que la curadora preste su asistencia domiciliaria, así como la atención médica o asistencial necesaria, y además indica que se revise a los seis meses con la finalidad de valorar si esas medidas de apoyo se han de mantener, ampliar o reducir y eliminar, si consta que ya no es necesario el apoyo por medio de curador que se acuerda, y deja sin efecto la modificación de capacidad acordada de acuerdo con la nueva ley.

La sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo aplica la reforma al caso concreto y va delimitando el contorno de aplicación de la nueva regulación, que sin duda en sentencias posteriores interpretará en los diferentes aspectos de la ley, algunos de los cuales ofrecen dudas de necesaria aclaración.



# La infracción de desobediencia de la Ley de seguridad ciudadana. Algunos problemas surgidos durante la pandemia de la covid-19

**Carmen Martín Fernández**

*Contratada predoctoral FPU. Área de Derecho Administrativo.  
Universidad de Córdoba*

[d12mafec@uco.es](mailto:d12mafec@uco.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0118-7746>

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

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

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

## Extracto

En el presente trabajo se analiza el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que tipifica como infracción grave la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito. Se estudia el origen de esta infracción, el bien jurídico que se protege con su tipificación, los requisitos que deben concurrir para apreciar la conducta típica y la posible ausencia de su tipicidad o antijuridicidad material cuando la orden desobedecida es ilegal. Asimismo, y para finalizar, se ponen de manifiesto algunos problemas que ha conllevado la aplicación de este tipo infractor durante el estado de alarma decretado por la situación de emergencia sanitaria derivada de la covid-19.

**Palabras clave:** desobediencia; autoridad; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; seguridad ciudadana; estado de alarma.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021 / Fecha de revisión: 16-09-2021

**Cómo citar:** Martín Fernández, C. (2021). La infracción de desobediencia de la Ley de seguridad ciudadana. Algunos problemas surgidos durante la pandemia de la covid-19. *Revista CEFLegal*, 250, 87-126.



# The disobedience offense of the citizen security law. Some problems arising during the covid-19 pandemic

Carmen Martín Fernández

## Abstract

This paper analyses the article 36.6 of Organic Law 4/2015, of March 30, on the protection of citizen security, which classifies disobedience or resistance to the authority or its agents during the exercise of their functions as a serious offense as long as the conduct does not constitute a crime. Specifically, the origin of this offense, the legal asset that is protected and the requirements that must be met for the concurrence of the typical conduct are studied. Finally, some problems that arose due to the application of this article during the state of alarm decreed because of the covid-19 pandemic are highlighted.

**Keywords:** disobedience; authority; Security Forces; citizen security, state of alarm.

**Citation:** Martín Fernández, C. (2021). La infracción de desobediencia de la Ley de seguridad ciudadana. Algunos problemas surgidos durante la pandemia de la covid-19. *Revista CEFLegal*, 250, 87-126.



## Sumario

1. Introducción: El origen de la infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC
2. El bien jurídico protegido en el artículo 36.6 de la LOPSC
3. La conducta típica de esta infracción
  - 3.1. Requisito núm. 1: Un mandato expreso, concreto y terminante de la autoridad o sus agentes
    - 3.1.1. La autoridad o sus agentes
    - 3.1.2. El mandato emanado de la autoridad o sus agentes
  - 3.2. Requisito núm. 2: La debida notificación de la orden al obligado a cumplirla
  - 3.3. Requisito núm. 3: La desobediencia o resistencia del sujeto obligado a cumplir la orden emanada de la autoridad o sus agentes
4. La tipicidad y antijuridicidad de la desobediencia: su posible ausencia en caso de mandatos antijurídicos obligatorios
  - 4.1. Los mandatos antijurídicos obligatorios
  - 4.2. Las consecuencias de desobedecer un mandato antijurídico obligatorio
5. La culpabilidad: la necesidad de dolo para sancionar
6. La infracción de desobediencia de la LOPSC y la polémica suscitada durante el estado de alarma decretado por la covid-19
7. Conclusiones

Referencias bibliográficas



## 1. Introducción: El origen de la infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC

El artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC) tipifica como infracción grave:

La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación.

De forma similar, su predecesora, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC/92) tipificaba como infracción leve en su artículo 26 h) «desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente ley, cuando ello no constituya infracción penal».

Nótese que se trata de ilícitos cuantitativa y cualitativamente diferentes. Por una parte, la infracción de la LOPSC es grave, mientras que la infracción de la LOPSC/92 era leve. Y, por otra parte, la infracción de la LOPSC hace referencia tanto a la desobediencia como a la resistencia en cualquier ámbito, mientras que la infracción de la LOPSC/92 únicamente aludía a la desobediencia cometida en el ámbito de la seguridad ciudadana. Seguramente todo ello se deba a que durante la vigencia de la LOPSC/92 también se encontraba en vigor el artículo 634 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), que tipificaba como falta la desobediencia leve a la autoridad o sus agentes, de modo que solo la desobediencia más leve cometida en el ámbito de la seguridad ciuda-

dana era perseguida a través de la LOPSC/92, mientras que aquella otra, algo más grave, pero leve aun así, y cometida en cualquier sector, era castigada en vía penal.

Las diferencias son importantes. Mientras que la LOPSC/92 únicamente consideraba infracción desobedecer las órdenes de la autoridad o sus agentes estrictamente vinculadas a la seguridad ciudadana, la actual LOPSC parece tipificar como infracción tanto la desobediencia como la resistencia a la autoridad o sus agentes no constitutivas de delito. Y no solo la desobediencia a los mandatos relacionados con la seguridad ciudadana, sino a todo tipo de mandatos.

A esa conclusión parece también conducir la despenalización de la falta de desobediencia leve a la autoridad o sus agentes del artículo 634 del CP. Dada la desaparición de esta falta del CP y la única subsistencia del delito de resistencia o desobediencia grave a la autoridad o sus agentes del artículo 556.1 del CP, parece que toda desobediencia y resistencia no grave a la autoridad o sus agentes debe ser castigada en virtud del artículo 36.6 de la LOPSC. Así lo sostiene la doctrina penalista. Javato Martín (2015) explica que «la desobediencia leve anteriormente incluida en el artículo 634 del CP [...] se reconduce [...] a la actual LOPSC (art. 36.6)» (p. 458). Aunque no de modo tan rotundo, Quintero Olivares (2016) reflexiona que, aunque la supresión de la falta conduce a sostener que en la condición de delito solo subsiste la llamada desobediencia grave, en realidad

esa reducción del ámbito de lo punible es un mero espejismo, pues la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana describe acciones que hubieran podido ser tratadas como faltas con arreglo a la legislación derogada (art. 36.6 LOPSC) y que en vía administrativa podrán ser sancionadas (p. 2086).

Jareño Leal (2019) incluso considera que el artículo 36.6 de la LOPSC no solo sustituye a la derogada falta, sino que la amplía, pues a su parecer

no debe entenderse que dentro de esta última [desobediencia del art. 36.6 LOPSC] solo cabe incluir la antigua desobediencia leve constitutiva de falta, ya que, a mi juicio, también la desobediencia menos grave debe incardinarse en este precepto de la LOPSC. Es decir, [...] la desobediencia grave y la muy grave quedan incluidas en el Código Penal (art. 556.1), y el resto de modalidades, menos grave y leve, deben reconducirse a la infracción de la LOPSC (art. 36.6) (p. 23).

Es decir, que más bien parece que el artículo 36.6 de la LOPSC ha venido a sustituir a la derogada falta del artículo 634 de la CP, aunque ampliándola, en lugar de a la anterior infracción de desobediencia de la LOPSC/92. Es por ello que parece aconsejable aplicar la jurisprudencia que diferenciaba el delito de desobediencia de la falta para ahora establecer los límites del delito y la infracción administrativa de desobediencia o resistencia. Así lo pareció insinuar la Secretaría de Estado de Seguridad en su Instrucción 13/2018, de

17 de octubre –sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana–, cuando, a propósito de analizar el artículo 36.6 de la LOPSC, expresó que «los conceptos de desobediencia y de resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia existente al efecto».

De forma parecida se han venido pronunciando algunos jueces y tribunales. La sentencia núm. 85/2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vitoria, de 11 de abril (RJCA\2019\156), afirmó, con relación con el artículo 36.6 de la LOPSC que «el precepto define como infracción administrativa la desobediencia a los mandatos de la autoridad por oposición a todo lo que sea desobediencia penal» y explicó la diferencia entre resistencia y desobediencia penal y administrativa:

El delito de resistencia del artículo 556 CP supone una contumaz oposición a la función del sujeto pasivo, desplegando una acción firme y persistente de oposición activa o pasiva sin acometimiento, en tanto el delito de desobediencia del artículo 556 CP se correspondería con un incumplimiento contumaz por el sujeto pasivo, omitiendo la colaboración necesaria para que los agentes cumplan sus funciones. [Y] el tipo de la infracción administrativa se construye sobre todo aquello que, siendo una conducta de incumplimiento de una orden expresa, personal y directa de la autoridad sin acometimiento personal, no constituye ni una contumaz oposición a la función del sujeto pasivo, desplegando una acción firme y persistente de oposición activa o pasiva, ni una omisión contumaz de la colaboración necesaria para que los agentes cumplan sus funciones.

Creo que el esquema vigente en la actualidad lo plasma con claridad la SAN de 18 de diciembre de 2019 (RJCA\2020\171), que, a propósito de resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Profesional de Policía (SPP) contra la Instrucción 13/2018, puso de manifiesto la jurisprudencia penal existente hasta el momento con respecto a la desobediencia y falta de respeto a la autoridad:

- La resistencia o desobediencia grave a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones es un delito menos grave del artículo 556.1 del CP.
- La desobediencia o la resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sea constitutiva de delito, esto es, cuando no pueda calificarse como grave, se castiga como infracción grave en el artículo 36.6 de la LOPSC.

Conforme a dicha jurisprudencia, la única diferencia existente entre la infracción administrativa de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC y el delito previsto en el artículo

556 del CP reside en la gravedad o levedad de la desobediencia. Es por ello que Martínez Correa (2010), afirma que «lo que diferencia a la falta del delito no es de carácter sustancial, sino de mera intensidad o gravedad»<sup>1</sup> (p. 42). Veamos, por tanto, los requisitos que según nuestro Alto Tribunal deben concurrir para apreciar el delito de desobediencia<sup>2</sup>:

- Un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes, dentro del marco de sus competencias y revestido de todas las formalidades legales.
- La debida notificación de la orden al obligado a cumplirla, de manera que este haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.
- La desobediencia o resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalitrante.

Por lo tanto, si la desobediencia o la resistencia es leve, constituye infracción administrativa; mientras que, si es grave, por haberse materializado en una oposición contumaz activa o pasiva –pero sin acometimiento– al cumplimiento de la orden, en una grave actitud de rebeldía y en el incumplimiento firme y voluntario de la orden, constituye delito. Los demás requisitos parecen ser los mismos.

## 2. El bien jurídico protegido en el artículo 36.6 de la LOPSC

Se supone que, en principio, todas las infracciones que prevea una ley de seguridad ciudadana debieran tener como bien jurídico protegido la propia seguridad ciudadana. Como mucho, quizás podría aceptarse que el bien jurídico protegido fuera el más general orden público o, al menos, alguno de sus componentes específicos (la seguridad, salubridad o tranquilidad públicas)<sup>3</sup>. Así lo insinúa Rebollo Puig (2019a) cuando, al analizar la finalidad per-

<sup>1</sup> De igual forma se pronuncia Javato Martín (2015, p. 461): «En este requisito de la gravedad, se sitúa la frontera entre el delito y la infracción administrativa del artículo 36.6 LOPSC».

<sup>2</sup> *Vid.*, entre otras, las SSTs núm. 800/2014, de 12 de noviembre; núm. 285/2007, de 23 de marzo; núm. 394/2007, de 4 de mayo, y núm. 821/2003, de 5 de junio.

<sup>3</sup> Esto, claro está, si es que entendemos que una ley con tal denominación en realidad pretende alcanzar un objetivo más amplio: proteger el orden público, o al menos una parte del mismo, y no solo la seguridad ciudadana. Antes de avanzar, resulta necesario aclarar qué se entiende por orden público. La doctrina mayoritaria considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero dentro del cual pueden

seguida por la LOPSC y contrastarla con la de sus predecesoras –la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, la Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden público, y la Ley de orden público de 1933–, explica que

las leyes de orden público nunca se han ocupado de toda la actividad administrativa de limitación realizada con el fin de garantizar el orden público, sino solo de una parte que, en esencia, coincide con el contenido de las posteriores leyes de seguridad ciudadana (p. 49).

Lo que ha ocurrido es que, aunque las leyes de orden público hayan pasado a denominarse leyes de seguridad ciudadana, quizás por el recelo que la sola mención del orden público ha suscitado en gran parte de la doctrina española de un tiempo a esta parte, su contenido no es tan distinto, por lo que en muchas infracciones de la LOPSC puede comprobarse cómo no solo se protegen las personas y los bienes en sentido estricto, sino también otros elementos del orden público, como la tranquilidad o la convivencia ciudadanas, el buen funcionamiento de las instituciones y la moralidad pública. Al igual que Alarcón Sotomayor (2019), creo que es razonable que así sea, «no ya porque la cláusula de orden público lo justifique –como defiende Rebollo–, sino, más claramente, porque lo ampara la competencia exclusiva que tiene el Estado sobre la seguridad pública» (p. 332). Competencia en virtud de la cual se han dictado las disposiciones de la LOPSC, salvo las relativas a las armas y explosivos.

La infracción de desobediencia de la LOPSC parece proteger la existencia misma del Estado y el buen funcionamiento de sus instituciones. Pero más allá de esa finalidad general que guarda relación con un concepto amplio de orden público, puede advertirse una conexión muy directa con el concepto más estrecho de seguridad ciudadana. Y es que este tipo de la LOPSC lo que parece perseguir es la protección de la función asignada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que no es otra que la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE). No sería necesario, por tanto, aludir al orden público como bien jurídico protegido, sino que bastaría con hacer mención a la propia seguridad ciudadana, entendida como «requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (art. 1.1 LOPSC) o como «el estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad que les permite ejercer de forma libre y responsable los derechos y las libertades reconocidos constitucionalmente» (Informe del CGPJ al anteproyecto de Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Pues, como explica Rebollo (2019a), «en situaciones de desorden o de inseguridad ciudadana los derechos

---

comprenderse los siguientes elementos: la seguridad, la salubridad, la tranquilidad y la moralidad públicas. A este respecto, *vid.* Rebollo Puig (2019b, pp. 28-29).

fundamentales no pueden ser realmente disfrutados ni es posible un verdadero desarrollo de la personalidad» (p. 56).

En definitiva, mediante la protección de la función policial, lo que se pretende es proteger los mínimos de convivencia que definen la seguridad ciudadana o el más amplio orden público. Pues, como asegura Quintero Olivares (2016), «sería ingenuo y absurdo creer que una sociedad civilizada puede funcionar sin que se respete la función de la Autoridad y sus agentes» (p. 2.070). Y es que «si no se protege a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante el ejercicio de sus funciones, difícilmente se conseguirá proteger la seguridad ciudadana y mantener la tranquilidad en las calles» (Martín Fernández, 2019, p. 578).

Por eso también se protege la función policial en el ámbito penal a través de la tipificación de los delitos de desobediencia grave, resistencia y atentado a la autoridad. La STS núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003\2908), señaló a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia que ambos ilícitos «responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria». Y podría añadirse que también responde a esa misma finalidad la infracción de desobediencia de la LOPSC.

Los penalistas, cuando han definido el bien jurídico protegido en los delitos de resistencia y atentado a la autoridad, tradicionalmente han hecho alusión al principio de autoridad. Así lo explica Javato Martín (2015):

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria, siguiendo los pasos de la jurisprudencia (*vid.* por ejemplo las SSTS 18-2-1975, 28-11-1988, 31-1-1990) ha venido patrocinando como interés tutelado en el Capítulo II [del CP] el principio de autoridad. Junto a él aparece, fruto de la tradición legislativa, la idea de orden público entendido en su acepción más lata, a saber, como equivalente a orden social. Este último se vincula o anuda, en numerosas ocasiones, a aquel: mediante la preservación del primero se logrará el mantenimiento del orden público (pp. 420-421).

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha tratado de omitir esa expresión en favor de otras (supuestamente) más democráticas. Como ejemplo puede citarse a Quintero Olivares (2016):

No se trata de una necesidad de respeto al «principio de autoridad», concepto anticuado y reiterado en la jurisprudencia preconstitucional, y que hoy solo cabe utilizar en modo coloquial, sino que, como declara la jurisprudencia del TS (*vid.*, STS de 4 de junio de 2000 [RJ 2000, 5240]), la función protectora de estas tipicidades derivan de la necesidad de respetar el funcionamiento pleno de la Administración pública representada por sus agentes, a través de los cuales esa Administración presta un continuado servicio a la comunidad, cuya viabili-

dad depende, entre otras cosas, de que su acción sea respetada por la ciudadanía (p. 2070).

En el mismo sentido, Martínez Correa (2010) explica que

en el nuevo marco constitucional y político que surge tras una época marcada por un régimen dictatorial, es ilógico seguir fundando la caracterización del bien jurídico en criterios de autoridad y jerarquía, y por ello debe buscarse justamente en las necesidades propias de la función pública como servicio a los ciudadanos, cuya alteración redundaría en perjuicio de estos (pp. 7-8).

Por las mismas razones, Córdoba Roda (2004) alude al «adecuado ejercicio de la función pública» (p. 2.517).

También en este sentido se ha manifestado la jurisprudencia. La STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000\5240), expresó:

En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas.

En parecidos términos se pronunció la STS núm. 799/2006, de 12 de julio (RJ 2006\5599), y se viene pronunciando en la actualidad nuestro Alto Tribunal, aunque ello no quita que, en ocasiones, se siga haciendo referencia al principio de autoridad como bien jurídico protegido<sup>4</sup>.

Parece que, al igual que ha ocurrido en el ámbito del derecho administrativo, donde el concepto de orden público ha dado paso a un renovado término de seguridad ciudadana (de idéntico o casi idéntico contenido), en derecho penal se ha optado por no aludir al principio de autoridad (por recordar a épocas no democráticas) y por hacer mención a la protección de la función de los agentes públicos.

---

<sup>4</sup> *Vid.*, entre otras, la SSTS núm. 837/2017, de 20 de diciembre (RJ\2017\5227); núm. 534/2016, de 17 de junio (RJ\2016\2791), y núm. 44/2016, de 3 de febrero (RJ\2016\269).

En cualquier caso, y con independencia de la terminología empleada –orden público, seguridad ciudadana, función policial o principio de autoridad–, queda clara la finalidad de estas normas administrativas y penales: proteger la función pública desempeñada por las autoridades y sus agentes, que no es otra que el mantenimiento de la seguridad ciudadana, entendida como requisito *sine qua non* para el pleno ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos.

### 3. La conducta típica de esta infracción

Conforme a la jurisprudencia analizada en el epígrafe anterior, relativa al delito de desobediencia, parece desprenderse que para que se cometa la infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC deben concurrir los siguientes requisitos:

- La existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes, dentro del marco de sus competencias y revestido de todas las formalidades legales.
- La debida notificación de dicho mandato al obligado a cumplirlo, de manera que este haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.
- La desobediencia del sujeto obligado a cumplirlo, que debe actuar con el dolo de desconocer el principio de autoridad, pero sin llegar a cometer el delito de desobediencia.

Vayamos por partes y analicemos cada uno de estos requisitos para saber qué es un mandato expreso, concreto y terminante, a qué autoridad o agentes se refiere el precepto, cómo debe realizarse la notificación de dicho mandato a sus destinatarios y qué características debe reunir la desobediencia o la resistencia para ser constitutiva de infracción.

#### 3.1. Requisito núm. 1: Un mandato expreso, concreto y terminante de la autoridad o sus agentes

##### 3.1.1. La autoridad o sus agentes

Para comenzar, hemos de tener en cuenta que, dada la mera diferencia cualitativa existente entre la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC y el delito del artículo 556.1 del CP, parece que habría que concluir que cuando se hace referencia a la autoridad o sus agentes, se está haciendo referencia a la misma autoridad y a los mismos agentes a los que alude el artículo 556 de la CP (y a los que aludía la falta del art. 634 CP); es decir, a la autoridad y a los agentes definidos en el artículo 24 del CP.

El artículo 24 del CP reputa autoridad «al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia». En este sentido, debe tenerse en cuenta que, según la doctrina, la alusión del precepto penal al «mando» hace referencia a la idea de coerción. Explica Javato Martín (2014) que tal coerción

ha de ser entendida en sentido jurídico y no físico, de tal forma que mando equivaldría a la potestad de reclamar obediencia; potestad, por otra parte, que no se circunscribe exclusivamente al marco de las relaciones jerárquicas de la Administración, sino que se extendería también a la relación entablada entre esta y el resto de los ciudadanos (p. 14).

También señala la doctrina que la alusión al «ejercicio de jurisdicción» debe entenderse de forma amplia, en el sentido de que «no equivale a la función de juzgar desarrollada por jueces y tribunales, sino que sería la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario» (p. 14).

Por otra parte, el artículo 24 del CP define «funcionario público» como «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». Los agentes de la autoridad son funcionarios públicos. El *Diccionario panhispánico del español jurídico*, cuando define «agente de la autoridad» como «funcionario que ejecuta órdenes de la autoridad o actúa en representación de esta», se remite a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo artículo 7.1 considera agentes de la autoridad a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Habrá que concluir, por lo tanto, que son agentes de la autoridad los funcionarios que ejecutan órdenes de la autoridad, incluidos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Si se parte de esta concepción a efectos de entender cometida la infracción de desobediencia o resistencia del artículo 36.6 de la LOPSC, sería indiferente que se tratara de una orden dictada por un juzgado, por un alcalde, por un delegado del Gobierno o por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, lo cierto es que esa interpretación conduce al sinsentido de que la desobediencia no grave a los jueces sea castigada por la Administración. Ese escenario, al que parece abocar la desaparición de la falta del artículo 634 de la CP, su no transformación en un delito leve y la modificación de la infracción administrativa del artículo 36.6 de la LOPSC con respecto a su predecesora (la infracción del art. 26.h LOPSC/92), sería demasiado singular e incluso grotesco: la Administración sancionando la desobediencia a los jueces en virtud de una ley de seguridad ciudadana. Aunque si se considera que el bien jurídico protegido en la infracción administrativa es el principio de autoridad y se tiene en cuenta que, en puridad, la LOPSC es una ley de orden público, quizás no sería tan descabellado que fuera la Administración la que sancionara la desobediencia a la autoridad (también la judicial) y sus agentes cuando los jueces no apreciaran que la conducta es constitutiva de delito (dada la preferencia de la vía penal).

En definitiva, hay dos opciones: admitir que sea la Administración la que castigue la desobediencia no grave a la autoridad judicial, o no admitirlo y asumir que dicha conducta resulta impune en la actualidad (dada la desaparición de la falta del art. 634 CP y lo extravagante de la aplicación del art. 36.6 LOPSC en estos supuestos)<sup>5</sup>. Si se opta por esto último, entonces solo las desobediencias más graves a la autoridad judicial serán punibles ex artículo 556.1 del CP<sup>6</sup>. Y, además, no será necesario acudir al artículo 24 del CP para la determinación de la autoridad a la que alude el artículo 36.6 de la LOPSC, sino que podrá acudirse, sin más, al artículo 5 de la LOPSC, que establece las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana<sup>7</sup>. Mediante esta interpretación, se estaría asimilando más la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC a su predecesora, la infracción del artículo 26 h) LOPSC/92, que a la derogada falta del artículo 634 del CP. Y creo que eso es lo más lógico.

A mi parecer, aunque coincido parcialmente con la doctrina penalista en que todo parece apuntar a que la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC ha venido a sustituir la derogada falta del artículo 634 del CP, opino que una interpretación teleológica y sistemática

<sup>5</sup> De esta forma, resultarían impunes todos aquellos incumplimientos de sentencias que anteriormente eran castigados como falta del artículo 634 del CP.

<sup>6</sup> Incluso esto, tener que acudir al artículo 556.1 del CP para sancionar la desobediencia a la autoridad judicial y que no exista un precepto específico, es extraño. Así lo pone de manifiesto la doctrina. Quintero Olivares (2016), a propósito de comentar este precepto penal, afirma: «Que los jueces y tribunales puedan verse en la tesitura de recurrir a esta tipicidad para hacer que sus mandatos se cumplan (recuérdese que el delito de desobediencia del artículo 410 CP solo pueden cometerlo los funcionarios públicos) es la prueba evidente de que existe una laguna legal que nunca se ha cubierto adecuadamente». Y más adelante explica que si se tiene en cuenta el fundamento sancionador del capítulo del CP en el que se encuentra el precepto («De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia») «solo cabría incluir aquí la desobediencia a órdenes relacionadas con la seguridad ciudadana y no a otras que tienen que ver más con el correcto funcionamiento de los poderes del Estado y el lógico sometimiento del ciudadano a las órdenes de la Administración, cuyo lugar sancionador idóneo serían los delitos contra la Administración de Justicia o la Administración Pública» (p. 2.085).

<sup>7</sup> El artículo 5 de la LOPSC enumera en su segundo apartado las autoridades y órganos competentes en materia de seguridad ciudadana en el ámbito de la Administración General del Estado:

- a) El Ministro del Interior.
- b) El Secretario de Estado de Seguridad.
- c) Los titulares de los órganos directivos del Ministerio del Interior que tengan atribuida tal condición, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias.
- d) Los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla.
- e) Los subdelegados del Gobierno en las provincias y los directores insulares.

Y en su tercer apartado añade que también son autoridades y órganos competentes, a los efectos de esta Ley, «los correspondientes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana y cuenten con un cuerpo de policía propio».

del precepto conduce a concluir que solo son sancionables en su virtud las conductas desobedientes de las órdenes emitidas por las autoridades del artículo 5 de la LOPSC, es decir, por las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, o por sus agentes, entre los que se incluyen muy destacadamente los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Solo así se garantiza cierta coherencia del sistema.

Asumiré, por tanto, esta última tesis. Por lo que debo matizar que la diferencia existente entre la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC y el delito del artículo 556.1 del CP no solo radica en la gravedad de la conducta, sino también en el sujeto pasivo. En cualquier caso, lo que procede ahora es conocer qué es un mandato expreso, concreto y terminante.

### 3.1.2. El mandato emanado de la autoridad o sus agentes

La Administración puede imponer deberes, con carácter general, mediante reglamentos y actos administrativos<sup>8</sup>. Los reglamentos, dada su naturaleza jurídica normativa, no contienen mandatos expresos, concretos y terminantes, sino más bien deberes caracterizados por las notas de generalidad y abstracción. Podría descartarse, por lo tanto, que el incumplimiento de un deber impuesto en un reglamento fuera constitutivo de la infracción de desobediencia (al igual que ocurre con los incumplimientos de deberes previstos en normas con rango de ley)<sup>9</sup>. No ocurre lo mismo con los actos administrativos; en concreto,

<sup>8</sup> Entendiendo por «deber», tal y como explican García de Enterría y Fernández Rodríguez (2017, p. 152), «la necesidad de que un sujeto adopte un cierto comportamiento, consistente en hacer o en no hacer o en padecer». Y, por lo tanto, distinguiendo este concepto del de «obligación», que «se articula correlativamente como derecho de otro sujeto». Pues los deberes, como explican estos autores, se exigen «por puras consideraciones abstractas de interés público» y no con base en derechos, sino en virtud de potestades de la Administración.

<sup>9</sup> Así lo considera la doctrina. Santamaría Pastor (2020) afirma que «la desobediencia que la Ley Orgánica 4/2015 sanciona no se refiere a las obligaciones o prohibiciones impuestas por las normas, sino a las órdenes concretas de la autoridad» (p. 232). Trayter Jiménez (2020) incluso sostiene que «la interpretación histórica es la que desmiente que basta para la comisión de esa infracción el incumplimiento de una norma, aunque ésta sea dictada por el gobierno» (p. 271). Y así lo ha considerado también la doctrina con relación al delito de desobediencia del artículo 556 del CP (y la antigua falta del art. 634 CP). Huergo Lora (2002) señala que «los tipos penales de los arts. 556 y 634 CP [...] no castigan el mero incumplimiento de normas o de actos, sino que se refieren a vulneraciones claras de expresos y personales requerimientos» (p. 13). Por su parte, Córdoba Roda (2004), al explicar que el presupuesto para apreciar ese delito es la emisión de una orden, afirma que «una orden abstracta –la disposición contenida, por ejemplo, en una ordenanza municipal– no puede dar lugar a la estimación del delito de desobediencia del artículo 556. Lo contrario supondría elevar a la categoría de delito todo incumplimiento de una norma» (p. 2.534).

De igual forma, los tribunales sostienen que los tipos penales de desobediencia no se cometen con el mero incumplimiento de una norma. Por ejemplo, la SAP de Cádiz núm. 20/2001, de 16 enero (ARP

no sucede lo mismo con las órdenes administrativas. Las órdenes, en el contexto de la actividad de limitación, «son los actos administrativos que imponen en un caso concreto un deber de realizar una conducta o una prohibición de realizarla con la finalidad de preservar algún interés general» (Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, 2019b, p. 80). En otras palabras, la orden sería «el acto administrativo típico de imposición de deberes de hacer, de no hacer o de padecer» (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2017, p. 153). Por lo tanto, estas sí que contienen mandatos expuestos, concretos y terminantes, cuya inobservancia podría ser constitutiva de desobediencia.

Ahora bien, solo podrá cometerse la infracción de desobediencia si lo que se incumplen son órdenes singulares, es decir, aquellas dirigidas a uno o varios sujetos determinados y que, precisamente por ello, son susceptibles de ejecución forzosa. Si se incumplen órdenes generales (caracterizadas por dirigirse a una pluralidad indeterminada de sujetos), por razones obvias no se podrá sancionar por desobediencia, pues ni siquiera se tendrá certeza de quiénes son los sujetos responsables. Solo tras ser singularizadas esas órdenes e individualmente notificadas a los sujetos concretos llamados a cumplirlas, su inobservancia podrá dar lugar a desobediencia. Pero no antes. La cuestión es que, una vez notificada una orden singular, su incumplimiento puede ser constitutivo de infracción de desobediencia.

### 3.2. Requisito núm. 2: La debida notificación de la orden al obligado a cumplirla

Para que se entienda cometida la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC debe desobedecerse un mandato de la autoridad o sus agentes que haya sido debidamente notificado.

Para apreciar la desobediencia en el ámbito penal, es necesario que se haya producido «un requerimiento formal, personal y directo» (Javato Martín, 2015, p. 461) al destinatario de la orden, «sin que sea preciso que al mismo se le aperciba de las consecuencias que la

---

2001\204), con relación a la falta de desobediencia del artículo 634 del CP, mantuvo que «el tipo penal se refiere a comportamientos contrarios al ejercicio personal de la autoridad por un agente del Estado, pero no alcanza al incumplimiento de normas dictadas por la autoridad, actos estos que ya tienen prevista su sanción en vía administrativa, pues de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión que todo incumplimiento de una norma implicaría una desobediencia punible, lo cual se compagina mal con la finalidad del artículo del Código Penal y es contrario al carácter fragmentario del Derecho Penal y a la consideración de la sanción punitiva como "ultima ratio" del Derecho, derivado del principio de la intervención mínima y subsidiaria de las normas penales». Pronunciamientos similares contienen las SSAP de Cádiz núm. 496/2000, de 14 de noviembre (JUR 2001\49394), núm. 473/2000, de 6 de noviembre (JUR 2001\47274) y núm. 204/2000, de 3 de mayo (ARP 2000\2028); la SAP de Sevilla núm. 81/1996, de 13 de febrero (ARP 1996\156); y la SAP de Alicante núm. 648/2002, de 3 de diciembre (JUR 2003\32769).

desobediencia puede comportar» (Córdoba Roda, 2004, p. 2.534). Por lo tanto, con más motivo habría que concluir en el ámbito administrativo que basta con que la orden se notifique de forma personal al destinatario, sin necesidad de apercibimiento.

Sin embargo, este requerimiento formal es, en ocasiones, muy difícil de probar. ¿Cómo podría demostrarse que un agente de la Policía Nacional requirió personalmente a las personas que estaban participando en una manifestación para que la disolvieran<sup>10</sup>? En este aspecto hay que tener muy en cuenta el artículo 52 de la LOPSC, que regula el valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad.

### 3.3. Requisito núm. 3: La desobediencia o resistencia del sujeto obligado a cumplir la orden emanada de la autoridad o sus agentes

La orden emanada de la Administración «hace surgir en sus destinatarios un deber de obediencia, de conformar la propia conducta a la directiva expresa en el acto de la Administración» (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2017, p. 155). Tratándose, además, como ya he advertido, de un deber inmediato, por gozar los actos administrativos de presunción de validez. Así lo establece el artículo 39.1 de la LPAC: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

Y no solo, como vemos, gozan de presunción de validez, sino que, además, por regla general, son inmediatamente ejecutivos. Por lo tanto, una vez emanada la orden administrativa, surge en los sujetos pasivos de la misma el deber de obedecerla. De modo que, si no la acatan, la Administración podrá acudir a los medios de ejecución forzosa para llevarla a término. Pero, además, en el ámbito de la seguridad ciudadana u orden público, los interesados habrán incurrido, con su conducta, en la infracción administrativa de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC, por haber desconocido el principio de autoridad y puesto en entredicho el buen funcionamiento de la Administración y del orden colectivo.

Ahora bien, como apunta Huergo Lora (2002) «la interposición de un recurso debería probablemente excluir, en todo o en parte, la culpabilidad, pues acudir al sistema de re-

---

<sup>10</sup> Precisamente por eso, en ocasiones, se encuentran en la jurisprudencia pronunciamientos como el de la STSJ de Madrid núm. 1319/2014, de 27 de noviembre (JUR\2015\74147), que confirmó la anulación de la sanción impuesta a un sujeto por desobedecer los mandatos de la autoridad o sus agentes ex artículo 26 h) de la LOPSC/92, por haberse infringido su derecho fundamental a la presunción de inocencia al habersele impuesto la sanción sin probar con suficiente claridad que recibiera la orden que se le imputaba incumplir.

curso legalmente establecido significa que no hay intención de escarnecimiento o desprecio de la autoridad» (p. 9). Por lo tanto, si los sujetos desobedientes impugnan la orden y consiguen su anulación, podrán exigir que la sanción o pena impuesta sea anulada, porque, aunque existía la obligación de obedecer, puede que en ese caso la desobediencia no fuera punible. Y ello porque, siguiendo al mismo autor, «el principio de coherencia del ordenamiento jurídico [...] impide al Estado castigar a un ciudadano por no cumplir un acto que el mismo Estado declara ilegal y anula, cuando es recurrido en vía contencioso-administrativa» (p. 12).

Por otra parte, saber que la desobediencia puede constituir una conducta activa, si el mandato desobedecido era de no hacer, u omisiva, si la orden era de hacer alguna cosa.

Y, por último, debe tenerse en cuenta que la desobediencia del sujeto debe ser de tal gravedad que no se subsuma en el concepto de desobediencia penal del artículo 556.1 de la CP. Para apreciar el delito de desobediencia la conducta del sujeto debe ser

contumaz o intensamente rebelde al cumplimiento de su obligación, que es lo que la dota de la gravedad suficiente como para diferenciarla de la falta equivalente. Y esa contumacia exige, por razones lógicas, que el requerimiento formal dirigido a la persona del obligado sea reiterado por lo menos una vez más, pues de lo contrario, si solo se da un aviso, no podría establecerse racionalmente [...] esa pertinaz oposición al cumplimiento de la orden de la autoridad o sus agentes<sup>11</sup>.

Por lo tanto, de ello se deduce que para apreciar la infracción administrativa de desobediencia ni siquiera sería necesaria la reiteración del requerimiento, pues, en ese caso, ninguna diferencia existiría entre la infracción y el delito.

Aunque por simplificar he venido hablando de desobediencia, también se subsume en el tipo la resistencia pasiva leve, que se produce cuando a la desobediencia acompaña cierta oposición física. La STS núm. 117/2017, de 23 de febrero (RJ 2017\952), define la resistencia como «el ejercicio de una fuerza eminentemente física que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones». Como explica Jareño Leal (2019),

la diferencia entre la desobediencia y la resistencia está formalmente clara desde hace tiempo para la doctrina y la jurisprudencia, concluyéndose que tanto la resistencia como la desobediencia implican el incumplimiento de órdenes o man-

<sup>11</sup> SAP de Málaga núm. 391/2008, de 22 de julio (JUR 2009\9609). *Apud* Martínez Correa (2010, p. 39).

datos dictados por la autoridad, pero lo que caracteriza a la resistencia frente a la desobediencia es el empleo de fuerza dirigida a impedir a la autoridad el ejercicio de sus funciones (p. 30).

Se requiere, por tanto, para apreciar resistencia que medie cierta oposición física. Pero para que la conducta sea constitutiva de esta infracción administrativa del artículo 36.6 de la LOPSC es necesario, además, que la oposición física no sea grave, pues, si lo fuera, sería constitutiva del delito del artículo 556.1 del CP; y que no se materialice en el ejercicio activo de la fuerza, pues en el momento en que se despliega una cierta violencia, se considera que se trata de resistencia activa, constitutiva del delito del artículo 556.1 del CP (si no es grave y sobreviene a una actuación policial previa) o del delito de atentado del artículo 550 del CP (si es grave y sorpresiva e inesperada)<sup>12</sup>.

Lo que no parece posible mantener es que la resistencia pasiva leve contra la autoridad suponga un delito leve de resistencia y que, por el contrario, la resistencia pasiva leve contra agentes de la autoridad constituya una infracción del artículo 36.6 de la LOPSC. Básicamente porque en ningún momento el artículo 556.1 del CP alude a la resistencia leve ni establece distinción alguna en función de si se trata de autoridad o de agentes, y mucho menos parece aplicable el artículo 556.2 del CP, que en puridad tipifica una conducta totalmente distinta a la resistencia pasiva leve y que consiste en la falta de respeto o consideración debida a la autoridad<sup>13</sup>. Sin embargo, es lo que mantienen algunos tribunales. Incluido el Tribunal Supremo, que en sus sentencias núm. 837/2017, de 20 de diciembre (RJ\2017\5227); núm. 234/2018, de 17 de mayo (RJ\2018\3194), y núm. 352/2020, de 25 de junio (JUR\2020\214529) mantiene que la resistencia pasiva leve contra la autoridad supone un delito leve de resistencia del artículo 556.2 del CP y que la resistencia pasiva leve contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada y puede ser aplicable la

<sup>12</sup> La resistencia activa no grave viene conformada por «conductas que llevan aparejada un cierto grado de resistencia, que, pese a ser activa, no son consideradas lo suficientemente graves como para que puedan ser castigadas como delito de atentado y sí como infracción penal del artículo 556 CP». En el mismo sentido, *vid.* Cuerda Arnau (2016, pp. 161-162). Es el caso de las patadas o manotazos y de todas aquellas manifestaciones de violencia de tono moderado y de características más bien defensivas y neutralizadoras. Es por ello que la resistencia activa suele castigarse ex artículo 556 del CP cuando sobreviene a una actuación policial previa, mientras que se califica como delito de atentado del artículo 550 del CP cuando es sorpresiva e inesperada.

<sup>13</sup> También Jareño Leal (2019) se muestra en desacuerdo con la STS núm. 837/17, pues a su parecer, «incardina una conducta de resistencia en un tipo cuyos términos no dejan clara dicha posibilidad» (el art. 37.4 LOPSC) (p. 33). La autora, con acierto, considera que el artículo 36.6 de la LOPSC describe «sin fisuras una modalidad de resistencia (pasiva-leve) a la autoridad o sus agentes que es ignorada por el Tribunal Supremo con la interpretación que hace en su sentencia 837/17» (p. 33). Y sospecha que el Tribunal Supremo procede así porque «ha querido mantener la anterior interpretación jurisprudencial y doctrinal (no exenta de críticas) que incluía en la falta del artículo 634 la resistencia pasiva leve, pese a que su tenor literal era el de castigar la "falta de respeto" y la "desobediencia leve"» (p. 34).

LOPSC<sup>14</sup>. Incluso en su sentencia núm. 141/2017, de 7 de marzo (RJ\2017\690), llegó a afirmar que la reforma del CP operada por la LO 1/2015 rescata la antigua falta del artículo 634 del CP, pero convertida ahora en delito y descrita en el artículo 556.2 del CP<sup>15</sup>. Queda patente, por tanto, el lío que existe al respecto<sup>16</sup>.

#### 4. La tipicidad y antijuridicidad de la desobediencia: su posible ausencia en caso de mandatos antijurídicos obligatorios

Cabe preguntarse si cualquier orden emanada de la autoridad o sus agentes debe ser necesariamente cumplida por el administrado o si es necesario que la orden reúna ciertos requisitos. El artículo 36.6 de la LOPSC alude a la desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes «en el ejercicio de sus funciones», por lo que cabría deducir que sí se requiere una mínima formalidad.

Esta cuestión ha sido estudiada sobre todo en derecho penal, a propósito del análisis de los delitos de atentado y desobediencia, pues también el artículo 556 del CP hace referencia a la desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes «en el ejercicio de sus

<sup>14</sup> Siguiendo este pronunciamiento, la SAP de Islas Baleares núm. 303/2017, de 3 de julio (JUR 2017\216956) estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto y absolvió al acusado del delito de resistencia a agentes de la autoridad del artículo 556.1 del CP y, en su lugar, le condenó por un delito leve de desobediencia o de resistencia leve del artículo 556.2 del CP por considerar que su conducta de oposición física al cumplimiento de la orden de los agentes de la autoridad no era lo suficientemente grave. La audiencia provincial incluso afirmó: «La falta del artículo 634 del CP, hoy regulada como delito leve de desobediencia del artículo 556.2 del CP, ha de quedar reservada para aquellas situaciones de mera pasividad o negativa a obedecer y atender a los requerimientos de los agentes de la autoridad y en las que predomina la pasividad frente a la fuerza física». Desconozco el motivo por el que la Audiencia considera que el artículo 556.2 del CP constituye un delito leve de desobediencia, cuando en puridad únicamente tipifica como infracción penal «faltar al respeto y consideración debida a la autoridad».

<sup>15</sup> Mucho más acertada fue la STS núm. 899/2016, de 30 de noviembre (RJ\2016\5963), que explicó que con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 la antigua falta del artículo 634 del CP se encuentra con una descripción más reducida en el actual artículo 556.2 del CP, que se refiere a la falta de respeto a la autoridad, recordando que el anterior delito de resistencia del artículo 556 del CP se encuentra recogido en el actual artículo 556.1 del CP, que sanciona la resistencia o la desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes.

<sup>16</sup> Y que se pone también de manifiesto en numerosas páginas web jurídicas, como es la de Wolters Kluwer, que llega a afirmar que «la diferencia fundamental entre el delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1.º CP) y el delito leve por falta de respeto a la autoridad (art. 556.2.º CP) es la gravedad de la desobediencia». Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMsBf1jTAAUUMjEyMLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgBSOQLxNQAAAA==WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMsBf1jTAAUUMjEyMLtbLUouLM_DxblwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgBSOQLxNQAAAA==WKE)

funciones», y el artículo 550 del CP tipifica el atentado a la autoridad o sus agentes «cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas».

La jurisprudencia –de la que ya di cuenta con anterioridad–, considera que para que la desobediencia sea típica es necesario que el mandato sea conforme a derecho y revista todas las formalidades legales, sin extralimitaciones ni excesos. Y eso lo viene sosteniendo el Tribunal Supremo desde que se encontraba en vigor el CP de 1973 y su artículo 237, que castigaba la desobediencia grave a la autoridad. Según la STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989\6089),

desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la Autoridad, o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando, su legitimidad, el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si, el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales.

En la doctrina, la mayoría de los autores han concluido que no existe la obligación de obedecer los mandatos de la autoridad ostensiblemente antijurídicos. Y ello porque, como explica Córdoba Roda (2004), «el tenor literal de la expresión «cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas» [del art. 556 CP] debe ser entendido en el sentido de que tales funciones hayan sido ejercidas en conformidad al Derecho» (p. 2.535). Lo cual viene impuesto, según el autor, por el hecho de que el bien jurídico protegido en los delitos de desobediencia y atentado sea el correcto ejercicio de la función pública.

Sin embargo, no existe tanta unanimidad en establecer cuáles son esos mandatos manifiestamente antijurídicos. Tampoco existe acuerdo sobre las consecuencias que esto conlleva. Vayamos por partes.

## 4.1. Los mandatos antijurídicos obligatorios

Es mayoritaria en la doctrina penal la idea que rechaza la obligación de obedecer los órdenes de la autoridad o sus agentes manifiestamente antijurídicas<sup>17</sup>. Podría trasladarse *mutatis mutandi* esta tesis y su fundamento al ámbito de la infracción administrativa del artículo 36.6 de la LOPSC. Si así se procediera, para que la desobediencia fuera típica sería

---

<sup>17</sup> En este sentido, Merkl (2004) decía que «no es posible obediencia jurídica más que respecto a actos conformes a Derecho» (p. 255).

necesario que el mandato revistiera todas las formalidades legales, por lo que los comportamientos ilegales de la autoridad o sus agentes excluirían la tipicidad de la conducta del sujeto incumplidor<sup>18</sup>.

Huergo Lora (2002, p. 5) explicaba, con relación al delito y la falta de desobediencia, que se trataba de tipos penales que exigían la legalidad del acto administrativo (de la orden), de modo que su ilegalidad excluía la responsabilidad penal. Lo mismo sería predicable en la actualidad del delito del artículo 556.1 del CP y de la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC. Por lo que, siguiendo al autor, podría concluirse que «la posible ilegalidad del acto desobedecido nunca puede ser indiferente a los efectos de saber si se ha cometido ese delito» (p. 9) o infracción administrativa, ya que su ilegalidad conllevaría la imposibilidad de castigar al sujeto (ya sea por atipicidad de la conducta, como parece indicar la doctrina penalista y la jurisprudencia, o por su antijuridicidad).

El problema, como he advertido, surge en determinar cuáles son esos mandatos «manifiestamente antijurídicos». Pues, tal y como expresa la jurisprudencia, no cualquier conducta realizada al margen de la legalidad conlleva la atipicidad (o antijuridicidad) de la desobediencia, sino solo aquellas más graves y groseras. En palabras de Cerezo Mir (1982), no es posible deducir que «cualquier defecto de competencia o cualquier falta de observancia de las formalidades legales determine la falta de obligatoriedad del acto estatal. El acto podría ser obligatorio, pero su desobediencia no ser punible» (p. 226). Para determinar el límite de la obligatoriedad de los mandatos procedentes de la autoridad o sus agentes, el autor acude a la doctrina administrativista de los vicios y distingue entre actos inexistentes, nulos, anulables y meramente irregulares, concluyendo que solo carecen de obligatoriedad los actos evidentemente antijurídicos, que a su parecer son tanto los inexistentes como los nulos de pleno derecho. De forma parecida parece pronunciarse en la doctrina administrativista Bocanegra (2012, p. 185), pues el autor reconoce que ni los actos inexistentes ni los actos nulos hacen surgir un deber de obediencia en sus destinatarios, pero establece una distinción: mientras que los actos inexistentes pueden simplemente ignorarse, para evitar que los actos nulos produzcan efectos hay que recurrirlos y solicitar su suspensión, pues aunque no generan el deber de obediencia en sus destinatarios sí que habilitan a la Administración para ejercer su potestad de ejecución forzosa.

Otros autores, sin embargo, no consideran adecuado efectuar esta distinción y van más allá, sosteniendo que la legalidad de la orden es irrelevante, resultando siempre obligatoria para su destinatario, por haber sido emanada de la Administración pública y gozar

---

<sup>18</sup> Así lo sostiene, con relación al delito de atentado, Javato Martín (2015, p. 432) y Martínez Correa (2010, p. 21). Pero, como digo, sería posible extrapolar esta tesis sin problema tanto al delito de desobediencia como a la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC, pues también en dichos casos se exige que la autoridad o sus agentes se encuentren actuando «en el ejercicio de sus funciones».

de presunción de validez. Es el caso de Mir Puig (2011), que sostiene que la «teoría de la nulidad» presenta el problema de considerar que los actos administrativos nulos son inválidos desde un principio, mientras que los anulables solo desde que se consigue su anulación, cuando realmente esto no es así y ambos tipos de actos «son eficaces hasta que se declare su nulidad o se anulen, respectivamente. Ello se desprende del principio de ejecutoriedad, basado en la presunción de legalidad del acto administrativo» (p. 509)<sup>19</sup>. Conforme a ello, el autor sostiene –aunque apoyándose en el art. 410 CP– que «la obligatoriedad de la orden no se condiciona a la juridicidad intrínseca de la orden, sino a su apariencia de legalidad» (p. 506). Y la apariencia de legalidad no desaparece siempre que la orden adolezca de un vicio, sino únicamente cuando el vicio sea manifiesto, palmario y evidente (cualquier ciudadano medio podría apreciarlo), como ocurre en los supuestos de actos inexistentes. Digamos que los casos en que es permitida la desobediencia saltan a la vista.

De forma parecida a Mir Puig, pero en la doctrina administrativa, se pronuncia Rebollo Puig, pero con base en la presunción de validez. El autor niega que los ciudadanos puedan apreciar la nulidad de los actos administrativos por su cuenta y actuar en consecuencia<sup>20</sup> (por ejemplo, desobedeciéndolos), «salvo que así se declare, esto es, salvo

<sup>19</sup> En la doctrina administrativista, Rebollo Puig (2009) expone magistralmente cómo la teoría clásica de Derecho Civil sobre la total ineficacia del acto nulo solo ha subsistido en algunos aspectos y en cierta medida en el actual Derecho administrativo español, hasta el punto de que en este ámbito suele negarse la ineficacia *ab initio* del acto nulo en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos (p. 20) e incluso se sostiene que «la nulidad no comporta siempre, natural e indefectiblemente la destrucción *ex tunc* de los efectos producidos» (p. 33). *Vid.* también a este respecto Santamaría Pastor (1972).

<sup>20</sup> Merkl (2004) sí que reconocía a los ciudadanos el derecho a «formarse juicio acerca de si, debajo de la exterioridad de los hechos de un supuesto acto estatal, existe una realidad jurídicamente relevante, es decir, una norma jurídicamente obligatoria, o si se reduce todo a una mera apariencia sin relevancia jurídica y sin obligatoriedad» (p. 253). Mera apariencia que el autor identificaba con los actos nulos, pues explicaba que «se habla de nulidad de un acto cuando, en virtud de sus deficiencias jurídicas, hay que considerarlo como no existente, como jurídicamente irrelevante» (p. 248), mientras que «se habla de impugnabilidad o anulabilidad de un acto cuando este, a pesar de sus vicios jurídicos, tiene eficacia jurídica, pero en virtud de esos vicios podrá ser impugnado para que una autoridad lo anule» (p. 249). Y reconocía este derecho de los ciudadanos hasta el punto de concluir que no era el derecho al examen, sino la exclusión del examen, la que necesitaba «ser establecida positivamente para que tenga vigencia jurídica la obligación de obediencia respecto a un acto vicioso» (p. 254). Y ante las críticas consistentes en que, de esta forma, el sometido al acto queda por encima del que lo emite, Merkl sostenía que esas críticas se basaban en el equívoco de identificar a la persona que desempeña el papel del órgano con el órgano mismo, concluyendo que «no es la toga o el birrete lo que hace al juez, sino la verdad jurídica que habla por la boca del hombre vestido de esta forma; ni tampoco hace al funcionario la voz de mando, que exige la obediencia, sino la fidelidad a la ley, que se manifiesta en el acto administrativo» (p. 254).

Conforme a la tesis de Merkl, parece que los ciudadanos podrían enjuiciar por sí mismos la legalidad de los actos administrativos y, en función de ello, decidir si obedecerlos o ignorarlos. No creo que esta tesis

que se destruya la presunción de validez» (Rebollo Puig, 2009, p. 20)<sup>21</sup>. También García de Enterría y Fernández Rodríguez (2017) sostienen que las decisiones de la Administración «son inmediatamente eficaces, creando en el destinatario de las mismas una obligación de cumplimiento inmediato que tiene, incluso, un respaldo penal, todo ello con independencia de su posible validez intrínseca» (p. 628). Y ello porque, como explica Cano Campos (2020b), la presunción de validez impone precisamente esto: al margen de la conformidad o no al ordenamiento del acto administrativo, actuar como si fuera válido (sin plantearse siquiera si lo es o no) «hasta que su invalidez sea declarada de forma autoritativa por los órganos competentes para ello» (p. 15). En definitiva, lo que sucede es que los actos administrativos hacen surgir una obligación de cumplimiento inmediato en sus destinatarios, los cuales, si desean frenar su eficacia, deben impugnarlos en vía administrativa o contenciosa y destruir su presunción *ius tantum* de validez. El fundamento de esta exigencia reside

en razones institucionales ligadas a la seguridad jurídica y a la eficacia de la Administración y de tutela del Derecho en general, pues las consecuencias de no considerar (no presumir) los actos como válidos hasta que se anulen incidirían muy negativamente en el funcionamiento del propio sistema, ya que cualquier sujeto podría negarse a cumplir o aplicar tales actos mientras no se demostrara que se adecuan al ordenamiento (Cano Campos, 2020b, p. 18)<sup>22</sup>.

---

pueda mantenerse en nuestro sistema actual, pero incluso si se pudiera, podría esgrimirse que en nuestro ordenamiento el artículo 39.1 de la LPAC excluye el derecho de los ciudadanos al examen al afirmar que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». No cabría aceptar, siguiendo a Merkl, un examen por parte de los ciudadanos. En nuestro sistema más bien parece que estos se ven obligados a cumplir con el contenido de los actos, pues se presumen válidos y son eficaces y, en caso de apreciar vicios en los mismos, lo único que pueden hacer es recurrirlos para tratar de conseguir su nulidad o anulación. Solo en caso de actos administrativos inexistentes, los ciudadanos pueden optar por ignorarlos, pues realmente ni existen ni hacen surgir el deber de obediencia. Creo que solo si se entendiera que la categoría de la nulidad a la que aludía Merkl es equivalente a la actual categoría de la inexistencia, podría compartirse su tesis y reconocer a los ciudadanos el derecho al examen, de modo que puedan apreciar si se trata de un acto administrativo (aunque viciado de nulidad o anulabilidad) o de una mera apariencia (acto inexistente).

<sup>21</sup> De forma parecida, Santamaría Pastor niega el interés de un derecho de desobediencia o resistencia de la ciudadanía «en un ordenamiento administrativo en el que el particular dispone de vías eficaces y amplias para luchar contra las actuaciones ilegales del poder público que afecten a sus derechos o intereses». *Vid.* en Santamaría Pastor (1972, p. 429).

<sup>22</sup> También Javato Martín (2014), aunque a propósito de analizar el delito de desobediencia de funcionario, fundamenta la admisión de la categoría de los mandatos antijurídicos obligatorios «en la presencia de un conflicto de deberes, el de obediencia por una parte, y el de respeto a la ley por otra. Si las ilegalidades son poco importantes tendrá prioridad el primero, mientras que en caso de infracciones graves del ordenamiento jurídico [...] debe prevalecer el segundo» (p. 45).

Ahora bien, como explican García de Enterría y Fernández Rodríguez (2017), «la presunción de validez que la Ley establece (art. 39 LPAC) no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que le presta, en principio, una cierta justificación» (p. 628). Por lo tanto, si desaparece esa base real y con ella se desvanece la presunción de validez, entonces no surge en los sujetos el deber de obediencia. Conforme a ello, habría que concluir que solo es atípica aquella desobediencia de órdenes que carecen de presunción de validez. La cuestión ahora es saber qué actos administrativos carecen de esta presunción. Para ello hay que acudir a la categoría de la inexistencia, en la que se subsumen los actos que, en palabras de García de Enterría (2017, p. 663), carecen de los requisitos más elementales y, como consecuencia, pueden ser simplemente desconocidos por el particular y la Administración. De igual forma, Cano Campos (2020b) sostiene que «el acto inexistente no gozaría de presunción de validez y no sería obligatorio, por lo que podría ser desconocido por cualquiera» (p. 9). Pero no ocurre lo mismo con los actos nulos de pleno derecho, pues, como explica Rebollo Puig (2009), «los actos administrativos que nuestro Derecho considera nulos son con frecuencia verdaderos actos administrativos con todos sus elementos [...] aunque con determinadas infracciones del ordenamiento, no siempre ni normalmente evidentes» (p. 17)<sup>23</sup>. Y mucho menos con los actos anulables. Precisamente por ello, la mejor doctrina declara aplicable la presunción de validez «tanto a los actos anulables como a los actos nulos de pleno derecho» (Cano Campos, 2020b, p. 23) y sostiene que negar la presunción de validez a los actos nulos conllevaría que dicha regla perdiera «su significado más propio y toda su utilidad; se arruinaría por completo su sentido y virtualidad y quedaría abierta de par en par la puerta a la inseguridad que es la que precisamente trata de cerrar» (Rebollo Puig, 2005, p. 608).

En definitiva, se opte por la teoría de la nulidad o de la apariencia, la conclusión parece ser la misma: solo aquellas órdenes administrativas que adolecen de los vicios más graves y manifiestos –los cuales hacen quebrar su apariencia de legalidad y, con ella, su presunción de validez– son las que pueden dar lugar a una desobediencia no punible (por atípica o antijurídica).

Por mi parte, creo que más que la legalidad intrínseca de la orden, más que su conformidad o no a derecho, lo que importa es su presunción de validez. Si el acto se presume válido, es de obligatorio cumplimiento, con independencia de su legalidad o ilegalidad real<sup>24</sup>. Pues precisamente para ello rige la presunción de validez de los actos administrati-

<sup>23</sup> Por esto, entre otras cosas, el autor defiende que el derecho administrativo español actual no ha asumido con radicalidad la teoría clásica de la nulidad de derecho civil, sino con muchos matices, hasta el punto de que en este ámbito se niega la ineficacia *ab initio* del acto nulo y se defiende que «la nulidad no comporta siempre, natural e indefectiblemente la destrucción *ex tunc* de los efectos producidos» (p. 33).

<sup>24</sup> Explicaba Villar Palasí que «un acto administrativo irregular, no conforme al geometrismo del ordenamiento jurídico, no queda por ello, sin más, privado de relevancia jurídica. A diferencia de la normativa

vos, para evitar que cualquier sujeto pueda decidir por sí mismo si obedecer o no un mandato de la autoridad según lo considere o no legal. Por lo tanto, los destinatarios de las órdenes deben cumplirlas y si las consideran ilegales, deben impugnarlas, pero no pueden optar por desobedecerlas. Porque, como explica Rebollo Puig (2005), «mientras no se destruya, la presunción de validez comporta un mandato dirigido a los ciudadanos» (pp. 603-604). Incluso aunque el acto adolezca de un vicio de nulidad de pleno derecho. Esto es así, explica el autor, porque

admitir que Administraciones y administrados pudieran incumplir o ignorar los actos que consideren nulos crearía un desorden peligroso para los bienes jurídicos más trascendentales: es posible que una decisión administrativa con vicios de nulidad establezca un orden ilegal; pero la alternativa a que llevaría la posibilidad de prescindir sin más de él no crearía un orden legal sino un completo desorden en el que sucumben todos los valores jurídicos (p. 609).

En definitiva, que una cosa es que un acto sea nulo y otra muy distinta que cualquiera pueda apreciar esa nulidad y sacar provecho de la misma para desobedecer el acto. Si, por ejemplo, un agente de la Policía Nacional ordena a un grupo de manifestantes la disolución de una reunión, sin que concurren los requisitos que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora de este derecho, los manifestantes deben acatar la orden, aunque sean conscientes de su absoluta ilegalidad. Después podrán impugnarla y pedir la indemnización procedente a la Administración, pero no podrán optar por desobedecerla. Porque, aunque seguramente no haya nacido el deber declarado, sí que ha surgido el deber de cumplir la orden desde el momento mismo en que los agentes de la autoridad la han emitido. Deber que solo cesará cuando la misma se anule. Por lo que, si los destinatarios de la orden optan por incumplirla, su desobediencia podrá ser sancionada, no por incumplir un deber que no puede haber creado un acto nulo, sino por desatender un deber impuesto por las leyes (el que surge de la presunción de validez).

Habría que concluir, por tanto, que los mandatos antijurídicos obligatorios son todos aquellos que adolecen de vicios de nulidad o anulabilidad, pero cuya gravedad no es tan grosera como para destruir su presunción de validez, pues el propio Rebollo Puig (2005) admite la posibilidad de negar la presunción de validez a los actos inexistentes, que son aquellos que «presentan los defectos más graves y evidentes, los que afectan de lleno a

---

privatista, en el Derecho Público priman sobre la preceptiva formal otras consideraciones de rango político, la continuidad del servicio público, los peligros sociales frente a una suspensión en determinada prestación pública, la confianza de los súbditos ante la máquina burocrática, que determina una vigorización del principio de estabilidad jurídica. Por ello, en el Derecho Público, la radical distinción entre ilicitud-irregularidad e invalidez alcanza una primacía insospechada para el Derecho común. La mera irregularidad, como ha dicho Carnelutti, no incide sobre la vida del acto administrativo». *Apud* Santamaría Pastor (1972, p. 249).

elementos esenciales de manera burda, palmaria, ostensible, los que no reúnen ni las condiciones externas mínimas de legalidad» (p. 609). En definitiva, si la presunción de validez de la orden se destruye, bien porque una autoridad la declara nula o anulable o bien porque la ilegalidad es tan manifiesta que salta a la vista de cualquiera (tal y como ocurre en los supuestos de actos inexistentes), entonces, en el primer caso la desobediencia no será punible (por atípica o antijurídica) y, en el segundo caso, no habrá surgido ni siquiera el deber de obediencia. A estos efectos, creo que no importa tanto la presunción de legalidad, pues puede suceder que la orden adolezca de alguna irregularidad no invalidante manifiesta y grosera, que destruya su presunción de legalidad, pero que deje incólume su presunción de validez y, por tanto, su capacidad de obligar.

## 4.2. Las consecuencias de desobedecer un mandato antijurídico obligatorio

Es posible mantener tres tesis respecto a los órdenes nulas o anulables que gozan de presunción de validez:

- Que hacen surgir el deber de obediencia y que, por tanto, su incumplimiento es típico y antijurídico, por lo que, en caso de mediar culpabilidad, sería punible.
- Que son obligatorias, pero que su desobediencia no es punible por tratarse de una conducta atípica, ya que es el propio precepto (art. 36.6 LOPSC) el que exige la conformidad a derecho de la orden, al señalar que la autoridad o sus agentes la dictan «en el ejercicio de sus funciones».
- Que hacen nacer el deber de obediencia, pero que su incumplimiento no es punible por ser materialmente antijurídico, ya que al ser el bien jurídico protegido el «legítimo ejercicio de las funciones públicas» no puede entenderse que en el caso de incumplimiento de órdenes ilegales se haya producido una lesión al mismo.

A mi parecer, esta última tesis es la más correcta, pues si se parte de la base de que los mandatos antijurídicos obligatorios generan el deber de obediencia en los particulares en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos, entonces hay que concluir que la conducta de desobediencia es típica. Ahora bien, ello no impide considerar que, si posteriormente el sujeto recurre la orden y consigue su nulidad o anulabilidad, entonces su desobediencia no será punible por ser materialmente antijurídica, al no haber lesionado ni puesto en peligro el principio de autoridad entendido, en su acepción más moderna, como «adecuado ejercicio de la función pública».

En sede penal, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia parecen inclinarse por la tesis del tipo y consideran atípicas las desobediencias a mandatos antijurídicos obligatorios por considerar la conformidad a Derecho de la orden un elemento del tipo implícito (Javato

Martín, 2015, pp. 432-433). Pero ello, como ya he advertido con anterioridad, no me parece adecuado, dada la vigencia del deber de obediencia que a su vez viene motivado por la presunción de validez de la orden.

Sea como fuere, si se considera que en estos casos la desobediencia no es punible, se tendrá que anular la sanción que ya se ha impuesto al sujeto en aquellos casos en los que la presunción de validez se destruya con posterioridad a la resolución del procedimiento sancionador.

## 5. La culpabilidad: la necesidad de dolo para sancionar

Para cometer la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC se debe desobedecer un mandato de la autoridad o de sus agentes u oponer resistencia al mismo. Se requiere, por tanto, haber llevado a cabo una conducta dolosa. El sujeto debe actuar con dolo de desobedecer y de desconocer el principio de autoridad. Consecuentemente, resulta imposible apreciar que se comete la infracción con imprudencia<sup>25</sup>. Ahora bien, para apreciar el dolo basta con que «el sujeto activo lleve a cabo la conducta a conciencia de los elementos integrantes de la parte objetiva del tipo; es decir, sabiendo que resiste o desobedece a una autoridad o agente» (Córdoba Roda, 2004, p. 2.536). Además, puede tratarse de un dolo directo de primer o de segundo grado, por lo que también son dolosas aquellas desobediencias que no se realizan con el fin de menoscabar el principio de autoridad, sino con la única finalidad de no acatar la orden emitida por la autoridad o sus agentes, pues también en estos casos se acepta la ofensa al principio de autoridad como consecuencia necesaria<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> También la doctrina administrativista se ha pronunciado ya en este sentido. *Vid.* Trayter Jiménez (2020, p. 271).

<sup>26</sup> En este aspecto, resultan plenamente aplicables los pronunciamientos del Tribunal Supremo con relación a los delitos de desobediencia y atentado. La STS núm. 837/2017, de 20 de diciembre (RJ\2017\5227), puso de manifiesto la asentada línea jurisprudencial conforme a la que el elemento subjetivo del delito de resistencia del artículo 556 del CP, integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, «va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido». De modo que, según esa jurisprudencia, se entiende que quien resiste o desobedece, conociendo la condición del sujeto pasivo, acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado (o de consecuencias necesarias). No es por tanto necesaria la existencia de un dolo directo de primer grado, que por otra parte no es descartable. De igual forma se pronunció la STS núm. 156/2018, de 4 de abril (RJ\2018\2165). Con este basamento jurídico, la STS núm. 534/2016, de 17 de junio (RJ\2016\2791), confirmó la condena al recurrente como autor de un delito de resistencia del artículo 556 del CP, porque ante la actuación de los agentes de la Guardia Civil, que trataron de impedirle deshacerse de la droga objeto del delito contra la salud pública por el que también resultó condenado, ejerció cierta violencia (empujó y golpeó con patadas y puñetazos a los agentes, con entidad tal que comprometió su integridad física) y «aunque su finalidad primordial

Por lo tanto, si no media dolo, no es posible apreciar la comisión de la infracción<sup>27</sup>. Es lo que ocurre en aquellos casos en los que el sujeto infractor se encuentra en un estado de intoxicación tal que no es consciente de lo que se le ordena<sup>28</sup>. Lo mismo puede suceder en aquellos supuestos en los que el sujeto alega error de prohibición basándose en que su conducta desobediente respondió a la convicción de que la orden no era obligatoria por adolecer de vicios y no ser conforme a derecho. Pero para apreciarlo efectivamente y considerar al sujeto exento de responsabilidad es necesario que se trate de un error invencible. Y para determinar el conocimiento exigible al sujeto no basta con atender a sus circunstancias personales y profesionales, sino que también debe tenerse en cuenta la posibilidad de contar con el asesoramiento de personas más cualificadas en la materia<sup>29</sup>. Si el error fuera vencible, entonces no se eximiría al sujeto de responsabilidad, pero sí se le podría atenuar. En cualquier caso, en el ámbito de esta concreta infracción debe tenerse en cuenta que ni siquiera la doctrina parece estar muy de acuerdo en cuáles son los mandatos antijurídicos obligatorios. Es más, como he indicado, algunos autores incluso niegan que surja el deber de obediencia cuando se trata de actos administrativos viciados. Por lo tanto, no sería descabellado apreciar un error de prohibición. Ahora bien, creo que su apreciación debería estar condicionada a la interposición de un recurso contra la orden por parte del sujeto desobediente, pues solo así queda patente su convicción sobre la ilegalidad de la orden.

---

no fuera la de atacar a los guardias civiles sino la de eliminar los rastros de una actividad delictiva, ese ánimo, equivalente al de huir para ponerse a salvo, no excluye el de desprestigiar el principio de autoridad representado por aquellos y el buen funcionamiento del servicio público por ellos prestado, que es el injusto de este delito». El mismo pronunciamiento contiene la STS núm. 44/2016, de 3 de febrero (RJ\2016\269), que afirmó: «El ánimo o intención de huir no excluye el de desprestigiar el principio de autoridad representado por el agente policial que es el injusto de este delito» (en referencia al delito de resistencia del art. 556 CP).

<sup>27</sup> La sentencia núm. 85/2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vitoria, de 11 de abril (RJCA\2019\156), estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Andrés contra la resolución del director de la Ertzaintza de 21 de noviembre de 2017, por la que se le sancionaba con multa de 602 euros, como autor de una falta grave de desobediencia prevista en el artículo 36.6 de la LOPSC, por no resultar acreditada la culpabilidad del sujeto. Don Andrés fue sancionado por rebasar un cordón policial mientras trataba de cubrir una noticia de un corte de luz que se iba a llevar a cabo por operarios de Iberdrola en un inmueble de Vitoria ocupado por colectivos del movimiento Okupa. Sin embargo, la sentencia consideró que no había resultado probado el elemento subjetivo del injusto, la conciencia de menoscabar o vilipendiar el principio de autoridad, por haber rebasado el recurrente el cordón policial, no con la intención de incumplir la orden de los policías, sino movido por la masa de personas que se encontraba en aquel lugar manifestándose para evitar el corte de luz.

<sup>28</sup> *Vid. ad exemplum* la SAP de Córdoba núm. 52/1998, de 29 de julio (ARP 1998\3322). El tribunal absolvió al recurrente de la falta de desobediencia del artículo 634 del CP por no haber actuado con dolo, sino bajo los efectos del alcohol. Afirmó la sentencia: «El estado del conductor le impedía darse cuenta de lo que se le ordenaba y de ahí la ausencia total del elemento subjetivo del injusto».

<sup>29</sup> Así lo viene exigiendo la jurisprudencia. *Vid.* en Izquierdo Carrasco (2010, p. 328).

## 6. La infracción de desobediencia de la LOPSC y la polémica suscitada durante el estado de alarma decretado por la covid-19

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, limitaba en su artículo 7 la libertad de circulación de las personas, estableciendo que estas únicamente podían circular por las vías o espacios de uso público para la realización de ciertas actividades. Para garantizar la eficacia de todas esas restricciones, la norma establecía en su artículo 20 que su incumplimiento, así como la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma, «será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». Dicho artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, prevé a su vez y de forma similar que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes». Al respecto se suscitó un interesante debate sobre cuáles eran esas leyes a las que se hacía referencia. Se habló, sobre todo, de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del sistema nacional de protección civil, y de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Respecto a la aplicación de todas ellas para sancionar a los sujetos que incumplían las restricciones de libertad surgían dificultades e interrogantes, lógicos en parte, dada la excepcionalidad, novedad y complejidad de la situación pandémica<sup>30</sup>. Pero fue con relación a la LOPSC donde surgieron las mayores polémicas y disquisiciones. Hasta el punto de que mientras la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) desaconsejaba su aplicación para sancionar a aquellos que simplemente incumplían el artículo 7 del real decreto por el que se declaraba el estado de alarma, el ministro del Interior exhortaba su aplicación en dichos casos<sup>31</sup>.

Por una parte, la Abogacía General del Estado, en una consulta de fecha 2 de abril –sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma–, tras admitir que existían criterios discrepantes entre algunas abogacías del Estado, concluyó que la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC «sanciona algo más que el genérico incumplimiento del ordenamiento jurídico». A juicio de la abogada general del Estado, Consuelo Castro Rey, no basta con la mera contravención de una norma jurídica, sino que es necesario que se desconozca el principio de autoridad. Y, por ello, afirmó:

<sup>30</sup> Da cuenta de este fenómeno Trayter Jiménez (2020, pp. 259-295).

<sup>31</sup> Dio pronta cuenta de esta discrepancia Izquierdo Carrasco (2020). <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/04/16/criterios-administrativos-divergentes-sobre-la-infraccion-por-desobediencia-del-confinamiento/>

El mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento.

Por otra parte, el ministro del Interior emitió una comunicación a los delegados del Gobierno –sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción– en la que sostenía un criterio radicalmente contrario al de la Abogacía General del Estado. El ministro, tras reconocer que uno de los incumplimientos más frecuentes que se estaban produciendo y denunciando por los agentes de la autoridad era el de las medidas limitativas de la libertad de circulación que establecía el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, indicó que dicho incumplimiento debía considerarse desobediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno, como autoridad competente en el estado de alarma, y que, como tal, podía subsumirse «en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana». Y es que, a juicio del ministro, las medidas limitativas de la libertad de circulación contenidas en el real decreto por el que se declaraba el estado de alarma constituían «órdenes del Gobierno, directa y expresamente dirigidas a la ciudadanía, adoptadas en su condición de autoridad competente», que habían gozado de «amplísima difusión a través de los medios de comunicación, además de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». De esta forma, el ministro justificaba que el contenido de los mandatos –previstos en el real decreto– podía ser conocido por todo el conjunto de la ciudadanía, por lo que, a su juicio, su incumplimiento o desobediencia no exigían «el recordatorio de la necesidad de su observancia, mediante requerimiento de los agentes de la autoridad» para entender consumada la infracción administrativa.

La discrepancia puede resumirse así: mientras que la Abogacía General del Estado parecía considerar al real decreto por el que se declaraba el estado de alarma como una norma más del conjunto del ordenamiento jurídico, el ministro sostenía que las limitaciones a la libertad de circulación impuestas en él no constituían «normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes de la autoridad competente dirigidos a establecer restricciones a la libertad de circulación de la población» proporcionales a las circunstancias que habían determinado la declaración del estado de alarma. Y eso lo afirmó el ministro tras admitir que, conforme a la jurisprudencia constitucional, dichas limitaciones contenidas en el real decreto «tienen rango legal»<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Fue en la STC 83/2016, de 28 de abril, en la que el máximo intérprete de la Constitución, a propósito de analizar si el real decreto por el que se declaró el estado de alarma durante la crisis de los controladores

El quid de la cuestión reside, por tanto, en determinar si una norma con rango de ley, como es el real decreto por el que se declara el estado de alarma, puede contener mandatos expresos, concretos y terminantes de hacer o no hacer una específica conducta, emanados de la autoridad. Con carácter general, ya he explicado que la doctrina, tanto administrativa como penal, han venido negando que la infracción y el delito de desobediencia (así como la anterior falta) se cometan al incumplir obligaciones o prohibiciones impuestas por las normas<sup>33</sup>. Razonamiento del todo lógico y sensato, pues si se optara por la tesis contraria, cualquier incumplimiento de una norma sería constitutivo de la infracción o el delito de desobediencia. Parece, como he defendido con anterioridad, que el precepto está pensado para castigar la desobediencia de las órdenes de la autoridad (o de sus agentes) que tienen naturaleza de acto administrativo y no las de aquellas recogidas en una norma. De hecho, el propio Tribunal Supremo, al enumerar los requisitos que deben concurrir para la apreciación del delito de desobediencia, ha venido destacando la especial relevancia del requisito de la notificación, afirmando que

es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular [...], el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa (STS núm. 177/2017, de 22 de marzo, RJ 2017\2659).

Es por ello, que creo que la balanza podría inclinarse a favor de la postura de la Abogacía General del Estado, puesto que el incumplimiento de las limitaciones de circulación constituiría en puridad –y conforme a la jurisprudencia constitucional– el incumplimiento de una ley, de una norma, y no de una orden (acto administrativo) emanada de la autoridad. Pues, como digo, la infracción del artículo 36.6 de la LOPSC parece estar pensada para castigar la desobediencia de este tipo de órdenes, mucho más concretas y directas, ya que es en los casos en que se incumple una orden de la autoridad de esa naturaleza cuando más claramente se desconoce el principio de autoridad, bien jurídico protegido por el precepto<sup>34</sup>. Es decir, como afirma el ministro, desobedecer una orden emitida por el Gobierno durante el estado de alarma constituye una infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la LOPSC. El problema es que el real decreto por el que se declara dicho estado no tiene na-

---

aéreos era controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, llegó a la conclusión de que un real decreto de esas características tiene la naturaleza jurídica de una norma con rango o valor de ley.

<sup>33</sup> A este respecto, *vid.* Cano Campos (2021, p. 803), Baño León (2020) y Martín Fernández (2020).

<sup>34</sup> En este sentido, Cano Campos (2020a) sostiene que «si subsumiéramos cualquier incumplimiento de los mandatos y prohibiciones dictados durante el estado de alarma en ese precepto de la LOPSC [art. 36.6] cometeríamos, cuando menos, tres errores: calificaríamos de acto lo que es una norma, haríamos una interpretación extensiva de una norma punitiva y estaríamos mutando el bien jurídico que tratan de proteger las normas de mandato y prohibición aprobadas durante la alarma». El autor insiste sobre ello en (2021, p. 800).

turalidad jurídica de orden, sino de norma, de ley. Por lo que incumplir las limitaciones a la circulación no supone incumplir una orden o desobedecer a la autoridad y, por tanto, tampoco vulnerar el principio de autoridad, sino, en puridad, incumplir una norma.

No obstante, quizás sería posible establecer una diferenciación con relación a las normas excepcionales emanadas de la autoridad gubernativa. Tal vez podría defenderse que los reales decretos dictados en virtud del artículo 86 de la CE, en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad para declarar un estado de alarma, no contienen una regulación abstracta y general, sino que prevén mandatos concretos y específicos emanados de la autoridad para abordar una situación determinada y excepcional<sup>35</sup>. Si se partiera de esa idea, podría considerarse que el artículo 7 del real decreto por el que se declaraba el estado de alarma era una especie de orden general incluida dentro de una norma. Como consecuencia, podría aplicarse directamente el artículo 36.6 de la LOPSC para sancionar a aquellos que se saltaron el confinamiento. En ese caso sí podría mantenerse que han desobedecido una orden de la autoridad y que, con ello, han desconocido el principio de autoridad.

Pero si esa opción se descarta y se acepta sin más que el real decreto es una norma y que el mero incumplimiento de las normas, aunque procedan de la autoridad y sean excepcionales, no puede constituir por sí solo la infracción de desobediencia, entonces solo podrá aplicarse el artículo 36.6 de la LOPSC para sancionar a aquellos que incumplen las limitaciones de circulación cuando habiendo sido requeridos por un agente de la autoridad desconocieran la orden y siguieran incumpliendo las restricciones (siempre y cuando con su conducta no incurrieran, en su caso, en un delito de desobediencia del art. 556 CP)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Hace referencia al carácter especial de estas normas González López (2020, pp. 30-31): «Tales Reales Decretos se presentan como un acto con fuerza de ley, *sui generis*, al modo de lo que sucede con los reglamentos parlamentarios. No son, claramente, leyes ni su propósito es derogar leyes, y se encuentran extramuros de la regulación de las normas con rango de ley expresamente identificadas con tal carácter en la CE (Reales Decretos-Leyes, artículo 86, y Reales Decretos Legislativos, artículos 82 a 85). Además, se caracterizan por una eficacia estrictamente temporal».

<sup>36</sup> Es la postura que parecen estar adoptando los juzgados y tribunales. La sentencia núm. 215/2020, de 24 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra (JUR 2020\341051) ha explicado: «No se puede interpretar este tipo infractor [el art. 36.6 LOPSC] en el sentido genérico de que sanciona cualquier incumplimiento de disposiciones normativas dictadas por la autoridad competente. En puridad solo puede castigar la desobediencia o resistencia a órdenes cuya naturaleza jurídica no supera la de un mero «acto administrativo». En ningún caso permite sancionar, de manera genérica, el incumplimiento de disposiciones normativas, de carácter general. Es necesario que entre el escalón normativo y el comportamiento del infractor concorra un elemento intermedio, esencial: un acto de concreción y singularización del mandato normativo mediante la comunicación de un requerimiento directo a una persona o grupo de personas concreto». Y, por ese motivo, ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los recurrentes y anulado las multas impuestas a los mismos en virtud del artículo 36.6 de la LOPSC por haber incumplido las restricciones del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En virtud del mismo fundamento, la sentencia núm. 208/2020, de 27 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo (JUR 2020\306220),

Pues, en esos casos, y fuera de toda duda, los sujetos estarían desobedeciendo una orden de los agentes de la autoridad y vulnerando, con ello, el principio de autoridad.

En cualquier caso, posiblemente toda esta polémica y los problemas jurídicos expuestos podrían haberse evitado si el Real Decreto 463/2020, aprovechando su rango o valor de ley, hubiera regulado un régimen sancionador específico<sup>37</sup>. Habría bastado con un precepto que tipificara como infracción incumplir lo dispuesto en su artículo 7 (Cano Campos, 2020c)<sup>38</sup>.

---

ha anulado la sanción por desobediencia impuesta a la recurrente por transitar por la vía pública sin causa justificada durante el estado de alarma. Ha concluido la sentencia: «El mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 LOPSC. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento. No cabe admitir como desobediencia el simple hecho de desatender el mandato abstracto de una norma imperativa, pues en tal caso nos encontraríamos ante el absurdo de que todo incumplimiento normativo sería desobediencia, además de la infracción regulada en la norma particular». En un sentido similar se ha pronunciado el mismo juzgado en su sentencia núm. 201/2020, de 19 de octubre (RJCA 2020\1403). Igualmente destacables son las siguientes sentencias: núm. 36/2021, de 15 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pontevedra (JUR 2021\80089); núm. 26/2021, de 16 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Orense (JUR 2021\66137); núm. 209/2020, de 20 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo (RJCA 2020\1502); núm. 180/2020, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lugo (JUR 2020\336447); núm. 119/2020, de 17 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid (RJCA 2020\1489); núm. 230/2020, de 11 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra (RJCA 2020\1500); núm. 147/2020, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo (JUR 2020\335408); núm. 86/2020, de 22 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Oviedo (JUR 2020\328039); núm. 126/2020, de 4 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Córdoba (JUR 2020\340183), núm. 160/2020, de 23 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de León (RJCA 2020\1495), y las sentencias núm. 196/2020 y núm. 195/2020, ambas de 27 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño (JUR 2020\307460 y RJCA 2020\1742, respectivamente).

No obstante, pueden encontrarse algunas sentencias, aunque pocas, favorables a la interpretación del ministro del Interior y que, en su virtud, han confirmado las multas impuestas ex artículo 36.6 de la LOPSC. Es el caso de la sentencia núm. 194/2020, de 5 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona (SJCA 1967/2020), que afirma: «Las conductas contrarias a lo dispuesto en el Real Decreto por el que se declaraba el estado de alarma suponían desobediencia a la autoridad, sin resultar necesario un previo requerimiento de un agente para la comisión de la infracción administrativa. Así existe un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta y emanado de la autoridad competente. Existe debida notificación del mandato al obligado a cumplirlo, para que se tenga pleno conocimiento de su contenido, siendo publicado en el BOE y teniendo dicho mandato una extraordinaria difusión mediática». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia núm. 100/2020, de 3 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres (SJCA 1980/2020).

<sup>37</sup> Sobre la renuncia a hacerlo y los inconvenientes derivados de esa opción, *vid.* Amoedo Souto (2020, p. 71).

<sup>38</sup> El autor profundiza sobre esta cuestión en (2021, pp. 811-817).

A todo este escenario se suma ahora la STC 148/2021, de 14 de julio<sup>39</sup>, que ha declarado la inconstitucionalidad de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, fundamentalmente porque ha prevalecido tras los magistrados la tesis consistente en que para establecer las limitaciones impuestas en ese precepto a la libertad de circulación de las personas se debería haber declarado un estado de excepción, no siendo suficiente con el estado de alarma instaurado<sup>40</sup>. Según el máximo intérprete de la Constitución, el artículo 7.1 del real decreto impugnado

no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas.

Junto a esta declaración de inconstitucionalidad, la sentencia ha aclarado los efectos de la misma. Me centraré ahora en destacar aquellos que guardan relación con el objeto de este trabajo, es decir, las sanciones administrativas impuestas durante el estado de alarma. En este sentido, la sentencia no hace más que recordar lo ya dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), cuyo tenor literal es el siguiente:

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Conforme a ello, la sentencia dispone que «es posible la revisión expresamente prevista en el artículo 40.1 *in fine* LOTC» y añade que la misma

viene impuesta por el artículo 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o adminis-

<sup>39</sup> Realizan un útil resumen de los pronunciamientos de la sentencia García Majado y Presno Linera (2021).

<sup>40</sup> Doy cuenta de ello en Martín Fernández (2021).

trativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

En definitiva, lo que sucede cuando está en juego la exclusión de una pena o de una sanción administrativa es que la sentencia del Tribunal Constitucional tiene efectos incluso sobre las situaciones jurídicas declaradas por sentencia con fuerza de cosa juzgada y, con más razón, sobre aquellas recogidas en una resolución administrativa que ha devenido firme.

El Tribunal Constitucional ya tuvo la oportunidad de aclarar en su sentencia 30/2017, de 27 de febrero, cómo debe interpretarse lo dispuesto en el inciso final del artículo 40.1 de la LOTC. A su juicio, se trata de una regla de

alcance material, en el sentido de que ha de referirse estrictamente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley en aquellos aspectos que específicamente afecten a la tipificación de las infracciones o a la determinación de las sanciones, que son los que pueden determinar una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, excluyendo, en cambio, los aspectos adjetivos.

Como consecuencia de esta interpretación, podría pensarse, como Aparicio Santamaría (2021), que

es del todo punto necesario que en los procedimientos sancionadores (en trámite o ya culminados) la sanción se haya impuesto, única y exclusivamente, por un mero incumplimiento de las limitaciones contempladas en el artículo 7 (apartados 1 y 3) del RD 463/2020 (o sus prórrogas). Y es que, si no fuese así, o, si se prefiere, si la sanción se impuso por haberse cometido, de manera autónoma, otra infracción, a saber, la de negarse a atender a una orden o mandato claro emitido por el agente de la autoridad competente, la sanción impuesta no será revisable por la declaración de inconstitucionalidad y nulidad que nos ocupa, pues en tal caso la norma aplicada no es, propiamente, el artículo 7 del RD 463/2020.

El problema, a mi parecer, es que la sentencia podría también tener efectos sobre aquellas sanciones administrativas impuestas en virtud del artículo 36.6 de la LOPSC, es decir, como consecuencia de la comisión de la infracción de desobediencia. Y no me refiero a aquellas sanciones que se impusieron por considerar que el mero incumplimiento de las restricciones de circulación ya era desobediencia a la autoridad (las cuales ya sabemos que, según la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, son nulas por vulnerar el principio de tipicidad), sino a aquellas otras sanciones que se impusieron porque, efectivamente, un particular desatendió la orden recibida por un agente de la autoridad que le instó a cumplir las

limitaciones previstas en el artículo 7.1 del real decreto, ahora declarado inconstitucional. Creo que también estas sanciones podrían ser susceptibles de revisión, pues podría considerarse que las órdenes emitidas por los agentes de la autoridad con fundamento en el artículo 7.1 del real decreto han devenido ilegítimas con la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, por haberse producido un cambio de las circunstancias de derecho que sirvieron de base para dictar el acto<sup>41</sup>. Y creo que esta tesis no es del todo incoherente, porque para castigar la infracción de desobediencia se requiere que la orden emanada de la autoridad sea legítima, y no creo que pueda considerarse legítima una orden fundada en una norma declarada inconstitucional. Por lo tanto, cabría concluir que el incumplimiento realizado en su momento por los particulares es atípico, por faltar el requisito de la legitimidad de la orden, o bien típico, pero no punible, por no concurrir el requisito de la antijuridicidad material, ya que no puede apreciarse lesión alguna al bien jurídico protegido, el principio de autoridad, entendido como «legítimo ejercicio de las funciones públicas».

No obstante, quizás también podría defenderse que incluso en estos casos hubo una lesión a este principio, porque materialmente sí que se desobedeció a un agente de la autoridad, y más si se tiene en cuenta que en el momento de emisión de la orden existía una ley que la amparaba y le servía de fundamento. En el fondo, se trata de resolver las incógnitas que siempre han existido alrededor de la infracción de desobediencia, de la capacidad de obligar de los mandatos antijurídicos y, en general, de la presunción de validez de los actos administrativos, aunque ahora con la complejidad extra derivada del origen de la ilegalidad de la orden (¿se trata de una ilegalidad inicial o sobrevenida?).

## 7. Conclusiones

La infracción de desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes del artículo 36.6 de la LOPSC se comete cuando se ignora o se despliega oposición física frente a una orden singular y personalmente notificada emanada de alguna de las autoridades a las que alude el artículo 5 de la LOPSC o de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Precisamente por eso, no puede considerarse que los sujetos que incumplieron las restricciones de limitación impuestas mediante real decreto (una norma reglamentaria) durante la situación de emergencia sanitaria derivada de la covid-19 hayan cometido esta infracción de desobediencia. Solo si, una vez incumplida dicha previsión normativa, desatendieron la orden singular del agente de la autoridad que les requirió para volver a su domicilio, podría apreciarse que incurrieron en esta infracción de desobediencia.

---

<sup>41</sup> A este respecto, *vid.* Rebollo Puig (2018, pp. 119-120) y Cano Campos (2018, pp. 7-26) y (2017, pp. 1-53 y 2002, pp. 1-43).

Con la previsión de esta infracción se trata de garantizar el ejercicio de la función pública y, más concretamente, la eficacia de la función policial. Y, con ello, de proteger la seguridad y la convivencia ciudadanas. Por este motivo, en este trabajo se defiende que todas las órdenes emanadas de la autoridad o sus agentes y que gozan de presunción de validez deben ser obedecidas, con independencia de su legalidad intrínseca. Pero se interpreta que la desobediencia de las órdenes ilegales no puede resultar sancionada por no ser materialmente antijurídica. No parece que un ejercicio extralimitado e ilegal de la función pública deba ser amparado por el ordenamiento jurídico.

## Referencias bibliográficas

- Alarcón Sotomayor, Lucía. (2019). Derecho penal y derecho sancionador de la seguridad ciudadana. El proceso despenalizador. En Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor (Dir.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana* (pp. 301-348). Aranzadi.
- Amoedo Souto, Carlos Alberto. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso: problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 66-77.
- Aparicio Santamaría, Emilio. (2021). Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto de alarma en los procedimientos sancionadores. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-decreto-de-alarma-en-los-procedimientos-sancionadores>
- Baño León, José María. (2020). Covid-19, confinamiento y multas: ¿qué es desobediencia? *Baño León*. <https://banoleon.com/es/blog/covid-19-confinamiento-y-multas-que-es-desobediencia/>
- Bocanegra Sierra, Raúl. (2012). *Lecciones sobre el acto administrativo*. (4.ª ed.). Navarra.
- Cano Campos, Tomás. (2002). La invalidez sobrevenida de los actos administrativos. *Revista General de Derecho Administrativo*, 1, 1-43.
- Cano Campos, Tomás. (2017). El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse. *Indret*, 4, 1-53.
- Cano Campos, Tomás. (2018). Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo. *Documentación Administrativa*, 5, 7-26.
- Cano Campos, Tomás. (2020a). Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad. *Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-desobediencia-a-la-autoridad/>
- Cano Campos, Tomás. (2020b). La presunción de validez de los actos administrativos.

- Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14, 6-28.
- Cano Campos, Tomás. (2020c). ¿Puede el Decreto de Alarma establecer su propio régimen sancionador? *Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/11/puede-el-decreto-de-alarma-establecer-su-propio-regimen-sancionador/>
- Cano Campos, Tomás. (2021). Las sanciones en el estado de alarma. En Manuel Rebollo Puig, Alejandro Huergo Lora, Javier Guillén Caramés y Tomás Cano Campos (Dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (pp. 789-824). Civitas.
- Cerezo Mir, José. (1982). *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Tecnos.
- Córdoba Roda, Juan. (2004). Capítulo II: De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de la resistencia y desobediencia. En Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (Dirs.), *Comentarios al Código Penal: Parte especial* (tomo II, pp. 2.516-2.536). Marcial Pons.
- Cuerda Arnau, M.<sup>a</sup> Luisa. (2016). La reforma del delito de atentado. En *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana* (pp. 159-169). Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. (2017). *Curso de Derecho Administrativo I*. (18.<sup>a</sup> ed.). Civitas.
- García Majado, Patricia y Presno Linera, Miguel Ángel. (2021). La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma. *Ibericonnect: El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*. <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>
- González López, Juan José. (2020). Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 21, 19-40.
- Huergo Lora, Alejandro. (2002). El delito y la falta de desobediencia y las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo*, 1, 1-24.
- Izquierdo Carrasco, Manuel. (2010). La culpabilidad y los sujetos responsables. En Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M.<sup>a</sup> Bueno Armijo (Dirs.), *Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 249-357). Lex Nova.
- Izquierdo Carrasco, Manuel. (2020). Criterios administrativos divergentes sobre la infracción por desobediencia del confinamiento. *Seguridad pública, Derecho Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/04/16/criterios-administrativos-divergentes-sobre-la-infraccion-por-desobediencia-del-confinamiento/>
- Jareño Leal, Ángeles. (2019). La privación de libertad a efectos de identificación en la Ley de Seguridad Ciudadana: sus requisitos y la distinción entre delitos e infracciones administrativas de desobediencia y de resistencia en caso de negativa a identificarse. *Cuadernos de Política Criminal*, 128, pp. 5-44.
- Javato Martín, Antonio M.<sup>a</sup>. (2014). El delito de desobediencia de funcionario. *Revista General de Derecho Penal*, 21, 1-48.
- Javato Martín, Antonio M.<sup>a</sup>. (2015). Capítulo II: De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de

- la resistencia y desobediencia. En Manuel Gómez Tomillo y Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín (Dirs.), *Comentarios prácticos al Código Penal* (tomo VI, pp. 418-469) Aranzadi.
- Martín Fernández, Carmen. (2019). El uso no autorizado de imágenes de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor (Dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana* (pp. 559-590). Aranzadi.
- Martín Fernández, Carmen. (2020). ¿Es posible sancionar en virtud de la Ley de Seguridad Ciudadana a quienes incumplen las limitaciones de circulación durante el estado de alarma? *Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/04/25/es-posible-sancionar-en-virtud-de-la-ley-de-seguridad-ciudadana-a-quienes-incumplen-las-limitaciones-de-circulacion-durante-el-estado-de-alarma/>
- Martín Fernández, Carmen. (2021). Crónica de una nulidad anunciada: otro motivo más para la anulación de las sanciones impuestas durante el estado de alarma. *Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Derechos Fundamentales*. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2021/09/01/cronica-de-una-nulidad-anunciada-otro-motivo-mas-para-la-anulacion-de-las-sanciones-impuestas-durante-el-estado-de-alarma/>
- Martínez Correa, Isidoro. (2010). *El delito de atentado y otras infracciones penales a la autoridad y sus agentes*. Bosch.
- Merkel, Adolfo. (2004). *Teoría general del Derecho Administrativo*. (José Luis Monereo Pérez, Ed.). Comares.
- Mir Puig, Santiago. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. (9.<sup>a</sup> ed.). (Víctor Gómez Martín, Ed.). Reppertor.
- Quintero Olivares, Gonzalo. (2016). Capítulo II: De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia. En Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y por Fermín Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. (10.<sup>a</sup> ed., pp. 2068-2087). Aranzadi.
- Rebollo Puig, Manuel. (2005). La presunción de validez. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 128, 587-638.
- Rebollo Puig, Manuel. (2009). La nulidad en Derecho Administrativo: consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales. *Justicia Administrativa*, 44, 5-39.
- Rebollo Puig, Manuel. (2018). La invalidez del acto administrativo. En Manuel Rebollo Puig y Diego José Vera Jurado (Coords.), *Derecho Administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*. (3.<sup>a</sup> ed., pp. 101-121). Tecnos.
- Rebollo Puig, Manuel. (2019a). La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana. En Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor (Dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana* (pp. 31-170). Aranzadi.
- Rebollo Puig, Manuel. (2019b). La actividad administrativa de limitación. En Mariano López Benítez y Manuel Izquierdo Carrasco (Coords.), *Derecho Administrativo, Tomo III: Modos y medios de la actividad administrativa* (2.<sup>a</sup> ed., pp. 19-46). Tecnos.
- Rebollo Puig, Manuel e Izquierdo Carrasco, Manuel. (2019). Los medios jurídicos de la actividad administrativa de limitación. *Derecho Administrativo, Tomo III: Modos y medios de la actividad administrativa* (2.<sup>a</sup> ed., pp. 47-92). Tecnos.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (1972). *La nulidad de pleno derecho de los actos*



*administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público.* Instituto de Estudios Administrativos.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (2020). Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia. En David Blanquer (Coord.), *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)* (pp. 208-239). Tirant lo Blanch.

Trayter Jiménez, Joan Manuel. (2020). Derecho administrativo sancionador, estado de alarma y COVID-19. En David Blanquer (Coord.), *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)* (pp. 241-303). Tirant lo Blanch.





# La regulación de las redes eléctricas inteligentes como piedra angular de la transición energética

**Ignacio Zamora Santa Brígida**

*Doctor en Derecho*

*Abogado en EJI López-Ibor Mayor*

[ignacio.zamora@ejilopezibor.com](mailto:ignacio.zamora@ejilopezibor.com) | <https://orcid.org/0000-0002-1530-0634>

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

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

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

## Extracto

En el presente artículo se analiza la relevancia que las redes eléctricas inteligentes tendrán en la transición energética hacia un modelo renovable, flexible y eficiente. Nos hallamos ante un cambio de paradigma en el sector eléctrico marcado por el cambio climático y la revolución tecnológica. Este novedoso contexto exige que las redes eléctricas experimenten un proceso de modernización, gracias al cual puedan integrar adecuadamente los recursos energéticos distribuidos, como son, por ejemplo, las instalaciones de almacenamiento y los vehículos eléctricos. Una tarea que implicará, aunque en algunos supuestos sea con carácter transitorio, la asunción de nuevas funciones por parte de los gestores de las redes de distribución. Se trata, en suma, de una radical transformación del sector eléctrico y su regulación, que encuentra en las redes eléctricas inteligentes el eje vertebrador de la transición energética. Una transición que se presenta evidente en lo referido a la perspectiva medioambiental y extremadamente compleja en su vertiente industrial.

**Palabras clave:** redes eléctricas inteligentes; transición energética; energías renovables; regulación; cambio climático; Unión de la Energía.

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

**Cómo citar:** Zamora Santa Brígida, I. (2021). La regulación de las redes eléctricas inteligentes como piedra angular de la transición energética. *Revista CEFLegal*, 250, 127-162.



# Regulation of smart grids as a key element of the energy transition

Ignacio Zamora Santa Brígida

## Abstract

This article analyses the relevance that smart grids will have in the energy transition towards a renewable, flexible, and efficient model. We are facing a paradigm shift in the power sector as a result of climate change and technological revolution. This new context requires electricity grids to undergo a technological process that will enable them to fully integrate distributed energy resources, such as storage facilities and electric vehicles. A task that will involve, albeit in some cases on a transitional basis, the assumption of new functions by distribution system operators. In short, it is a radical transformation of the power sector and its regulation with smart grids as the backbone of the energy transition. A transition that is evident in terms of the environment and extremely complex in terms of industry.

**Keywords:** : smart grids; energy transition; renewable energy; regulation; climate change; Energy Union.

**Citation:** Zamora Santa Brígida, I. (2021). La regulación de las redes eléctricas inteligentes como piedra angular de la transición energética. *Revista CEFLegal*, 250, 127-162.





## Sumario

1. Introducción: Un cambio de paradigma motivado por el cambio climático y la revolución tecnológica
  2. Puesta en escena de las redes eléctricas inteligentes
    - 2.1. Concepto
    - 2.2. Sobre la trascendencia de las redes eléctricas inteligentes en el modelo de generación distribuida
  3. La estructura conceptual clásica de la distribución eléctrica y su adaptación al modelo de generación distribuida
  4. La distribución de energía eléctrica ante las principales tecnologías disruptivas: aspectos regulatorios
    - 4.1. La integración de los sistemas de almacenamiento en las redes eléctricas: El carácter esencial de la instalación deberá determinar su régimen jurídico
    - 4.2. La recarga del vehículo eléctrico: el distribuidor como facilitador de su despliegue
  5. Creación de comunidades energéticas locales y mercados locales de electricidad: hacia un sistema eléctrico más flexible
    - 5.1. Las comunidades energéticas locales
    - 5.2. Los mercados locales de electricidad
  6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción: Un cambio de paradigma motivado por el cambio climático y la revolución tecnológica

Las nuevas tecnologías están alcanzando un grado de desarrollo que, hace tan solo unos años, hubiera sido inimaginable. Aparecen, con una frecuencia cada vez mayor, innovaciones tecnológicas de naturaleza disruptiva, es decir, que cambian por completo los modelos de producción y consumo hasta ahora conocidos.

En palabras de Klaus Schwab (2016, p. 15), puede afirmarse que estamos en presencia de la cuarta revolución industrial. Afirmación que sostiene en las siguientes causas:

- a) Velocidad: Al contrario de lo que sucedía en las anteriores revoluciones industriales, la actual está avanzando a un ritmo, no lineal, sino exponencial. Es, en definitiva, el resultado de un mundo profundamente interconectado.
- b) Amplitud y profundidad: Se basa en un proceso de digitalización y combina múltiples tecnologías que provocan cambios de paradigma en los modelos de negocio y en las relaciones personales.
- c) Impacto de los sistemas: Nos hallamos ante la transformación de complejos sistemas dentro de las empresas, de las industrias y de los países. Es decir, se están produciendo simultáneamente una serie de profundos cambios en las formas de organizarse y relacionarse.

Estamos presenciando el inicio de un cambio cuya profundidad alcanza a la forma en que las personas trabajan y consumen. La revolución tecnológica afecta a la sociedad como

colectivo y a la persona como individuo. Tal es así que el propio concepto de persona y el de identidad pueden llegar a disociarse por la coexistencia de los entornos físico y digital<sup>1</sup>.

Se distingue con nitidez, pues, cuáles van a ser los actores protagonistas en el nuevo escenario: de un lado, la sociedad y, de otro, la digitalización. Ahora bien, la incertidumbre recae sobre cómo se ordenará la sociedad digital; cuestión que debe ser resuelta desde el derecho y la ética. La cuarta revolución industrial, por consiguiente, no debe entenderse como un factor exógeno al ser humano, sino como una gran ocasión para que los modelos sociales que resulten de las diferentes innovaciones tecnológicas terminen potenciando los valores y la dignidad de la persona<sup>2</sup>.

En el ámbito energético el cambio climático exige que la sociedad cubra sus necesidades económicas de manera más inteligente y sostenible, objetivo que, gracias a las nuevas tecnologías, estamos en disposición de lograr. Sin ellas, innovaciones como las redes eléctricas inteligentes, el almacenamiento, la movilidad eléctrica u otras actividades que puedan implicar un uso eficiente de la energía resultarían simple utopía.

La digitalización, en relación con la transformación de la industria eléctrica, es definida por la consultora internacional Bloomberg como «el proceso consistente en conectar distin-

---

<sup>1</sup> *Vid.* el brillante estudio de José Luis Piñar Mañas (2018) sobre el tema. En él reflexiona, entre otras cuestiones, acerca de cómo el entorno digital puede alterar el concepto de persona y de identidad: «La identidad a que vengo refiriéndome se construye fundamentalmente en el entorno de la realidad física. Pero puede asimismo trasladarse al entorno digital. En este, en efecto, confluyen elementos que configuran tanto la identidad que cada uno quiere o pretende darse como la que se otorga. Lo que ocurre es que en el entorno digital la heteroformación de la identidad depende de factores que no siempre operan en el mundo físico o lo hacen de un modo muy diverso. Pues en el entorno digital las posibilidades de conformar desde fuera del propio sujeto su identidad y con ello su personalidad son sin duda mucho más numerosas, y cualitativamente diversas». A continuación, concluye: «La identidad es del ser humano, no de la máquina. Es de la persona. Esta afirmación, que parecería obvia, no lo es tanto, y menos lo será en el futuro».

<sup>2</sup> *Vid.* la magistral reflexión realizada al respecto por Quadra-Salcedo (2018, pp. 65-66): «La sociedad digital puede acabar provocando la puesta a disposición de unos pocos de unos instrumentos formidables de poder, dominación y control, incompatibles con los valores y principios superiores de nuestro ordenamiento: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Lo que para algunos, según se ha visto, es la tierra prometida del sometimiento a máquinas infalibles que dirijan la vida de los ciudadanos, no es sino una directa contradicción con los principios esenciales sobre los que descansa nuestro pacto social. [...] el modelo de un supuesto mundo feliz donde las máquinas y la inteligencia artificial sustituyan al ser humano no se compadece con los valores superiores de nuestra convivencia, ni con la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que le son inherentes. Eso no supone que las máquinas y la inteligencia artificial no deban ser un poderoso medio para construir un mundo mejor y más justo, en el que los ciudadanos puedan lograr un más perfecto desarrollo de su personalidad y llevar a su plenitud la democracia. Las máquinas transforman los datos en informaciones accesibles y enormemente aprovechables, pero su empleo solo corresponde al conocimiento humano que es capaz de ponderar los juicios últimos morales y de valor».

tos dispositivos a través de las telecomunicaciones, recopilando y compartiendo información, para, finalmente, analizar los datos obtenidos y así mejorar la operación del sistema»<sup>3</sup>.

En el escenario de la digitalización, impulsado decisivamente por la cuarta revolución industrial, están adquiriendo una trascendencia creciente innovaciones como el internet de las cosas<sup>4</sup>, el *big data* o el *blockchain*, las cuales pueden enmarcarse en el contexto de la inteligencia artificial (IA). Son, todas ellas, tecnologías disruptivas que posibilitan la prestación de nuevos servicios con costes marginales muy reducidos. Las plataformas digitales permiten, incluso, que el activo necesario para la prestación del servicio no sea propiedad de la empresa prestadora del mismo<sup>5</sup>.

El sector eléctrico, en concreto, muestra una especial sensibilidad ante la aplicación de las nuevas tecnologías. Se trata de una industria que, desde su origen, se ha visto condicionada por razón de una serie de circunstancias físicas: la imposibilidad de almacenar electricidad en grandes cantidades, la compleja interacción de los electrones o la necesidad de operar con infraestructuras en red; contexto que, lógicamente, ha influido de forma muy significativa en su régimen jurídico y económico.

La industria eléctrica, naturalmente, ha observado cómo la tecnología empleada en su cadena de valor ha evolucionado de forma notable durante el último siglo. Se ha tratado de una evolución tecnológica que ha permitido una mejora sustancial en la eficiencia y la seguridad de las instalaciones sin llegar a provocar profundas alteraciones en su esquema funcional. En los últimos años, sin embargo, la trascendencia de los avances tecnológicos y la elevadísima velocidad con la que estos van llegando está alumbrando, ahora sí, una radical transformación en la cadena de valor del sector eléctrico.

En este contexto surgen las denominadas *smart cities* (ciudades inteligentes), expresión anglosajona que se refiere a aquellos entornos urbanos que emplean las nuevas tecnologías con el fin de aumentar la calidad de vida de sus habitantes y hacer de la ciudad un espacio más sostenible. Es importante, en este punto, que el término *inteligencia* no se asocie a los elementos en sí mismos, sino al uso que se hace de ellos. Adviértase, por tanto, que la denominación puede resultar equívoca, fruto de una traducción del inglés, que ha terminado

<sup>3</sup> Informe publicado por la consultora internacional Bloomberg con el título *Digitalization of Energy Systems*, el 6 de noviembre de 2017, p. 3.

<sup>4</sup> Para profundizar, *vid.* Barrio Andrés (2018).

<sup>5</sup> *V. gr.* el modelo de negocio de una central virtual de generación eléctrica: «En Alemania se encuentra el caso de Next Kraftwerke, que comenzó su operación en 2009 y contaba en septiembre de 2017 con 4.800 centrales de producción y centros de consumo en diversos países de Europa central (principalmente clientes industriales con flexibilidad de demanda). Next Kraftwerke no dispone de ningún recurso distribuido en propiedad, siendo sus únicos gastos los relacionados con su centro de control global». Informe elaborado por Orkestra (Instituto Vasco de Competitividad) titulado *Autoconsumo eléctrico: normativa actual y experiencias internacionales de promoción del autoconsumo* (2018), pp. 100-101.

siendo aceptada de forma generalizada. Por ello, consideramos más adecuado decir que el proceso de digitalización ha generado *ciudades interconectadas* que permiten un uso más eficiente de los distintos recursos<sup>6</sup>.

Estos nuevos entornos son particularmente interesantes desde un punto de vista energético. Una ciudad inteligente es, en definitiva, una ciudad interconectada<sup>7</sup>. Y, como explicaremos en las páginas que siguen, la transmisión de información en tiempo real resulta fundamental para que la demanda participe en el sector eléctrico, tarea que, sin el uso de contadores inteligentes, no sería posible. Asimismo, un espacio donde existe una elevada conectividad es el escenario idóneo para que el consumo de energía se realice con eficiencia. El proceso de digitalización, determinante para la consecución de las ciudades inteligentes, permite que las redes eléctricas inteligentes puedan alcanzar todo su potencial al integrar diversos elementos impulsores de la transición energética, como los sistemas de acumulación de energía o los vehículos eléctricos.

Debe tenerse en cuenta, en suma, que la incorporación de inteligencia artificial y la gestión eficiente de los recursos naturales, fenómenos relacionados entre sí, son presupuestos esenciales para que pueda cumplirse el objetivo de desarrollo sostenible (ODS) número 11: «Ciudades y comunidades sostenibles». Según datos ofrecidos por Naciones Unidas<sup>8</sup>, la mitad de la humanidad (3.500 millones de personas), vive a fecha de hoy en ciudades y se prevé que esta cifra aumente a 5.000 millones para el año 2030.

Asimismo, el investigador del Massachusetts Institute of Technology (MIT), Carlo Ratti, aporta cuatro cifras que resultan clave para comprender el impacto de las ciudades: 2, 50, 75 y 80. Comenta al respecto que las ciudades ocupan el 2 % de la superficie global, alojan al 50 % de la población mundial, son responsables del 75 % de la energía que se consume en todo el planeta y emiten el 80 % de las emisiones totales de CO<sub>2</sub>. Por ello, si las ciudades incrementasen en alguna medida su grado de eficiencia, el beneficio aumentaría exponencialmente a efectos globales<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sin perjuicio de nuestro afán por emplear la lengua española con propiedad, utilizaremos en lo sucesivo todas las expresiones que incluyen el término *inteligente* como traducción de *smart* (redes inteligentes, contadores inteligentes, ciudades inteligentes, etc.) por haber sido las que mayor aceptación han tenido en España y, en consecuencia, facilitar así la tarea comunicativa.

<sup>7</sup> Sin embargo, resulta preocupante, como bien señala Magdalena SUÁREZ OJEDA, la desconexión de las zonas rurales respecto del mundo digital. *Vid.* Suárez Ojeda (2018, pp. 921-923).

<sup>8</sup> Datos disponibles en la página web de Naciones Unidas: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/>>.

<sup>9</sup> Datos ofrecidos en un artículo publicado por Carlo Ratti en la web del World Economic Forum, titulado de la siguiente forma: «These four numbers define the importance of our cities 2, 50, 75 and 80». <<https://www.weforum.org/agenda/2016/12/technology-and-the-future-of-our-cities/>>.

A continuación, trataremos de exponer el proceso de integración en las redes eléctricas inteligentes de las principales innovaciones tecnológicas vinculadas a la generación distribuida, así como sus aspectos regulatorios más destacados. Un proceso que, a nuestro entender, resulta fundamental para la viabilidad de los objetivos climáticos que guían la transición energética.

## 2. Puesta en escena de las redes eléctricas inteligentes

### 2.1. Concepto

La industria eléctrica se ha caracterizado, desde sus orígenes, por funcionar mediante infraestructuras en red, un diseño tecnológico que ha traído como consecuencia más inmediata la formación de monopolios naturales; circunstancia que ha determinado sustancialmente el régimen jurídico y económico del sector.

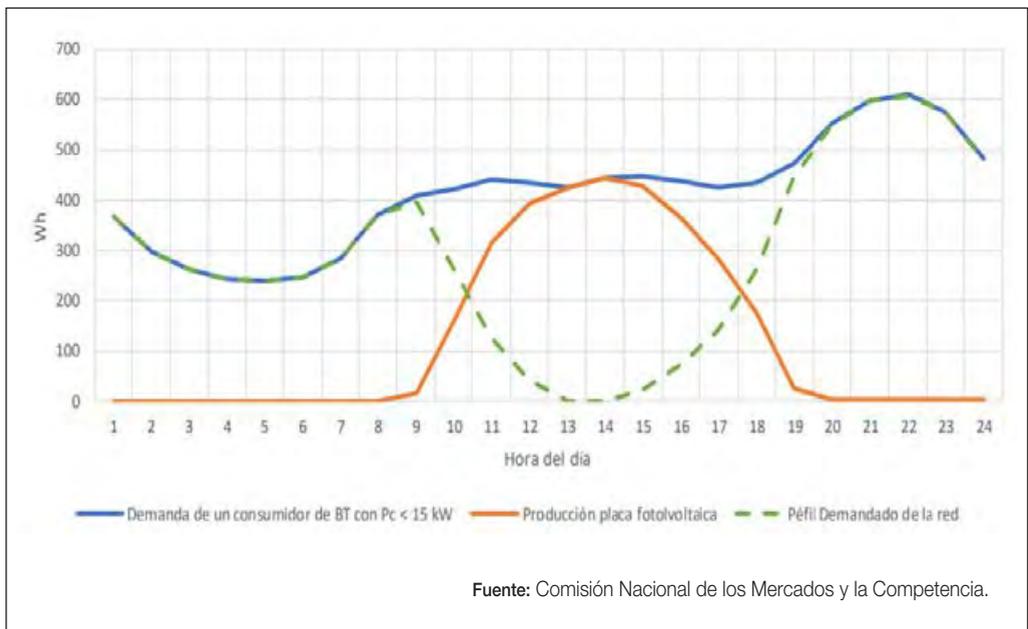
Esta realidad, aunque no admite alternativa, resulta para muchos incómoda. En este sentido, destaca el movimiento global *Not in my backyard* (lo que podría traducirse al español como «No en mi jardín»), que responde a la organización de aquellos ciudadanos que rechazan la instalación de ciertas infraestructuras (entre ellas, las propias redes eléctricas) en las proximidades de sus viviendas, por considerarlas peligrosas debido a sus externalidades negativas. Esto no significa que los grupos de ciudadanos afectados estén en contra de la actividad que pueda llevarse a cabo mediante la infraestructura instalada, simplemente pretenden que esta se ubique en lugar distinto al de su residencia. El movimiento NIMBY (su acrónimo anglosajón) refleja, en definitiva, que la localización de una determinada infraestructura suele generar beneficios sociales colectivos y, por el contrario, costes sociales muy concentrados.

Esta es una de las razones por las cuales el autoconsumo eléctrico, en principio, presenta un importante grado de aceptación por parte de la ciudadanía. El pensamiento de que se pueda producir la electricidad que se consume con la simple instalación de unos pocos módulos fotovoltaicos, sin necesidad de emplear cables aéreos soportados por postes, hace atractiva la actividad. Sin embargo, esta idea solo puede materializarse en los supuestos de *autoconsumo eléctrico aislado*, que normalmente se dan en comunidades rurales de difícil acceso, donde la extensión de la red eléctrica no tiene sentido económico o, directamente, las condiciones técnicas del lugar lo impiden. La actividad de suministro eléctrico con autoconsumo, por lo general, necesita de la red eléctrica. Sin ella, el vertido de energía eléctrica excedentaria sería inviable y la seguridad del suministro quedaría en situación de riesgo.

En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) apunta que

en la medida en que el consumidor acogido a autoconsumo no sea autosuficiente, continuará conectado a la red y por tanto el coste impuesto a la red continuará existiendo, en tanto que la red deberá ser capaz de absorber la energía no autoconsumida y deberá, además, atender la demanda punta del mismo en aquellas situaciones en las que la falta de sol dé lugar a que la generación sea insuficiente para atender su consumo<sup>10</sup>.

Gráfico 1. Potencia demandada por el consumidor doméstico medio y perfil de generación de una placa fotovoltaica<sup>11</sup>



En suma, pese al rechazo social producido –en términos generales– por este tipo de infraestructura, es absolutamente necesaria para disfrutar de la electricidad que todos consumimos a diario.

Una vez sentado lo anterior, es oportuno señalar a qué se hace referencia cuando el adjetivo *inteligente* se añade a la clásica expresión *red eléctrica*.

<sup>10</sup> Vid. Memoria justificativa de la Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su versión de 15 de enero de 2020, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad, núm. de expediente CIR/DE/002/19, pp. 36 y 37.

<sup>11</sup> Perfil según la REE, suponiendo que no existen vertidos a la red. Día considerado: 8 de febrero de 2018 (día de máxima demanda de 2018).

Según la Comisión Europea, se trata de una «red energética mejorada con la adición de comunicaciones digitales bidireccionales entre el proveedor y el consumidor, contadores inteligentes y sistemas de seguimiento y control»<sup>12</sup>.

No obstante, consideramos que esta definición puede ser completada con la noción que la Red Eléctrica de España (REE) ofrece al respecto, a fin de comprender que el aumento de la conectividad es el factor clave en la incorporación de inteligencia a la red eléctrica. De modo que, desde la perspectiva de la REE como operador del sistema y gestor de la red de transporte, las redes eléctricas inteligentes (denominadas por los anglosajones como *smart grids*) son aquellas que

pueden integrar de forma eficiente el comportamiento y las acciones de todos los usuarios conectados a ella, de tal forma que se asegure un sistema energético sostenible y eficiente, con bajas pérdidas y altos niveles de calidad y seguridad de suministro<sup>13</sup>.

El incremento de la conectividad se está produciendo de forma progresiva a través de la digitalización, proceso que encuentra en las telecomunicaciones y en los sistemas de información sus dos causas motrices. Las nuevas redes eléctricas son fruto, en consecuencia, de la combinación de elementos tradicionales (cobre y hierro) con elementos disruptivos (sensores y medidores).

Puede concluirse sobre la conceptualización de las redes eléctricas inteligentes, en palabras de Miguel Ángel Sánchez Fornié (2014), que

a la infraestructura convencional eléctrica se le incorpora una infraestructura de inteligencia, a base de sensores, que detectan y miden; telecomunicaciones, que transmiten las señales y las reciben en los destinos adecuados y sistemas que procesan esa información para permitir al gestor de redes y sus usuarios, en fin, ese uso inteligente que se busca (p. 253).

## 2.2. Sobre la trascendencia de las redes eléctricas inteligentes en el modelo de generación distribuida

Conviene distinguir, cuando se habla de redes eléctricas, entre las que se destinan al transporte y las que lo hacen a la distribución.

<sup>12</sup> Artículo 2 a) de la recomendación de la Comisión Europea, de 10 de octubre de 2014, relativa al modelo de evaluación del impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente (2014/724/UE).

<sup>13</sup> Recuperado de: <<https://www.ree.es/es/red21/redes-inteligentes/que-son-las-smartgrid>>.

La clasificación de la red responde normalmente al valor de su tensión nominal<sup>14</sup>, siendo que las redes de distribución sirven para transmitir la energía eléctrica desde las subestaciones de transformación conectadas a las redes de transporte hasta los puntos de consumo –o, en su caso, desde las instalaciones de generación conectadas a la propia red de distribución–.

En la red eléctrica de transporte el grado de inteligencia incorporada a fecha de hoy es elevado, pues, en la medida en la que el desarrollo tecnológico lo ha permitido, la red ha ido aumentando su nivel de automatización y la coordinación de las instalaciones y dispositivos a ella conectados<sup>15</sup>. En la red de distribución es, sin embargo, donde más inteligencia queda por añadir.

La causa de este contraste es la siguiente: para que el modelo de generación eléctrica distribuida adquiera importancia cuantitativa durante los próximos años, es necesario que la actividad de distribución eléctrica se transforme por completo. Una transformación que consistirá, principalmente, en la introducción de inteligencia con el objeto de gestionar por medios telemáticos los sistemas de almacenamiento, vehículos eléctricos, instalaciones de autoconsumo y demás dispositivos que puedan conectarse en el futuro a la red eléctrica de distribución.

La red eléctrica inteligente será esencial, no solo para incrementar la conectividad entre los distintos recursos distribuidos, también para permitir el desarrollo de nuevas activida-

---

<sup>14</sup> En virtud de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, «la red de transporte de energía eléctrica está constituida por la red de transporte primario y la red de transporte secundario». De esta forma, mientras que la red de transporte primario está integrada por «las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 380 kV y aquellas otras instalaciones de interconexión internacional y, en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares», la red de transporte secundario, por su parte, está formada por «las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 220 kV no incluidas en el párrafo anterior y por aquellas otras instalaciones de tensiones nominales inferiores a 220 kV, que cumplan funciones de transporte».

<sup>15</sup> Buena muestra del avanzado desarrollo tecnológico que presenta la red eléctrica de transporte es Grid2030, un programa plurianual colaborativo de innovación en el cual Red Eléctrica de España e Innoenergy exploran innovaciones radicales de naturaleza técnica o socioeconómica relacionadas con la operación del sistema eléctrico y su red de transporte. El objetivo es anticiparse a los retos de futuro de la transición energética, identificando las necesidades de los TSO y acelerando el desarrollo de soluciones tecnológicas disruptivas. En este sentido, los objetivos que el programa Grid2030 se ha marcado son los siguientes: 1) acelerar la amplia implantación de la electrónica de potencia en el sistema; 2) desarrollar nuevos recursos para la flexibilidad del sistema, compatibles con un sistema energético libre de carbono; 3) mejorar el conocimiento sobre el estado físico de las infraestructuras de transporte de energía eléctrica, desarrollando para ello nuevos sensores y algoritmos; 4) identificar nuevos servicios y soluciones para el TSO, basadas en tecnologías digitales emergentes que ayuden a facilitar la transición a un modelo energético más limpio, descentralizado, altamente eficiente y al menos tan fiable como el actual.

des e, incluso, la creación de mercados locales de electricidad. Las actividades de agregación y de almacenamiento, así como los mercados locales, serán realidades que tendrán presencia, sobre todo, en la fase de distribución.

Para que la generación distribuida alcance un crecimiento óptimo, la red eléctrica de distribución tendrá que experimentar, asimismo, una modificación parcial de su diseño, que, actualmente, es mallado y unidireccional.

La primera de las características no plantea problemas para la transición energética, puesto que una red mallada (al contrario de lo que sucede con una red en forma de ramal, donde cada usuario tiene su propia línea de suministro) permite que la electricidad pueda circular por caminos alternativos al estar interconectada en diversos puntos. En consecuencia, su coste es mayor, pero en caso de averías garantiza la seguridad del suministro.

La segunda, sin embargo, sí plantea serias dificultades en materia de generación distribuida. Las redes eléctricas, configuradas tradicionalmente para transmitir la electricidad unidireccionalmente desde la central de producción hasta el punto de consumo, tendrán que experimentar las transformaciones que correspondan para permitir que el flujo de energía eléctrica sea bidireccional<sup>16</sup>. Solo así resultaría técnicamente posible el vertido de los excedentes de electricidad generados por la actividad de autoconsumo a la red de distribución y el uso de sistemas de almacenamiento de energía eléctrica –incluyendo, entre otros, la batería de los vehículos eléctricos conectados a la red–; posibilidades, ambas, que condicionan sustancialmente el régimen jurídico y económico de la generación eléctrica distribuida.

En este sentido, la CNMC reconoce que

el posible aplazamiento en la extensión o refuerzo de las redes existentes inducido por la reducción de pérdidas requerirá de un esfuerzo complementario orientado a la modernización y digitalización de la red: al menos parte de lo que se ahorre en cobre habrá de emplearse en silicio, y en función de la topología de las dis-

---

<sup>16</sup> «Para garantizar el suministro de energía, las redes se configuran como sistemas mallados, especialmente en el caso de la red de transporte de electricidad. En caso de la red de distribución, además, su configuración tradicional unidireccional ha de adaptarse también al peso creciente de la generación distribuida [...]. Las redes de distribución habitualmente unidireccionales tendrán que pasar a ser bidireccionales como consecuencia del nivel de desarrollo que pueda alcanzar la generación distribuida o el autoconsumo». Informe final elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética (creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de julio de 2017), titulado *Análisis y propuestas para la descarbonización*, de 19 de marzo de 2018, p. 459.

tintas áreas, una mayor capilaridad en la distribución de los recursos de generación requerirá redes, si no de mayor capacidad, sí en todo caso más complejas<sup>17</sup>.

Se observa, pues, que las redes se presentan esenciales para la integración de los recursos energéticos distribuidos. Las redes deben ser rediseñadas de tal manera que permitan una mayor conectividad y el flujo bidireccional de la energía, a fin de posibilitar la incorporación masiva de electricidad generada con fuentes renovables. Una tarea que requiere de importantes inversiones y de una adecuada regulación. Y en este sentido, el regulatorio, debe destacarse la reciente aprobación de un marco normativo basado en el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y en la Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica, normas que establecen diversas medidas para luchar contra la especulación en los derechos de acceso y conexión a la red e incrementar la firmeza exigible a los proyectos.

De escasa utilidad serían –pese a su carácter vinculante– los objetivos en materia de renovables que incorpora el proyecto de Ley de cambio climático y transición energética, aprobado en el Congreso de los Diputados el 8 de abril de 2021, si no se dispusiera de una red capaz de albergar todos los intercambios de electricidad entre los distintos actores del sector.

Las innovaciones que emergen en el sector eléctrico, con un fuerte componente disruptivo en la mayoría de los casos (piénsese, a título de ejemplo, en el almacenamiento, la penetración del vehículo eléctrico o la agregación de demanda), se dan cita en la red. Si se nos permite el símil, la red será en el nuevo modelo de generación distribuida un gran *marketplace*, que conectará a todos los sujetos que participan en el suministro eléctrico<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sobre la propuesta de real decreto por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo, de 21 de febrero de 2019, con núm. de expediente IPN/CNMC/005/19, p. 14.

<sup>18</sup> El artículo 6.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, establece que las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica serán desarrolladas por los siguientes sujetos: a) los productores de energía eléctrica, b) el operador del mercado, c) el operador del sistema, d) el transportista, e) los distribuidores, f) los comercializadores, g) los consumidores, h) los titulares de instalaciones de almacenamiento, i) los agregadores independientes, j) las comunidades de energías renovables. Esta lista, actualizada en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, alude a todos aquellos actores que, como señalábamos hace un instante, se darán cita en la red. Los mercados eléctricos –en plural, pues existe, como es sabido, diversos mercados que interactúan entre sí– constituyen un valioso instrumento comercial que sirve para atribuir un precio cierto a la energía eléctrica que se consume. Sin embargo, se trata de una ficción. De enorme valor, pero nos hallamos ante una *factio iuris* que parte de algo inexistente para la conformación de una realidad jurídica y económica. El lugar físico donde en verdad se producen los correspondientes intercambios entre los sujetos contem-

### 3. La estructura conceptual clásica de la distribución eléctrica y su adaptación al modelo de generación distribuida

La transición energética implica, parcialmente, la sustitución de un modelo de generación eléctrica centralizada por otro de generación descentralizada. Por consiguiente, la actividad de distribución, siendo la red su principal activo, deberá asumir nuevas funciones. Su papel será fundamental, pues, para que la transición sea llevada a cabo con éxito.

Conviene señalar, en primer lugar, que la actividad de distribución de energía eléctrica queda condicionada por su carácter regulado<sup>19</sup>. Condición que se manifiesta, principalmente, en cuatro aspectos:

- a) La actividad de distribución en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra sometida a una *autorización administrativa previa*. En este sentido, los sujetos que vayan a ejercer la actividad de distribución de energía eléctrica deberán reunir una serie de requisitos, entre los que destacan la concesión de autorización administrativa para que sus instalaciones de distribución puedan operar y la inscripción en el Registro Administrativo de Distribuidores<sup>20</sup>.
- b) La red eléctrica de distribución constituye lo que se califica, en términos económicos, un *monopolio natural*. Significa que no resulta razonable, ya sea desde un punto de vista económico o medioambiental, la construcción de redes alternativas. Por ende, en este escenario solo es posible la libre competencia si cualquier comercializador tiene la capacidad de adquirir la energía eléctrica al productor que estime oportuno

---

plados en el artículo 6 de la Ley del sector eléctrico es la red. Por ello, el sector eléctrico podría subsistir sin mercados –como ya hiciera otrora, antes de ser liberalizado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico–, pero no sin redes.

<sup>19</sup> En virtud de lo dispuesto por el artículo 8.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico: «La operación del sistema, la operación del mercado, el transporte y la distribución de energía eléctrica tienen carácter de actividades reguladas a efectos de su separación de otras actividades, y su régimen económico y de funcionamiento se ajustará a lo previsto en la presente ley. Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en esta ley y en los términos que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno».

<sup>20</sup> Según lo establecido por el artículo 37.1 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica: «Los sujetos que vayan a ejercer la actividad de distribución deberán reunir los siguientes requisitos, sucesivamente: a) Certificación que acredite su capacidad legal, técnica y económica; b) Concesión por parte de la administración competente de la autorización administrativa de las instalaciones de distribución; c) Aprobación del Ministerio de Economía de la retribución que le corresponda para el ejercicio de su actividad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 54/1997 y su normativa de desarrollo en función de las instalaciones que tenga autorizadas en cada momento; d) Estar inscrito en el Registro Administrativo de Distribuidores».

a través de las redes que ya existen, aun sin que sean los propietarios de las mismas, a cambio de satisfacer un peaje de acceso. Este razonamiento ha servido para constituir un derecho subjetivo de *acceso de terceros a la red* (siendo su acrónimo ATR), cuya configuración legal debe respetar siempre los principios de objetividad, transparencia y no discriminación; construcción dogmática de origen estadounidense conocida como *essential facilities doctrine*<sup>21</sup>. Pudiera parecer *prima facie* que esta doctrina tiene por objeto que el propietario de la infraestructura beneficie a la competencia en su propio perjuicio para promover un reparto más equitativo del mercado; sin embargo, la finalidad es otra. La técnica del ATR se construye con el fin último de favorecer, no a los competidores, sino a los consumidores, pues se considera, de forma generalizada, que el aumento de la competencia en la oferta genera incentivos para la innovación y reduce los precios<sup>22</sup>.

- c) La actividad de distribución es objeto de *regulación administrativa y económica*. Quiere decirse, pues, que su ejercicio responde a una determinada ordenación jurídico-administrativa, al igual que sucede con la producción, el transporte y el consumo de energía eléctrica. Sin embargo, su retribución se fija administrativamente atendiendo a los costes de inversión, mantenimiento y gestión<sup>23</sup>. Por el

<sup>21</sup> No obstante, se trata de una técnica jurídica cuya aplicación sobre actividades novedosas donde no exista un operador histórico que haya explotado la infraestructura en régimen monopolístico puede resultar problemática. En esta línea, conviene traer a colación las siguientes palabras de José Carlos Laguna de Paz (2016): «Con carácter general, nadie está obligado a promocionar a sus competidores en perjuicio propio. No hay que olvidar que, en el Derecho de la Competencia, la *essential facilities doctrine* –que permite el acceso de terceros a infraestructuras esenciales– solo se aplica cuando la duplicación de la red no es factible. El predominio de una empresa en el mercado no justifica que se le prive de parte de sus activos en beneficio de sus competidores, ni se le impida recoger los frutos de su iniciativa y del riesgo empresarial asumido. En otros términos, la obligación singular que se impone sobre el propietario de las infraestructuras solo se justifica en la medida en que sea la contrapartida por alguna ventaja que la empresa disfrute o haya disfrutado en el pasado (construcción de sus infraestructuras en régimen de derechos exclusivos, por ejemplo). En otro caso, la regulación tendría un carácter limitativo de derechos, que no puede entenderse reconociendo al propietario el derecho a percibir un precio de acceso a la red orientado a costes. Menos aún cuando está promocionando a sus competidores» (pp. 313-314).

<sup>22</sup> A decir de Esteve Pardo (2009, p. 344), la decisión más relevante en esta materia fue, posiblemente, la Orden núm. 888 de la Federal Energy Regulatory Commission (FERC), de 1996, que conllevó una profunda reestructuración de la industria eléctrica estadounidense. Reconociendo el monopolio natural constituido por el servicio de transmisión de energía eléctrica, la orden prohibía a las compañías que operaban en esa fase utilizar su posición monopolística para ejercer influencia sobre las compañías que lo hacían en la generación y en la distribución. El propósito de esa regulación, según establecía el contenido de la propia decisión, era «asegurar que los clientes se beneficiasen de la libre competencia instaurada en la fase de generación de energía». Para profundizar sobre el contexto de la citada orden y el origen de la *essential facilities doctrine*, el profesor Esteve Pardo sugiere la consulta de Crandall y Ellig (1997).

<sup>23</sup> El artículo 14 de la Ley 24/2013 dispone al respecto en su apartado tercero que «para el cálculo de la retribución de las actividades de transporte, distribución [...] se considerarán los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada, mediante la aplicación de criterios homogéneos en todo el territorio español [...]. Estos regímenes económicos permitirán la obtención de una

contrario, las actividades *liberalizadas* (producción y consumo) obtienen sus ingresos –por regla general– en virtud de los precios que se forman en el mercado.

- d) La distribución de energía eléctrica está sometida a la denominada *separación de actividades* (en inglés *unbundling*). El suministro eléctrico ha sido prestado tradicionalmente por empresas verticalmente integradas; situación que, desde la perspectiva comunitaria, comenzó a observarse como un impedimento para que la liberalización del sector se llevara a cabo con éxito. Es por esta razón que el artículo 14.3 de la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad, de 19 de diciembre de 1996, introdujo la *separación contable* entre empresas eléctricas que pertenecieran a un mismo grupo y realizaran distintas actividades<sup>24</sup>. No obstante, con el tiempo, la separación contable se comprobó que resultaba insuficiente para garantizar la libre competencia entre compañías eléctricas en las calificadas como actividades reguladas, puesto que, cuando la red estaba gestionada por una empresa verticalmente integrada (con presencia en alguna de las actividades liberalizadas), la tendencia era que dispensara un trato más favorable a aquellas empresas de producción o de comercialización que pertenecían a su mismo grupo. Con la finalidad de corregir esta distorsión de la competencia, la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad, de 26 de junio de 2003, añadió la *separación jurídica y funcional* en aras de reforzar la independencia de los gestores de las redes de transporte y distribución<sup>25</sup>. Finalmente, la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad, de 13 de julio de 2009, estableció que el gestor, para alcanzar una independencia efectiva, debía quedar sometido a un régimen de *separación patrimonial*<sup>26</sup>. Este tipo de separación, no obstante, se aplicaría únicamente al gestor de la red de transporte<sup>27</sup>.

---

retribución adecuada a la de una actividad de bajo riesgo». Continúa diciendo en su apartado octavo que «las metodologías de retribución de las actividades de transporte y distribución se establecerán atendiendo a los costes necesarios para construir, operar y mantener las instalaciones de acuerdo al principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema eléctrico».

<sup>24</sup> Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

<sup>25</sup> Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

<sup>26</sup> Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

<sup>27</sup> La Directiva de 2009, por motivo de las reticencias manifestadas por algunos Estados miembros (entre los cuales puede destacarse a Francia), configuró el modelo de separación patrimonial con carácter potestativo. De esta forma, los Estados miembros pudieron escoger entre un modelo TSO (*transmission system operator*), donde el propietario y gestor de la red de transporte es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro; un modelo ISO (*independent system operator*), donde la red de transporte es propiedad de una empresa verticalmente integrada y su gestión se encomienda a una empresa distinta; o un modelo ITO (*independent transmission operator*), donde el propietario y gestor de la red, previo cumplimiento de los requisitos determinados por la Directiva de 2009,

En cuanto a la gestión de las redes de distribución, tanto el artículo 24 de la Directiva de 2009 como el artículo 30 de la Directiva de 2019 coinciden en el contenido, recogiendo sendos preceptos que «los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias o encargadas de las redes de distribución que designen [...] uno o varios gestores de redes de distribución».

A este respecto, en España, el artículo 38.1 de la Ley 24/2013 dispone que «los distribuidores serán los gestores de las redes de distribución que operen»; definición que resulta poco expresiva. Por ello, conviene acudir al artículo 39.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (en lo sucesivo, Real Decreto 1955/2000), en virtud del cual

el gestor de la red de distribución en cada una de las zonas eléctricas de distribución será la empresa distribuidora propietaria de las mismas, sin perjuicio de que puedan alcanzarse acuerdos entre empresas distribuidoras para la designación de un único gestor de la red de distribución para varias zonas eléctricas de distribución.

Este enunciado asocia, ahora sí, dos factores que han permanecido indisolublemente unidos, en la fase de distribución, desde los orígenes del suministro eléctrico hasta la actualidad: la propiedad de la red y su gestión.

Asimismo, por razón de la importancia que las redes eléctricas de distribución irán adquiriendo con el transcurso de la transición energética, el paquete comunitario de directivas y reglamentos titulado «Energía limpia para todos los europeos» (en adelante, el Cuarto Paquete) ha optado por reforzar las relaciones de cooperación entre gestores a nivel comunitario. De tal forma que, por lo dispuesto en los artículos 49 y siguientes del Reglamento 2019/943/UE, relativo al mercado interior de la electricidad, los gestores de redes de distribución, cuando no formen parte de una empresa verticalmente integrada, cooperarán a través de una entidad europea que aún se encuentra pendiente de creación. Las tareas de esta entidad serán, en esencia, las siguientes: a) que la operación y planificación de las redes de transporte y distribución pueda realizarse de forma coordinada, b) facilitar el modelo de generación distribuida integrando los distintos recursos energéticos renovables y digitalizando las redes de distribución, c) participar en la elaboración de los códigos de red.

---

forma parte de una empresa verticalmente integrada. Cabe añadir, respecto de la distribución, que el artículo 26.1 de la citada directiva establece que «si el gestor de la red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones», concluyendo a continuación que «estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente».

En lo que se refiere a las funciones que desempeñar por el gestor de la red de distribución, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido por el artículo 31.1 de la Directiva 2019/944/UE sobre el mercado interior de la electricidad, seguirá siendo responsable

de garantizar que la red esté en condiciones de satisfacer a largo plazo las solicitudes razonables en materia de distribución de electricidad, y de explotar, mantener y desarrollar, en condiciones económicamente aceptables, una red de distribución de electricidad segura, fiable y eficaz en su zona, teniendo debidamente en cuenta el medio ambiente y la eficiencia energética<sup>28</sup>.

Las funciones clásicas, tras la aprobación del Cuarto Paquete comunitario en materia de energía, no agotan la actividad de distribución. La Directiva 2019/944/UE sobre el mercado interior de la electricidad asigna al gestor de la red, con carácter novedoso, una serie de funciones vinculadas al modelo de generación distribuida, pues, como ya se advirtiera en el anterior apartado, será el gestor de la distribución quien se encargue de integrar, con la ayuda de las redes eléctricas inteligentes, los diversos recursos distribuidos en el sistema eléctrico. Las nuevas tareas guardan relación, principalmente, con los siguientes retos: el desarrollo del almacenamiento de electricidad a gran escala, el despliegue de las infraestructuras de recarga del vehículo eléctrico y el aumento de la flexibilidad en la operación del sistema.

En cuanto a la relación entre la actividad de distribución y el almacenamiento de energía eléctrica, el artículo 36.1 de la Directiva 2019/944/UE establece que «los gestores de redes de distribución no estarán autorizados a poseer, desarrollar, gestionar o explotar instalaciones de almacenamiento de energía». Prohibición que se relativiza por lo dispuesto en el apartado segundo del citado precepto, en virtud del cual los gestores de las redes de distribución podrían ser autorizados si se dieran, cumulativamente, las siguientes condiciones: a) que, tras un procedimiento de licitación abierto y transparente, ningún agente del mercado hubiera manifestado su interés en poseer, desarrollar, gestionar o explotar instalaciones de almacenamiento; b) que tales instalaciones sean necesarias para que los gestores cumplan sus obligaciones en aras de asegurar un funcionamiento eficiente, fiable y seguro de la red de distribución; c) que la autoridad reguladora, teniendo en cuenta las condiciones mencionadas con anterioridad, valoren positivamente la necesidad de dicha excepción y concedan su aprobación<sup>29</sup>. De lo dispuesto por la nueva directiva se desprende, en suma,

<sup>28</sup> Pueden encontrarse el detalle de las funciones asignadas al gestor de las redes de distribución en el sistema eléctrico español en el artículo 40.2 de la Ley 24/2013, así como en los artículos 40 y 41 del Real Decreto 1955/2000.

<sup>29</sup> En este sentido, el artículo 36.4 de la Directiva 2019/944/UE añade el siguiente matiz: «Las autoridades reguladoras efectuarán, a intervalos regulares o al menos cada cinco años, una consulta pública para valorar de nuevo el interés potencial de los agentes del mercado en invertir, desarrollar, gestionar o administrar instalaciones de almacenamiento de energía. En caso de que la consulta pública indique que

una voluntad clara por parte de las instituciones europeas de que los gestores de las redes de distribución no asuman funciones en materia de almacenamiento, y, en su caso, que la gestión guarde carácter transitorio.

Respecto de las funciones asumidas por el gestor de las redes de distribución en el ámbito de las infraestructuras de recarga del vehículo eléctrico, las instituciones comunitarias han decidido actuar del siguiente modo. El artículo 33.1 de la Directiva 2019/944/UE, sobre el mercado interior de la electricidad, señala que «los Estados miembros proporcionarán el marco regulador necesario para facilitar la conexión de los puntos de recarga de acceso público y privado a las redes de distribución», por lo que podría interpretarse que los Estados miembros gozarán de un importante margen de discrecionalidad en la configuración del referido marco; añadiendo a continuación que «los Estados miembros velarán por que los gestores de redes de distribución cooperen de forma no discriminatoria con cualquier empresa que posea, desarrolle, explote o gestione los puntos de recarga para vehículos eléctricos, en particular en lo que atañe a la conexión a la red». Sin embargo, al igual que sucede en relación con las instalaciones de almacenamiento, recoge en su apartado segundo que los Estados miembros podrán permitir que los gestores de redes de distribución posean, desarrollen, gestionen o exploten puntos de recarga para vehículos eléctricos únicamente si se cumplen las siguientes tres condiciones de manera cumulativa: a) que, tras un procedimiento de licitación abierto y transparente, ningún agente del mercado haya manifestado su interés en poseer, desarrollar, gestionar o explotar puntos de recarga para vehículos eléctricos; b) que la autoridad reguladora haya dado su aprobación; c) que el gestor de la red de distribución no favorezca a sus empresas vinculadas.

Este planteamiento comunitario respecto del papel que han de asumir los gestores de las redes de distribución en relación con las infraestructuras de recarga del vehículo eléctrico ya ha sido transpuesto al ordenamiento interno español. En concreto, se recoge en el apartado 10 del artículo 38 de la Ley 24/2013 un párrafo que ha sido añadido recientemente en virtud de lo dispuesto por el artículo 21.3 del Real Decreto-Ley 15/2018. Así pues, el artículo 38.10 de la Ley 24/2013 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6.1.g, las empresas distribuidoras podrán ser titulares de último recurso de infraestructuras para la recarga de vehículos eléctricos, siempre que tras un procedimiento en concurrencia se resuelva que no existe interés por la iniciativa privada, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno.

---

terceras partes son competentes para poseer, desarrollar, gestionar o administrar estas instalaciones, los Estados miembros velarán por suprimir progresivamente las actividades de los gestores de redes de distribución en este ámbito». Idéntico mandato es el que establece el artículo 33.4 de la directiva en lo que a los puntos de recarga para vehículos eléctricos se refiere.

El Gobierno podrá regular procedimientos para la transmisión de estas instalaciones por parte de las empresas distribuidoras a otros titulares, cuando se den las condiciones de interés económico, recibiendo las primeras una compensación adecuada.

Conviene hacer un alto en el camino a fin de observar cómo, sin que el artículo 35 de la Directiva 2019/944/UE haya modificado lo dispuesto por el artículo 26 de la Directiva 2009/72/CE, la configuración jurídica de la *separación de actividades* en la gestión de la distribución eléctrica ha sido adaptada al nuevo modelo energético. La voluntad por parte de las instituciones comunitarias de que los gestores de las redes de distribución no asuman nuevas funciones con vocación de permanencia en materia de almacenamiento y recarga del vehículo eléctrico conlleva, *de iure*, la separación entre la distribución y las dos actividades mencionadas.

En definitiva, la nueva regulación europea de la distribución responde con claridad a un razonamiento concreto: determina que el almacenamiento y la recarga del vehículo eléctrico han de ser actividades de *mercado*. Este criterio explica la separación entre las referidas actividades y la distribución, puesto que las primeras han de ser prestadas en régimen de libre competencia y la última, como ya se advirtiera al comienzo del presente apartado, ha de seguir guardando carácter regulado<sup>30</sup>.

## 4. La distribución de energía eléctrica ante las principales tecnologías disruptivas: aspectos regulatorios

### 4.1. La integración de los sistemas de almacenamiento en las redes eléctricas: El carácter esencial de la instalación deberá determinar su régimen jurídico

La cuestión, a nuestro juicio, presenta una cierta complejidad. De modo que, para una mejor comprensión de la problemática planteada, haremos un ejercicio comparativo con dos actividades análogas: de un lado, las estaciones de servicio (gasolineras) y, de otro, las instalaciones de almacenamiento de gas.

En cuanto a las primeras, su similitud funcional respecto de los puntos de recarga del vehículo eléctrico (también conocidos como electrolineras) es evidente, lo cual facilita no-

---

<sup>30</sup> Aunque la Ley 24/2013 distingue entre actividades *reguladas* y *no reguladas*, siguiendo a Juan de la Cruz Ferrer (1999, p. 357), sería más preciso diferenciar entre actividades *competitivas* y *no competitivas* (entre estas últimas, la distribución), pues, desde una perspectiva jurídico-administrativa, todas son actividades reguladas.

tablemente la comprensión de la cuestión; sin perjuicio de las diferencias de régimen jurídico que existen entre ambas actividades por razón de su pertenencia a sectores distintos. Tanto las estaciones de servicio como los puntos de recarga tienen una finalidad *comercial* y, por consiguiente, deben guardar una naturaleza *competitiva*. Por ello, resulta acertado que los servicios de recarga energética de vehículos eléctricos sean ordenados jurídicamente como una actividad potencialmente competitiva, con independencia de que el gestor de la red eléctrica de distribución pueda facilitar el despliegue inicial de las infraestructuras de recarga en vía pública gracias a su capacidad técnica para seleccionar óptimas ubicaciones y a su capacidad económica para realizar elevadas inversiones.

Sobre las segundas, su comparación con las instalaciones de almacenamiento de electricidad ilustrará en buena medida la problemática que nos disponemos a plantear. Recuérdese, en este punto, que el artículo 36.1 de la Directiva 2019/944/UE no permite que los gestores de redes de distribución posean, gestionen o exploten instalaciones de almacenamiento de energía eléctrica, salvo que concurren las tres condiciones mencionadas *ut supra*, supuesto en el cual las funciones asumidas por el gestor de la distribución tendrían carácter transitorio. Sin embargo, no es este el régimen jurídico al que se someten las instalaciones de almacenamiento de gas.

Siendo conscientes de que la electricidad y el gas poseen características físicas diferentes, no es menos cierto que la regulación de los sectores eléctrico y gasista presenta notables similitudes, las cuales se acentúan en la actividad de transporte por tratarse de sectores que funcionan con infraestructura en red; redes eléctricas en un caso y gasoductos en el otro. La gran peculiaridad de la energía eléctrica que ha condicionado tradicionalmente su régimen jurídico y económico ha sido la imposibilidad de almacenarla (Cruz Ferrer, 1999, p. 17); el gas natural, en cambio, puede ser almacenado en estado líquido o gaseoso<sup>31</sup>. No obstante, una de las innovaciones tecnológicas más disruptivas en el sector eléctrico es la aparición de sistemas de almacenamiento a gran escala. Esta realidad alterará sustancialmente la operación del sistema; por razones de seguridad y eficiencia, de igual manera que en el sistema gasista, surgirá la necesidad de construir instalaciones de almacenamiento con *carácter estratégico*.

En el sector gasista, mientras que los *almacenamientos básicos*<sup>32</sup> tienen la consideración jurídica de instalaciones de la red básica de gas natural ex artículo 59 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, Ley 34/1998), los *almacenamientos no básicos* se rigen por un régimen jurídico y retributivo distinto. De seguido, la Ley 34/1998

<sup>31</sup> El gas natural licuado (GNL) presenta como gran ventaja de cara a su almacenamiento que ocupa un volumen 600 veces inferior al gas en estado gaseoso. En este sentido, mientras que el GNL se almacena en plantas de regasificación, cuando se encuentra en forma gaseosa suele almacenarse en instalaciones subterráneas o antiguos yacimientos. *Cfr.* Pérez de Ayala (2009, p. 1.300).

<sup>32</sup> Denominados *estratégicos* hasta la entrada en vigor de la Ley 12/2007, de 2 de julio.

dispone en su artículo 60 que «la regasificación, el almacenamiento básico, el transporte, y la distribución tienen carácter de actividades reguladas».

Puede observarse, también en el sector de los hidrocarburos líquidos, cómo el *almacenamiento estratégico* es tratado jurídicamente como parte de la logística básica de productos petrolíferos. En España existe una extensa red de oleoductos y de instalaciones de almacenamiento conectadas con las refinerías y con los centros de importación. A este respecto, la CNMC reconoce que «

la distribución de carburantes a través de la red de instalaciones de almacenamiento y oleoductos de la Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. (CLH) constituye una infraestructura esencial para los operadores al por mayor del mercado español<sup>33</sup>;

existiendo, además, alrededor de 40 compañías que prestan servicios de almacenamiento alternativos a los de CLH, careciendo, en estos casos, de carácter esencial. Estos servicios alternativos de almacenamiento han crecido en importancia desde la liberalización del sector de los hidrocarburos, hasta representar a fecha de hoy aproximadamente la mitad de la capacidad total de almacenamiento en España<sup>34</sup>.

Por todo lo expuesto sería razonable, en definitiva, que en el sector eléctrico se estableciera una diferenciación análoga entre instalaciones de almacenamiento con carácter esencial y sin él. Aquellas que fueran consideradas estratégicas para la operación del sistema, naturalmente, no podrían desarrollarse en régimen de libre competencia, siguiendo en este aspecto la misma lógica jurídica que las actividades de transporte, distribución y operación del sistema. Las instalaciones de almacenamiento de gran tamaño, en términos generales, deberían adquirir naturaleza de *essential facility*; fundamentales en un contexto de elevada generación renovable y, por consiguiente, escasa capacidad de gestión.

El almacenamiento centralizado, al que nos acabamos de referir, estará integrado por baterías de gran potencia –cuando el desarrollo tecnológico así lo permita– y, sobre todo, por centrales hidráulicas de bombeo. Somos conscientes de que calificar la capacidad de bombeo como *essential facility* puede resultar molesto, dado que hablamos de centrales que tienen dueño. No obstante, las redes eléctricas también tienen propietario y, pese a ello, cumplen una función estratégica para el sistema, quedando sometidas por ello a un

<sup>33</sup> Informe de la CNMC titulado *Estudio sobre el mercado mayorista de carburantes de automoción en España*, 24 de junio de 2015, p. 158.

<sup>34</sup> *Vid.* Informe estratégico de la Fundación para la Sostenibilidad Energética y Ambiental sobre «La red de transporte y almacenamiento de hidrocarburos líquidos de CLH» (2013).

régimen no competitivo<sup>35</sup>. Todas las transiciones han de ser capaces de conciliar, sabiamente, alegrías y molestias.

En relación con este asunto, el informe elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética señala que

el desarrollo de las redes deberá permitir la combinación de grandes centros de generación centralizada con el creciente peso de la generación distribuida y con sistemas de almacenamiento que, en el caso de ser de gran tamaño, estarían conectados a la red de transporte, pero que en muchos casos también estarán conectados a las redes de distribución<sup>36</sup>.

Reflexión que resulta coherente con la crítica que acabamos de pronunciar: si durante las próximas décadas van a coexistir sistemas de almacenamiento de gran tamaño conectados a la red de transporte con otros de reducidas dimensiones conectados a la red de distribución, es razonable que reciban un tratamiento jurídico diferenciado. De igual manera que en el sector gasista es Enagás, SA, como gestor técnico del sistema, el sujeto responsable de la operación y gestión de las instalaciones de almacenamiento a fin de garantizar la seguridad del suministro, en el sector eléctrico sería adecuado que el almacenamiento estratégico fuera gestionado por el gestor de la red de transporte o de distribución, en función de cuál sea la ubicación de la instalación. Situación distinta será la del almacenamiento distribuido, es decir, aquellas baterías de reducida potencia que puedan emplearse en hogares y empresas, las cuales carecerían de carácter esencial para el sistema.

Como muestra de que las instalaciones de almacenamiento son un activo de la red –ya sea de transporte o de distribución– y deben ser operadas, en consecuencia, por el gestor de la propia red, véase lo dispuesto por el artículo 32.3 de la Directiva 2019/944/UE sobre el mercado interior de la electricidad:

El plan de desarrollo de la red también incluirá la utilización de [...] las instalaciones de almacenamiento de energía o de otros recursos que el gestor de la red de distribución esté utilizando como alternativa a la expansión de la red.

Entonces, si la nueva directiva contempla el almacenamiento como una alternativa a la extensión de la red que debe ser reflejada en el plan de desarrollo que presente el gestor cada dos años a la autoridad reguladora, carecería de sentido que no gestionase, asimis-

<sup>35</sup> Naturalmente, no todas las centrales hidráulicas serían *essential facility*, pero, probablemente, sea este el momento de repensar el régimen jurídico y económico de la hidráulica, por dificultoso que resulte.

<sup>36</sup> Informe final elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética, *op. cit.*, p. 40.

mo, las referidas instalaciones de almacenamiento, puesto que, a nuestro juicio, forman parte de una infraestructura con características de *monopolio natural* (las redes eléctricas, ya sean de transporte o de distribución) y, además, existen razones de interés general (su carácter estratégico para la operación del sistema eléctrico) que justifican la naturaleza *no competitiva* de las instalaciones.

A efectos de la separación de actividades, guarda interés apuntar que en el sector gasista esta técnica implica, siguiendo a Luis Pérez de Ayala, que las empresas transportistas que sean titulares de instalaciones de la red básica –incluidas, por ende, las de almacenamiento básico– solo podrán realizar, como regla general, la actividad propia del transporte, quedando excluida la posibilidad de que actúen como distribuidoras o comercializadoras<sup>37</sup>. De tal forma que, en lo que al sector eléctrico se refiere, resultaría sensato seguir el criterio regulatorio aplicado en el ámbito del gas natural, estableciendo únicamente un régimen de separación contable entre la actividad de transporte –o, en su caso, distribución– y la actividad de almacenamiento para evitar que la empresa gestora pudiera beneficiarse de subsidios cruzados.

Debemos concluir señalando con satisfacción que las instituciones europeas han decidido regular finalmente la cuestión en línea con la argumentación que acabamos de ofrecer. El artículo 32.1 de la Directiva 2019/944/UE, cuyo título reza «Propiedad de las instalaciones de almacenamiento de energía por gestores de redes de distribución», establece como regla general que «los gestores de redes de distribución no poseerán, desarrollarán, gestionarán o explotarán instalaciones de almacenamiento de energía». Sin embargo, en su apartado segundo se permite esta posibilidad siempre que se cumplan de forma cumulativa una serie de condiciones<sup>38</sup>. La novedad que desde aquí celebramos reside en que, siendo esto (la citada regla general y la excepción vinculada al cumplimiento de una serie de condiciones) lo previsto en la propuesta de Directiva, de 23 de febrero de 2017, la Directiva 2019/944/UE en su redacción definitiva añade como excepción, en el mismo artículo 32.2, que «los Estados miembros podrán autorizar a los gestores de redes de transporte a poseer, desarrollar, gestionar o explotar instalaciones de almacenamiento de energía, cuando sean componentes de red plenamente integrados»<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. Pérez de Ayala (2009, p. 1.312).

<sup>38</sup> A saber: «a) tras un procedimiento de licitación abierto, transparente y no discriminatorio, sujeto a la revisión y la aprobación de la autoridad reguladora, no se haya concedido a otras partes el derecho de poseer, desarrollar, gestionar o explotar dichas instalaciones, o no puedan prestar esos servicios a un coste razonable y en tiempo oportuno; b) dichas instalaciones sean necesarias para que los gestores de redes de distribución cumplan sus obligaciones en virtud de la presente Directiva con vistas a un funcionamiento eficiente, fiable y seguro de la red de distribución y dichas instalaciones no sean utilizadas para comprar o vender electricidad en los mercados de electricidad; y c) la autoridad reguladora haya valorado la necesidad de dicha excepción y llevado a cabo una valoración del procedimiento de licitación, incluidas las condiciones del procedimiento de licitación, y haya concedido su aprobación».

<sup>39</sup> Nótese que, pese a hacerse referencia expresa en la Directiva 2019/944/UE a «los gestores de redes de transporte», entendemos que se trata de una errata, por estar destinado el precepto a la regulación de la

Quiere decirse que, de conformidad con lo aquí expuesto, las instalaciones de almacenamiento podrán recibir distinto tratamiento jurídico cuando sean *componentes plenamente integrados* en la red, como así sucede con los almacenamientos básicos en los sectores del gas natural y de los hidrocarburos líquidos.

Esta interpretación queda confirmada con la lectura del considerando (63) de la Directiva 2019/944/UE, ausente en el texto de la propuesta, según el cual:

Cuando las instalaciones de almacenamiento de energía sean componentes de red plenamente integrados que no se utilicen para el balance o para la gestión de congestiones, no deben estar sujetas, previa aprobación de la autoridad reguladora, a cumplir con las mismas limitaciones estrictas que los gestores de redes para poseer, desarrollar, gestionar o explotar dichas instalaciones. Dichos componentes de red plenamente integrados pueden incluir instalaciones de almacenamiento de energía, como condensadores o volantes de inercia, que prestan servicios importantes para la seguridad y la fiabilidad de la red, y contribuyen a permitir la sincronización entre las diferentes partes del sistema.

Cabe señalar, por último, que los titulares de las instalaciones de almacenamiento acaban de ser incorporados al ordenamiento jurídico español como nuevos sujetos del sistema eléctrico, añadiéndose a tal efecto un nuevo epígrafe h) al artículo 6.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico<sup>40</sup>. Así pues, según lo dispuesto por el artículo 6.1 h)

los titulares de instalaciones de almacenamiento son las personas físicas o jurídicas que poseen instalaciones en las que se difiere el uso final de electricidad a un momento posterior a cuando fue generada, o que realizan la conversión de energía eléctrica en una forma de energía que se pueda almacenar para la subsiguiente reconversión de dicha energía en energía eléctrica,

guardando una elevada importancia –en lo referido a un posible escenario en que los gestores de las redes sean titulares de aquellas instalaciones de almacenamiento que tengan carácter básico o esencial– que el precepto legal añada a continuación «todo ello sin perjuicio [...] de la posibilidad de que los sujetos [...] titulares de redes de transporte y distribución puedan poseer este tipo de instalaciones sin perder su condición».

---

distribución y decirse en el mismo artículo y apartado de la propuesta «los gestores de redes de distribución».

<sup>40</sup> El citado epígrafe se añade en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.3 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

## 4.2. La recarga del vehículo eléctrico: el distribuidor como facilitador de su despliegue

Resulta significativo que en España, teniendo plaza de garaje tan solo el 30 % de los conductores<sup>41</sup>, el 80 % de la recarga se realice en hogares. Puede deducirse fácilmente, pues, que la compra de vehículos eléctricos se está concentrando en el segmento de conductores con garaje propio, es decir, aquellos que poseen mayor poder adquisitivo. Además, si el 70 % de los automóviles pasan la noche en la calle, se estaría privando de la recarga lenta del vehículo eléctrico durante la madrugada a un colectivo muy importante de conductores.

Decía la Comisión Nacional de Energía (CNE), en su informe de 26 de enero de 2012, que «se debe garantizar el acceso universal a la recarga en igualdad de condiciones para todos los potenciales usuarios y la utilización eficiente de la energía desde la gestión de recarga»<sup>42</sup>. No obstante, la realidad expuesta resulta un obstáculo difícilmente salvable para el *acceso universal* demandado por la extinta CNE.

No obstante, destaca la supresión del gestor de cargas. Se trataba de una figura que definía el derogado artículo 6 h) de la Ley 24/2013 como «aquellas sociedades mercantiles que, siendo consumidores, estaban habilitadas para la reventa de energía eléctrica para servicios de recarga energética». Como ya informara la comisión de expertos, las disposiciones contempladas en el Real Decreto 647/2011, de 9 de mayo, por el que se regulaba la actividad del gestor de cargas del sistema para la realización de servicios de recarga energética, imponían diversas cargas no justificadas a las empresas que desearan prestar servicios de recarga para vehículos eléctricos<sup>43</sup>. Por ello, resulta acertada la eliminación de la figura por medio del Real Decreto-ley 15/2018, liberalizando así la actividad de recarga eléctrica<sup>44</sup>, lo

<sup>41</sup> Según el Anuario sobre el parque de vehículos elaborado por la Dirección General de Tráfico (DGT) en 2018, había en circulación un total de 24.074.151 de turismos.

<sup>42</sup> Informe de la Comisión Nacional de Energía sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los requisitos y las condiciones técnicas básicas de la infraestructura necesaria para posibilitar la recarga efectiva y segura de los vehículos eléctricos y a tal efecto se aprueba la ITC-BT-52 «Instalaciones con fines especiales. Infraestructura para la recarga de vehículos eléctricos» y se modifican otras instrucciones técnicas complementarias del REBT, de 26 de enero de 2012, p. 4.

<sup>43</sup> Informe final elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética... *op. cit.*, p. 403. En esta misma línea, la exposición de motivos del propio Real Decreto-ley 15/2018 reconoce que se trataba de una figura «excesivamente rígida y desincentivadora de la actividad».

<sup>44</sup> La redacción actual del artículo 48.2 de la Ley 24/2013, fruto de lo dispuesto por el artículo 21.4 del Real Decreto-ley 15/2018, establece que «los servicios de recarga energética podrán ser prestados por cualquier consumidor debiendo cumplir para ello los requisitos que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno». De este modo, se libra a quien realice la actividad de recarga del cumplir con requisitos tan gravosos como «ser sociedades mercantiles [...] en cuyo objeto social se acredite su capacidad para vender y comprar energía eléctrica sin que existan limitaciones o reservas al ejercicio de dicha actividad».

cual no exime a los nuevos prestadores del servicio de cumplir con la correspondiente normativa en el ámbito de la seguridad industrial ni con sus respectivas obligaciones registrales.

En este contexto es donde se desarrolla una compleja interacción entre tres elementos determinantes para el éxito de la movilidad eléctrica: el precio de las baterías, su autonomía y el despliegue de las infraestructuras de recarga. Si el almacenamiento eléctrico mediante baterías no evoluciona tecnológicamente a un mayor ritmo, el precio del vehículo eléctrico no descenderá y su comercialización se estancará. De darse este escenario, la actividad de recarga en vía pública no sería rentable para la iniciativa privada por la falta de uso y la consiguiente dificultad para hacer frente a los elevados costes que habría de sufragar, a saber: infraestructuras de conexión (entre ellas, la extensión de red, cuyo coste es muy elevado), instalación del punto de recarga y peajes de acceso a la red. Por lo tanto, la situación se agravaría, puesto que, cuantos menos puntos de recarga haya disponibles, mayor será el desincentivo para adquirir un automóvil eléctrico por parte de los ciudadanos. En un contexto de baterías con una autonomía inferior a los 500 km, la infraestructura de recarga en autovías resulta esencial.

Por ello, parece una solución lógica que, en ausencia de iniciativa privada, sean las empresas distribuidoras quienes asuman la gestión de las infraestructuras de recarga durante la fase inicial de su despliegue. Los distribuidores de electricidad pueden así facilitar el despliegue del vehículo eléctrico: por un lado, seleccionando ubicaciones óptimas de conformidad con criterios técnicos en el marco de un plan, y, por otro, desarrollando infraestructuras de recarga gracias a su importante capacidad técnica y económica para realizar este tipo de inversiones.

Las empresas distribuidoras, en suma, pueden ser el sujeto facilitador de la movilidad eléctrica en España<sup>45</sup>.

## 5. Creación de comunidades energéticas locales y mercados locales de electricidad: hacia un sistema eléctrico más flexible

La combinación de recursos energéticos distribuidos vinculados al autoconsumo, almacenamiento y movilidad eléctrica, ya sea individualmente o mediante agregación, encuentra

---

Por lo tanto, ahora cualquier empresa (hoteles, centros comerciales, parkings, etc.) podrán instalar puntos de recarga en sus instalaciones sin necesidad de incluir la prestación de esta actividad en sus estatutos.

<sup>45</sup> Destaca, en este sentido, el Plan Smart Mobility de Iberdrola. Según informa la compañía, «en 2019, las principales autovías y corredores de España, así como los espacios de acceso público de las principales ciudades de la geografía española, contarán con una estación de recarga rápida al menos cada 100 km» <<https://www.iberdrola.com/sala-comunicacion/top-stories/puntos-recarga-coche-electrico-espana>>.

en las redes inteligentes el hilo conductor sin el cual la generación distribuida sería inviable; un conjunto de tecnologías disruptivas cuya sinergia ofrece, entre otras posibilidades, la creación de *comunidades energéticas locales* y *mercados locales de electricidad*. Nos hallamos ante innovaciones que en el clásico escenario de la generación centralizada eran, sencillamente, imposibles de imaginar.

## 5.1. Las comunidades energéticas locales

La expresión *comunidades energéticas locales* se contempla en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC) diseñado por el Gobierno de España, y nace con la pretensión de englobar a las *comunidades de energías renovables* (recogidas en la Directiva 2018/2001/UE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables) y a las *comunidades ciudadanas de energía* (recogidas en la Directiva 2019/944/UE sobre normas comunes del funcionamiento del mercado interior de la electricidad) hasta su incorporación en el ordenamiento jurídico español.

Una incorporación que ha llegado, recientemente, por medio del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. En concreto, el artículo 4.3 de la citada norma añade un epígrafe j) al artículo 6.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, en virtud del cual las comunidades de energías renovables

son entidades jurídicas basadas en la participación abierta y voluntaria, autónomas y efectivamente controladas por socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dichas entidades jurídicas y que estas hayan desarrollado, cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios y cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde operan, en lugar de ganancias financieras.

Nos hallamos, en consecuencia, ante un escenario que ofrece libertad formal, señalando María Ángeles Rodríguez Paraja (2019, p. 197) en este punto que «las comunidades locales de energía pueden revestir la forma jurídica de asociación, cooperativa, organización sin ánimo de lucro, etc.»<sup>46</sup>.

Estas comunidades presentan una serie de notas comunes y de diferencias. En relación con las comunes, el PNIEC dispone, con carácter orientativo y no limitativo, que ambas figuras

<sup>46</sup> Asimismo, sobre la indeterminada naturaleza jurídica de las comunidades energéticas locales, destaca el extenso y brillante estudio realizado por González Ríos (2020, pp. 147-193).

deben estar controladas por socios o miembros que estén en las proximidades de los proyectos y su objetivo ha de ser proporcionar beneficios medioambientales, económicos y sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde operan. Adicionalmente, en el caso de las comunidades de energía renovables, los socios deben ser personas físicas, pymes o autoridades locales (incluidos municipios)<sup>47</sup>.

Es relevante señalar, además, que los socios de ambas comunidades conservarán su condición de clientes finales o domésticos y, con el fin de fomentar la participación en este tipo de organizaciones, podrán recibir un tratamiento fiscal diferenciado.

Asimismo, el PNIEC destaca como la principal diferencia que,

mientras el objetivo de la comunidad de energías renovables es la realización de proyectos de cualquier naturaleza (eléctrico, térmico o transporte) siempre y cuando el origen energético sea renovable, la comunidad ciudadana de energía se ha pensado para abarcar cualquier proyecto relacionado con el sector eléctrico, incluyendo la distribución, suministro, consumo, agregación, almacenamiento de energía, prestación de servicios de eficiencia energética o la prestación de servicios de recarga para vehículo eléctrico, o de otros servicios energéticos a sus miembros.

Para garantizar esta última función, la normativa que incorpore esta figura a nuestro ordenamiento deberá permitir que las *comunidades ciudadanas de energía* puedan poseer, establecer, adquirir o arrendar redes de distribución y gestionarlas autónomamente, así como la posibilidad de acceder a todos los mercados organizados de electricidad.

Se trata, en definitiva, de nuevas formas socioeconómicas de organización fruto de las opciones ofrecidas por el modelo de generación distribuida que pueden aplicarse en diversidad de contextos (piénsese en cooperativas, polígonos industriales, parques tecnológicos, comunidades de propietarios o zonas portuarias).

Debe insistirse en que ambas comunidades tienen como finalidad principal, de acuerdo con lo establecido por las directivas europeas, la obtención de «beneficios medioambientales, económicos o sociales por sus socios o por las zonas locales donde operan, en lugar de ganancias financieras». De tal modo que subyace una filosofía sostenible y colaborativa, absolutamente compatible con el legítimo ánimo de lucro perseguido por la actividad de las

---

<sup>47</sup> La Directiva 2018/2001/UE relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables precisa en su artículo 22.1 que también podrán participar en las comunidades de energías renovables como socias las empresas privadas «siempre que su participación no constituya su principal actividad comercial o profesional».

empresas energéticas (donde, por cierto, las políticas de responsabilidad social corporativa tienen una importancia progresiva), tratándose de actores distintos con objetivos diferentes en un sector que avanza con firmeza, por efecto de la generación distribuida, hacia la descentralización de su estructura productiva.

Finalmente, en lo relativo a las *comunidades energéticas locales*, cabe destacar la labor realizada por el Instituto para la Diversificación y el Ahorro de la Energía (IDAE). Además de publicar un completo y riguroso documento titulado «Guía para el desarrollo de instrumentos de fomento de comunidades energéticas locales», está promoviendo y financiando proyectos piloto relacionados con la implantación de estas comunidades.

## 5.2. Los mercados locales de electricidad

En cuanto a las nuevas funciones que habrán de asumir los gestores de las redes de distribución en el uso de la *flexibilidad*, destaca el contenido que recoge el artículo 32 de la Directiva 2019/944/UE. De este precepto pueden extraerse las siguientes ideas: a) los marcos reguladores permitirán a los gestores de redes de distribución adquirir servicios a partir de recursos tales como la generación distribuida, la respuesta de la demanda o el almacenamiento; b) los gestores de redes de distribución intercambiarán toda la información necesaria y se coordinarán con los gestores de redes de transporte a fin de garantizar la utilización óptima de los recursos, velar por el funcionamiento seguro y eficiente de la red y facilitar el desarrollo del mercado; c) los gestores de las redes de distribución serán adecuadamente remunerados por los costes que implique la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación; d) el desarrollo de una red de distribución se basará en un plan transparente que los gestores de redes de distribución deberán presentar cada dos años a la autoridad reguladora, planificación que incluirá las inversiones previstas en los próximos 5 a 10 años.

La necesidad de dotar al sistema de *flexibilidad* nace con el modelo de generación distribuida. En un *mix* energético con mayor presencia renovable, la oferta incrementará su variabilidad de forma inevitable. Además, la digitalización y la electrificación de la economía reducirán la predictibilidad de la demanda. Es por ello que la flexibilidad se identifica como el elemento que condicionará en mayor medida el diseño del mercado eléctrico durante la próxima década.

Cuando hablamos de flexibilidad pretendemos que el término adquiera un sentido lo más amplio posible, y, quizás por ello, puede resultar en ocasiones equívoco. Un alcance más limitado es el que presenta la interrumpibilidad por su tradicional empleo en España. Hasta ahora, este concepto ha sido asociado casi en exclusiva al sector industrial. Sin embargo, el éxito de la transición energética dependerá, en buena parte, de que la interrumpibilidad se consolide como un fenómeno habitual en oficinas y hogares, siendo, lógicamente, por ello

remunerados. La idea es que haya mercados de interrumpibilidad (o de flexibilidad, usando la terminología de la directiva) en el que los consumidores puedan participar a través de agregadores<sup>48</sup>, siendo estos ayudados por sistemas de inteligencia artificial que permitan la toma de decisión automáticamente cuando los algoritmos programados detecten que la electricidad alcanza un determinado precio. Un escenario complejo que trata de materializar un objetivo muy simple: que, cuando el precio sea elevado, los ciudadanos consuman la menor cantidad de electricidad posible sin que ello perjudique su calidad de vida. Es decir, se pretende que el nuevo modelo de negocio tenga un diseño adecuado para el fomento de la eficiencia energética.

En este nuevo escenario será fundamental que el gestor de la distribución trate de optimizar el potencial de flexibilidad que pueda ofrecer la integración en la red de los diversos recursos distribuidos. Por tanto, será esencial que se permita a los gestores de las redes de distribución que se encarguen de operar la generación renovable a nivel local, práctica que podría disminuir considerablemente los costes de la propia red. Para que ello sea posible, resulta condición necesaria que se permita la agregación de los recursos energéticos distribuidos y la creación de *mercados locales de electricidad*.

Según el informe elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética, la agregación de la demanda no se prohíbe en España, pero tampoco está regulada. La comisión de expertos realiza una serie de recomendaciones para el desarrollo de la agregación, figurando entre ellas la de

analizar y comenzar el desarrollo de modelos de mercado locales, inicialmente en forma de prototipos, que, integrados con el mercado mayorista, permitan a los recursos distribuidos disponer de mecanismos de precios libres, ayudando a la mejora de la gestión de las redes locales, principalmente de distribución, para mejorar

<sup>48</sup> «Alicia Carrasco, directora general de ENTRA Agregación y Flexibilidad, la asociación que ha sido creada recientemente para impulsar la actividad, la define así: "La agregación de la demanda ofrece al consumidor final la posibilidad de ahorrar y ser remunerado por hacer cambios en su patrón de consumo sin que este afecte a su confort, facilitando la labor de los operadores de red a un menor precio, de una manera más sostenible y potencialmente más segura. Se trata de algo similar a la de la interrumpibilidad, un mecanismo de seguridad del sistema eléctrico que permite cortar la luz a grandes consumidores de energía a cambio de una remuneración, salvo que en el caso del agregador, a menos que se pacte lo contrario, no se cortarían el suministro de los clientes, sino que se modularía para que coincidiera con los períodos de precios bajos del mercado, obteniendo el consecuente ahorro. La agregación existe desde hace años en numerosos países y proporciona ahorros a los clientes que oscilan entre el 3 % y el 10 %, aunque hay casos, como en Francia, en los que llega al 15 %"».

Titular de la noticia: «El Gobierno regula un nuevo agente en el mercado para permitir un ahorro de hasta el 15 % en electricidad» (14 de diciembre de 2018), de *elEconomista.es*. <<https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/9582499/12/18/El-Gobierno-regula-la-agregacion-de-demanda-para-permitir-un-ahorro-hasta-del-15-en-electricidad.html>>.

la capacidad de transporte de las mismas y evitar el vertido de energía renovable producida a nivel local<sup>49</sup>.

Es esta una sugerencia que, casi con inmediatez, ha sido puesta en práctica por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) y el Operador del Mercado Ibérico de Electricidad (OMIE). Se trata de un proyecto denominado Integración de Recursos Energéticos a través de Mercados Locales de Electricidad (IREMEL), mediante el cual, a partir de prototipos, se gestiona la integración en la red de los distintos recursos energéticos distribuidos.

Los mercados energéticos locales se encuentran en fase de estudio y desarrollo, debiendo esperar, en consecuencia, a que alcancen su periodo de madurez para realizar al respecto valoraciones precisas. Sin embargo, los prototipos puestos en funcionamiento podrían servir para solucionar una problemática que se irá agudizando según vaya creciendo el nuevo modelo de generación: las congestiones en la red de distribución.

En esta línea, el OMIE diferencia entre lo que denomina *mercados de carácter global* y *mercados de flexibilidad*. Respecto de los primeros, se refiere a los mercados eléctricos *spot* de ámbito europeo (entre ellos, el ibérico) existentes actualmente, los cuales permiten la negociación de la energía con agentes ubicados en diferentes puntos de la red –tanto ibérica como europea–, sin que en las transacciones la localización del productor sea un factor relevante. Mientras que, en relación con los segundos, señala que son aquellos mercados en los que, por motivo de las condiciones técnicas de la red de distribución, los intercambios deben ser realizados por instalaciones situadas en un lugar determinado, siendo trascendental en su diseño la capacidad de los recursos energéticos distribuidos para modificar su producción o consumo en virtud de las instrucciones recibidas de los gestores de la red de distribución<sup>50</sup>.

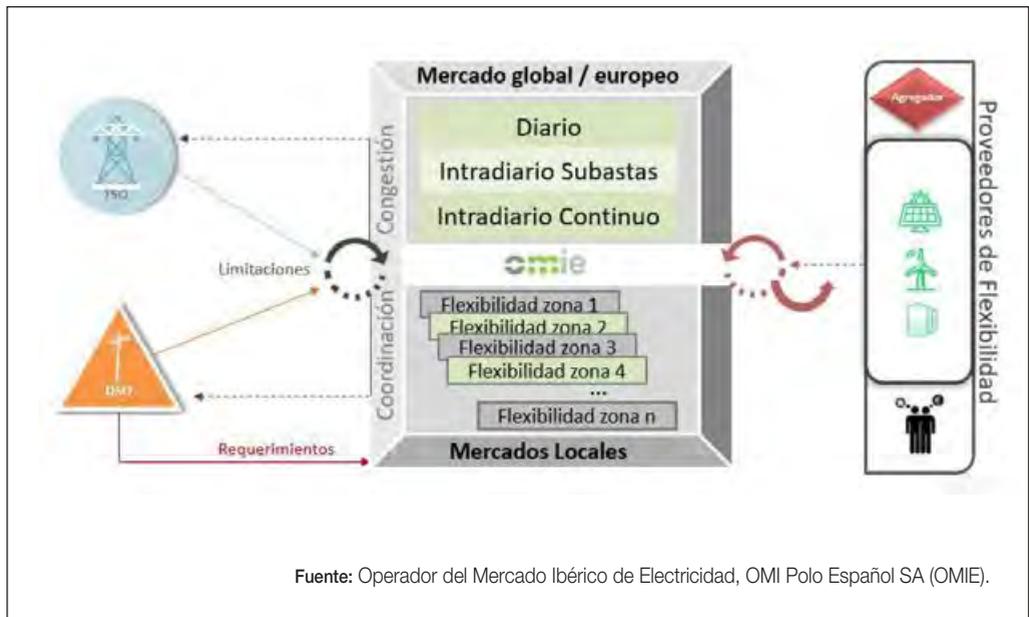
De esta forma, los recursos energéticos distribuidos tendrán la opción de participar en el referido mercado ibérico o en el correspondiente mercado local, según sea el grado de congestión de la red de distribución. Si el MIBEL presenta un estado global de la red libre de congestiones, los mercados locales de flexibilidad deberían estar desactivados. Por el contrario, en un escenario de potenciales congestiones, los recursos energéticos distribuidos podrían participar del siguiente modo: en el mercado *spot* de manera limitada cuando las necesidades técnicas así lo justifiquen, o, lo que resultaría más aconsejable, en el mercado de flexibilidad de su ámbito zonal (entendiendo estos como los mercados diseñados para permitir a los gestores de las redes de distribución solventar

<sup>49</sup> Informe final elaborado por la comisión de expertos sobre escenarios de transición energética... *op. cit.*, p. 516.

<sup>50</sup> Informe del Operador del Mercado Ibérico de Electricidad, OMI Polo Español S.A. (OMIE), titulado «Modelo de funcionamiento de los mercados locales de electricidad», 11 de abril de 2019.

los problemas previstos en sus redes mediante la participación de los recursos energéticos localizados en ellas).

Figura 1. Intercambios de información entre los principales actores de los mercados locales



Nos hallamos, en fin, ante la fase inicial de un nuevo modelo de negocio. En el inicio de la transición energética. Un cambio de etapa que, pese a la naturaleza disruptiva de las innovaciones tecnológicas que lo impulsan, permitirá la coexistencia durante años –incluso décadas– entre el tradicional modelo de generación eléctrica centralizada y el nuevo modelo de generación distribuida.

Esta convivencia entre modelos se verá reflejada, naturalmente, en los tipos de mercados eléctricos existentes. Tendremos, en esencia, dos tipos de mercados: el *mercado eléctrico mayorista o spot* (que incluye, a su vez, los mercados diario, intradiario y de balance) y los novedosos *mercados locales de electricidad*. Este último tipo, al nutrirse exclusivamente de fuentes de energía renovables o asimilables, responderá a un modelo retributivo basado en algún mecanismo de competencia competitiva diferente al que se aplica en el mercado *spot*, donde la casación entre oferta y demanda se produce en el contexto de un sistema marginalista.

De cualquier modo, el objetivo fundamental será que estos mercados se integren, junto a los contratos bilaterales (conocidos en este nuevo modelo como PPA), a fin de que la oferta que reciba el consumidor sea unitaria.

Por tanto, el precio final del componente energético deberá guardar una relación lógica con la composición del *mix* con el que realmente se ha producido la electricidad que se consume; unas veces vendrá dado por el precio marginal horario y otras por lo que determine el mercado de flexibilidad correspondiente, pero la señal de precio que se traslade al ciudadano debe ser única.

Un complejo sistema cuya esencia queda reflejada en la reflexión que comparte Rafael Gómez-Elvira González (2017):

Los desarrollos tecnológicos están produciendo cambios muy importantes en el sector eléctrico, donde el modelo centralizado tradicional, basado en aprovechar las economías de escala, se ve desafiado por nuevos recursos distribuidos que cada vez son más asequibles y competitivos. En el nuevo escenario, en el que multitud de agentes pueden operar como consumidor o como generador, aparecen figuras como la del agregador que, como cualquier agente, deberá firmar las reglas del mercado y ser responsable de sus desvíos (evitando situaciones de *free-riding*). En definitiva, serán los mercados quienes permitirán la convivencia entre ambos modelos (centralizado y descentralizado), poniendo precio a la flexibilidad (p. 24).

## 6. A modo de conclusión

Es importante recordar que la transición energética no altera la pretensión de obtener una energía sostenible, segura y competitiva que, desde un comienzo, ha tenido la Unión Europea<sup>51</sup>. El coste de oportunidad, sin embargo, obliga en ocasiones a priorizar entre los objetivos citados, situación que se viene identificando como el trilema de la política energética (Cruz Ferrer, 2019, pp. 17-38). Por consiguiente, aunque la modernización de las redes eléctricas repercuta positivamente en la sostenibilidad medioambiental y en la seguridad del suministro, debe tenerse presente que ello requerirá de grandes inversiones<sup>52</sup>. En este

<sup>51</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo titulada «Una política energética para Europa», de 10 de enero de 2007, COM (2007) 1 final.

<sup>52</sup> El Grupo Red Eléctrica, a través de su filial Red Eléctrica de España, ha comunicado que «invertirá un total de 3.221 millones de euros para hacer posible la transición energética en todo el territorio español mediante el desarrollo de la red de transporte de alta tensión y la operación del sistema eléctrico. Esta cifra supone la mitad (53 %) de la inversión total de 6.000 millones que la compañía prevé llevar a cabo en los próximos años dentro de su nuevo Plan Estratégico 2018-2022 y centra en gran medida sus esfuerzos en la integración de renovables. De los más de 3.000 millones de euros destinados a la transición energética, 1.538 millones se centrarán en la incorporación de energías limpias (el 47 %), 908 millones reforzarán la fiabilidad de las redes de transporte y la seguridad del suministro, 434 millones se destinarán a ampliar las herramientas tecnológicas y digitales, 215 millones para impulsar los proyectos de almacenamiento y 54 millones a sistemas de control de la energía». Mientras, en relación con la red eléctrica de distribución, Iberdrola ha manifestado que «de los 34.000 millones de euros de inversión durante

sentido, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, dentro del marco Next Generation impulsado por la Unión Europea, va a significar una excelente oportunidad para el fomento de las redes inteligentes. De cualquier modo, para que la planificación de las redes sea compatible con un precio final de la electricidad asequible, esta deberá elaborarse en virtud de un riguroso análisis coste-beneficio.

Una vez sentado lo anterior, debe concluirse que las nuevas redes eléctricas de transporte y distribución son un instrumento fundamental para afrontar la transición energética con éxito. Nos hallamos, pues, ante una tarea ineludible, siendo que todos los recursos energéticos distribuidos a los que se ha aludido a lo largo del presente estudio –especialmente las instalaciones de almacenamiento y el vehículo eléctrico– solo pueden ser integrados de forma óptima en el sistema eléctrico a través de las redes inteligentes (es decir, bidireccionales y con un alto grado de conectividad). Por ello, puede considerarse la modernización de las redes eléctricas y la elaboración de una nueva regulación adaptada a su concreta caracterización como el elemento vertebrador del modelo de generación distribuida que dirige la transición energética hacia un modelo renovable, flexible y eficiente.

Los objetivos climáticos que orientan la transición son de obligado cumplimiento, pero este devendrá imposible si no se cuenta con unas redes y unos mercados que posibiliten la integración de las innovaciones necesarias. Una realidad, la lucha contra el cambio climático, que si bien no debe presentar grieta alguna desde la perspectiva medioambiental, implica una elevada complejidad en lo referido al rediseño del sistema. Se necesitan nuevas reglas para dar cabida a los nuevos hechos. Un reto apasionante.

---

el periodo 2018-2022, un 47 % del importe global –16.000 millones de euros– será invertido en redes». <<https://www.ree.es/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/2019/03/red-electrica-de-espana-invertira-3221-millones-de-euros-para-hacer-posible-la-transicion-energetica-en-todo-el-territorio-hasta-2022>> y <<https://www.iberdrola.com/sala-comunicacion/noticias/detalle/iberdrola-acelera-crecimiento-mundial-unas-inversiones-34-000-millones-euros-hasta-2022>>.

## Referencias bibliográficas

- Barrio Andrés, M. (2018). *Internet de las cosas*. Reus.
- Crandall, R. y Ellig, J. (1997). *Economic deregulation and customer choice: lessons for the electric industry*. New Haven.
- Cruz Ferrer, J. de la. (1999). *La liberalización de los servicios públicos y el Sector Eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*. Marcial Pons.
- Cruz Ferrer, J. de la. (2019). La regulación de la transición renovable ante el trilema de la política energética. En J. de la Cruz Ferrer (Dir.) y I. Zamora Santa Brígida (Coord.), *Energía y Derecho ante la transición renovable*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Esteve Pardo, J. (2009). La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. En S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel.
- Gómez-Elvira González, R. (2017). Propuestas europeas hacia un nuevo modelo de mercado. *Cuadernos de la Energía* (editados por el Club Español de la Energía, Garrigues y Deloitte), 53.
- González Ríos, I. (2020). Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales. *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 117.
- Laguna de Paz, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Civitas.
- Pérez de Ayala, L. (2009). Regasificación, transporte y almacenamiento de gas natural. En S. Muñoz Machado, M. Serrano González y M. Bacigalupo Saggese (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica: Sector Energético* (tomo II). Iustel.
- Piñar Mañas, J. L. (2018). Identidad y persona en la sociedad digital. En T. de la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Sociedad digital y Derecho*. Boletín Oficial del Estado.
- Quadra-Salcedo, T. de la. (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En T. de la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Sociedad digital y Derecho*. Boletín Oficial del Estado.
- Rodríguez Paraja, M. Á. (2019). La regulación ante la transición renovable: nuevas perspectivas. En J. de la Cruz Ferrer (Dir.), *Energía y Derecho ante la transición renovable*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- Sánchez Fornié, M. Á. (2014). Redes inteligentes. En M. Á. Agúndez y J. Martínez-Simancas (Dir.), *Energía eléctrica. Manual básico para juristas*. Wolters Kluwer (La Ley).
- Schwab, K. (2016). *La Cuarta Revolución Industrial*, Debate.
- Suárez Ojeda, M. (2018). *Smart cities, smart villages* y acción pública. En T. de la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Sociedad digital y Derecho*. Boletín Oficial del Estado.

## El SOV y sus efectos ante un siniestro sin lesiones ni secuelas

**Adelaida Medrano Aranguren**

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

### Extracto

En el presente supuesto, la cuestión jurídica que se nos plantea es la de si tiene derecho a una indemnización con cargo al seguro obligatorio de viajeros (SOV) un pasajero que tiene un siniestro dentro del medio de transporte, con lesiones personales, si no existió responsabilidad por daños personales derivados de la conducción del vehículo, al haberse demostrado que la actuación del conductor no ha sido la causante del accidente. En el régimen de responsabilidad del seguro obligatorio de viajeros, para ser acreedor de la indemnización con cargo al SOV bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas legalmente, con independencia de la culpa o negligencia del conductor. Deben considerarse incluidos en los riesgos cubiertos las caídas de los pasajeros por pérdida de equilibrio como efecto de una reducción de velocidad del vehículo. El hecho de haber curado de las lesiones sin secuelas no excluye el derecho a percibir indemnización con cargo al SOV.

**Palabras clave:** seguro obligatorio de viajeros; indemnización; daños personales.

Fecha de entrada: 17-10-2021 / Fecha de aceptación: 29-10-2021

## Enunciado

El día 30 de noviembre de 2018, sobre las 9:00 h, don Benito, estudiante de 17 años de edad en esa fecha, viajaba como pasajero en el autocar de línea regular propiedad de Autos Feos, SL, conducido por don Federico y asegurado en una aseguradora, tanto en lo que se refiere a la cobertura de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor como en cuanto que aseguradora del seguro obligatorio de viajeros (SOV).

Los asientos de los pasajeros están dotados de cinturón de seguridad, de uso obligatorio. El autocar dispone de timbres de llamada para advertir al conductor de la proximidad de la parada elegida por el usuario; no ha sido acreditado si los timbres son o no accesibles para todos los pasajeros desde su respectivo asiento sin necesidad de desabrochar el cinturón de seguridad.

Al acercarse a su parada, el pasajero, que deseaba apearse en ella, desabrochó su cinturón de seguridad y se puso en pie para accionar el timbre de llamada; al frenar el autobús para detenerse en la parada, el pasajero perdió el equilibrio, cayendo de espaldas en el pasillo central del vehículo.

Como consecuencia de la caída resultó lesionado en la muñeca y rodilla izquierdas y en el cuello. Fue requerida una ambulancia para ser trasladado a un servicio médico de urgencias, donde tras la correspondiente exploración, no se detectaron fracturas y le fue diagnosticada una policontusión, con prescripción de tratamiento analgésico y control por su médico de atención primaria. Ese mismo día 30 de noviembre de 2018 regresó por la tarde al servicio de urgencias del hospital, donde se le practicó un nuevo examen radiológico y le prescribieron analgésicos y antiinflamatorios, con recomendación de uso de un collarín cervical y aplicación de calor seco. Fue visto en el servicio de traumatología del hospital los días 4 y 27 de diciembre; en la segunda ocasión el paciente refirió mejoría, pero persistencia de molestias cervicales, lumbares y de rodilla izquierda; sin evidencia de lesiones óseas o ligamentosas, se le prescribieron 15 sesiones de rehabilitación, que se prolongaron por otras 10 más el 17 de enero de 2019 (si bien solo completó 23 sesiones entre el 2 de enero y el 13 de febrero de 2019). En nueva revisión del 13 de febrero de 2019 se dio por terminado el proceso asistencial a salvo de molestias residuales de menor entidad, referidas por el paciente, en la musculatura paravertebral lumbar y en la rodilla izquierda.

Ante estos hechos descritos, ¿cabe defender el derecho a la indemnización del viajero accidentado?

Cuestiones planteadas:

- Efectos indemnizatorios del seguro obligatorio de viajeros en los siniestros con daños personales curados y sin secuelas.
- El derecho a la indemnización del viajero al margen de la responsabilidad por culpa o negligencia del conductor.
- Jurisprudencia en la materia.

## Solución

La STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2010 declaró que la negativa de la audiencia a indemnizar con cargo al SOV por ausencia de culpa o responsabilidad del conductor del vehículo constituía una decisión errónea, toda vez que, a diferencia del seguro de responsabilidad civil, el SOV otorga a todo viajero que utilice un transporte público y en el momento del accidente esté provisto del título de transporte el derecho a ser indemnizado «siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo», de tal forma que para ser acreedor de la indemnización con cargo a dicho SOV bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas en el artículo 7 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, así como que no concurran las causas de exclusión del artículo 9 (según el cual la protección del seguro no alcanzará a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes o mediante la comisión de actos dolosos).

La primera cuestión que delimitar es si el accidente descrito en el relato de hechos tiene o no encaje en la enumeración de riesgos cubiertos que describe el artículo 7 del reglamento («Gozarán de la protección del Seguro Obligatorio de Viajeros las lesiones corporales que sufran estos a consecuencia directa de choque, vuelco, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo»). En nuestro criterio, la aplicación e interpretación de esta normativa no puede ser nunca excesivamente rigurosa ni, por supuesto, restrictiva.

El carácter abierto de la descripción de los riesgos cubiertos (no son *numerus clausus*, de acuerdo con las STS de 27 de febrero de 2006 y 8 de octubre de 2010) y su interpretación conjunta con el artículo 9 permiten abarcar sucesos como el que aquí nos ocupa –la caída de un pasajero que pierde el equilibrio como efecto de una reducción de velocidad del vehículo–, en primer lugar porque es un caso de lesiones corporales a consecuencia directa de «reacción», aquí entendida como efecto físico en los pasajeros de una modifi-

cación significativa y súbita –no necesariamente brusca o innecesaria– de la velocidad o trayectoria del vehículo, y en segundo lugar porque, como argumenta la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 11 de abril de 2005, la finalidad de la norma, deducida de los dos preceptos antes mencionados, es proporcionar cobertura a los pasajeros desde que accedan al vehículo de transporte y hasta que salgan de éste, lo que avala una interpretación extensiva del artículo 7 del reglamento.

El viajero curó de sus lesiones sin secuelas, sin daño permanente que sea posible ubicar en alguna de las categorías del baremo unido como anexo al Real Decreto 1575/1989. La aparente contradicción interna de una norma que, por una parte, proclama el derecho de los asegurados o beneficiarios a indemnizaciones pecuniarias cuando, como consecuencia de los accidentes amparados por el SOV, se produzca muerte, incapacidad permanente o temporal del asegurado (art. 15.1), y, por otra, establece que las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este reglamento (art. 15.2), un baremo que solo contempla categorías de daños personales permanentes, no debe amparar la conclusión de que quien cura sin secuelas al cabo de un periodo de tiempo de convalecencia no tenga derecho a ninguna indemnización.

Acaso sí deba concluirse, no sin dudas, que en el caso de daños permanentes el reglamento cercena el derecho del lesionado a percibir una indemnización adicional por días de incapacidad, al menos en una interpretación aislada del desconcertante artículo 18 («la incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido»); pero es inadmisibles –y contrario también al marco legal de referencia que para el transporte de viajeros en autobús es el artículo 21 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres– que quien a consecuencia de un accidente cubierto por el SOV sufre lesiones ciertas que curan tras un tiempo sin secuelas no tenga derecho a percibir ninguna indemnización con cargo a un seguro que expresamente ampara, como dice también el artículo 3 del reglamento, el riesgo de incapacidad temporal del viajero.

Nuestra conclusión sigue siendo, sobre este extremo, la que han mantenido otras audiencias provinciales, entre otras la de La Coruña, en su ya mencionada sentencia núm. 173/2005, de 11 de abril o, más recientemente y con convincente desarrollo argumental, la de Málaga, Sección 5.ª, núm. 417/2020, de 22 de septiembre.

Ello supone que la falta de previsión en la norma reglamentaria de la indemnización correspondiente a un daño que el propio reglamento contempla como indemnizable con cargo al SOV debe solucionarse, como dice la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (con cita de las de Palencia de 3 de noviembre de 2005, de Toledo de 10 de abril de 2012 o de Murcia de 9 de julio de 2013), acudiendo a la aplicación analógica de las reglas establecidas para el seguro de responsabilidad civil, que sí prevén una determinación y cálculo de los días de baja.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 16/1987 (Ordenación de los transportes terrestres), art. 21.
- Real Decreto 1575/1989 (Reglamento del seguro obligatorio de viajeros), arts. 3, 7, 15 y 18.
- SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 2006 (NCJ037038) y 8 de octubre de 2010.
- SAP de La Coruña de 11 de abril de 2005.
- SAP de Málaga de 22 de septiembre de 2020.

## Expropiación forzosa y contrato administrativo de obras municipal

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF.-*

### Extracto

Este supuesto práctico versa sobre distintas vicisitudes jurídicas que giran, en primer lugar, sobre las consecuencias de dos expropiaciones forzosas sobre la misma finca llevadas a cabo por una comunidad autónoma para la construcción de un colegio público para impartir el bachillerato, toda vez que, en la primera, no se procedió a extender el acta de ocupación y pago ni su inscripción en el Registro de la Propiedad hasta bastante tiempo después, lo que dio lugar a que la primera expropiada vendiera la finca a un tercero de buena fe. En las mismas, una entidad local reivindica la competencia para ello. En segundo lugar, sobre un contrato administrativo de obras donde se plantea la posibilidad de delegación de esta competencia, la posibilidad de realizar la obra la propia Administración y una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de la misma. Finalmente, se plantea la incompatibilidad o no entre la titular de una jefatura de servicios y una jefatura de sección ocupada por su cónyuge.

**Palabras clave:** expropiación forzosa; contrato administrativo de obras; autonomía local; responsabilidad patrimonial de la Administración.

Fecha de entrada: 02-10-2021 / Fecha de aceptación: 25-10-2021

## Enunciado

La comunidad autónoma de XXX puso en marcha un procedimiento de expropiación forzosa de la finca registral 15.703, de 500 metros cuadrados, perteneciente a doña Juana, inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, con la finalidad de obtener unos terrenos imprescindibles para la construcción de un colegio público donde se impartirá el bachillerato, dadas las numerosas solicitudes de plazas que, normalmente, se formulaban. En lo atinente a esta expropiación ordinaria de la finca, la Administración expropiante no ha procedido, pese a que se había fijado ya el justo precio y se había pagado, en concreto 200.000 euros, hasta transcurrido un año y medio, a extender el correspondiente acta de ocupación y pago. Por otra parte, enterado el municipio donde se iba a construir el referido colegio público remite escrito a la Administración autonómica, señalando que la competencia para construir el colegio público era suya y que se estaba afectando al principio de autonomía local constitucionalmente reconocido, por lo que plantearía el oportuno conflicto en defensa de la autonomía local. Ante estos hechos, se plantea a los servicios jurídicos la posible reacción jurídica de la primitiva expropiada en defensa de sus intereses, amén si es ajustada a derecho la actuación de la Administración y que se dé razonada respuesta a la pretensión del ayuntamiento.

Finalmente, con fecha 30 de noviembre de 2017, por la Administración se suscribió por acta de ocupación y de pago por la expropiación de la finca registral 15.703 de 500 m<sup>2</sup> del Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, transmitiéndose a todos los efectos la propiedad de la parcela.

Por razones que se desconocen no fue inscrita la referida acta de ocupación y pago en el Registro de la Propiedad.

La finca registral 15.703 de 500 m<sup>2</sup> se localiza en un ámbito de gestión calificada como suelo dotacional educativo, planteándose por la Administración la expropiación urgente con

el fin de proceder a la construcción de un colegio público en la localidad de Los Catañales, dada la demanda existente para impartir la educación secundaria posobligatoria, en concreto el bachillerato.

La financiación del mismo correría a cargo del organismo autónomo Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), adscrito a la Consejería de Ciencia e Innovación de la comunidad autónoma, que tiene como objetivos contribuir a la mejora de la calidad del sistema de educación mediante la evaluación, certificación y acreditación de enseñanzas, profesorado e instituciones y cooperación económica para la construcción y mantenimiento de centros de enseñanzas, entre otros cometidos, el 30 %, y de la comunidad autónoma expropiante de los terrenos, el 70 % restante.

La comunidad autónoma ha propuesto al organismo autónomo que gestione la construcción del colegio, pues, dado sus fines y que lo ha hecho en otras ocasiones, es conocedor de las singularidades constructivas que han de exigirse al o los posibles contratistas a los que se adjudique el oportuno contrato. Para ello, realizarán el oportuno instrumento de formalización. La presidenta del organismo autónomo desearía saber si es viable jurídicamente este encargo.

El día 29 noviembre de 2019, la Administración inicia expediente de expropiación de la finca registral de 15.703 de 500 m<sup>2</sup>.

Con fecha 2 febrero 2020, don Fernando presenta en la Administración escrito manifestando ser titular de la finca en pleno dominio, en virtud de escritura de compraventa otorgada a su favor por doña Juana en fecha de 4 febrero 2018, solicitando que se entienda con él los siguientes trámites del expediente expropiatorio. Don Fernando manifiesta que antes de la compra consultó el Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, constando la finca inscrita a nombre de la vendedora y sin carga alguna.

Tras la tramitación del expediente se aprobó el mandamiento de pago por importe de 300.000 euros a favor de don Fernando, en concepto de justiprecio por la expropiación de la finca registral 15.703 de 500 m<sup>2</sup>, suscribiéndose en fecha 15 de julio de 2020 el acta de pago y ocupación, procediéndose en ese acto al abono del justiprecio y remitiéndose para su inscripción al Registro de la Propiedad número 1 como finca independiente y con destino a uso dotacional educativo.

Con fecha 18 de noviembre de 2020, el responsable del Inventario de General de Bienes de la Comunidad Autónoma manifiesta que, estudiada para su anotación en el Inventario General del Bienes el acta de pago y ocupación de 15 de julio de 2020, resulta que la finca expropiada 15.703 de 500 m<sup>2</sup> se superpone con la finca expropiada, según acta de ocupación y de pago de 30 noviembre 2017, por la que la comunidad autónoma pagó 200.000 euros en concepto del justiprecio, por lo que concluye que «se ha producido una situación irregular» que debe resolverse, sin demora.

Solucionados todos los problemas anteriores, el organismo autónomo se plantea, por razones, de mayor eficacia, realizar directamente las obras, pero no acabó llevándolas a cabo, sino que contrata, para la construcción del colegio público, a través de procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, a la entidad Castillo, SRL.

En plena ejecución del contrato, los trabajadores del contratista se han puesto en huelga y han interrumpido sus trabajos, reivindicando a la sociedad el pago de salarios atrasados de los cuatro últimos meses. La presidenta del organismo autónomo, órgano de contratación, duda de qué influencia produce este hecho sobre el contrato celebrado, por lo que solicita informe de sus servicios jurídicos.

Igualmente solicita que se le indique si la Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público, así como de quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal.

Por otra parte, la entidad Castillo, SRL, como consecuencia de la ejecución de las obras, ateniéndose a lo prescrito en el proyecto de obras realizado por el propio organismo autónomo, produjo una rotura en conducción subterránea de las tuberías del agua, habiéndose producido enormes filtraciones en la finca vecina, perteneciente a una sociedad anónima que la tenía arrendada a otra sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social eran las explotaciones agrícolas y ganaderas y que, por ello, participaba, con frecuencia, en procedimientos de subvención otorgadas por las diferentes Administraciones, amén de mantener unas continuas relaciones con aquellas, debido a las precisas autorizaciones y licencias que la gestión de su actividad exigían. Esta rotura produjo, como único daño, la pérdida de la cosecha prevista, habiéndose peritado en la cantidad de 12.000 euros. Esta sociedad, día 4 de mayo, presenta, a través de su representación legal y en forma presencial, escrito en el registro del organismo autónomo el día 4 de mayo del año siguiente, en el último momento en que las dependencias administrativas estaban abiertas al público, solicitando una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por tal cantidad. El organismo autónomo resuelve, el día 5 de mayo, tras acreditar la presentación del escrito, no admitir el mismo por extemporáneo, y así se lo notifica a la interesada, quien interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, la sociedad propietaria de la finca presentó, por vía electrónica, el mismo día 4 de mayo siguiente, reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial.

En otro orden de cuestiones, existe una convocatoria efectuada para cubrir en el organismo autónomo, por el procedimiento de libre designación, el desempeño del puesto de trabajo de jefe de servicio, siendo intención de resolver la misma a favor del Sr. Alejandro. Es de hacer constar que su cónyuge ostente una jefatura de sección integrada en el servicio, cuya jefatura va a ser objeto de provisión. Le indican que realice el oportuno informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acabe designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Tiene razón la entidad local cuando afirma que la construcción del colegio público era de su competencia y se podría vulnerar el principio de autonomía local, estando dispuesta a plantear el conflicto en defensa de la autonomía local? ¿Qué informarán los servicios jurídicos sobre la consulta respecto a las posibles reacciones jurídicas de la primitiva expropiada y a la conducta de la Administración, señalando que no siguió el procedimiento de la primera expropiación?
2. Informe sobre todas las posibles consecuencias jurídicas de las expropiaciones realizadas para todos los intervinientes y soluciones que aplicar.
3. ¿Era viable la construcción por el propio organismo autónomo del colegio por razones de «eficacia»?
4. ¿Qué se le informará a la presidenta del organismo autónomo sobre las consecuencias de la huelga respecto al contrato celebrado?
5. ¿La Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público? ¿De quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal?
6. Informe sobre la reclamación planteada por el titular de la finca colindante a aquella en que se realizaban las obras y la contestación de la Administración.
7. Realice el informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acabe designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

## Solución

1. ¿Tiene razón la entidad local cuando afirma que la construcción del colegio público era de su competencia y se podría vulnerar el principio de autonomía local? ¿Qué informarán los servicios jurídicos sobre la consulta respecto a las posibles reacciones jurídicas de la primitiva expropiada y a la conducta de la Administración, señalando que no siguió el procedimiento de la primera expropiación?  
  
A) ¿Tiene razón la entidad local respecto a que construir el colegio público es de su competencia y se podría vulnerar la autonomía local y plantear, en su caso, el conflicto en defensa de la autonomía local?

En relación con si podría la entidad local decidir la construcción del colegio, el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de bases del régimen local, recoge las competencias propias de los municipios en materia educativa señalando:

Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

Por su parte, el artículo 27.3 e) posibilita la delegación, por parte de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas en «creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil».

Finalmente, el artículo 7.4, referido a las competencias impropias, señala:

Las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica 2/2006, de educación, introducido por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, señala las competencias en materia educativa: en concreto le corresponde:

1. Corresponde al Gobierno:

- a) La ordenación general del sistema educativo.
- b) La programación general de la enseñanza, en los términos establecidos en los artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- c) La fijación de las enseñanzas mínimas a que se refiere el artículo anterior.
- d) La regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

e) La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1 30.ª de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

2. Asimismo corresponden al Gobierno aquellas materias que le encomienda la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y esta Ley.

3. Corresponde a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de educación y el desarrollo de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

También la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, en su disposición adicional decimoquinta prevé como competencia local:

2. La conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, corresponderán al municipio respectivo. Dichos edificios no podrán destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la Administración educativa correspondiente.

De todos los artículos citados deducimos que la construcción de colegios públicos no era competencia propia de los entes locales ni, en principio, tampoco del Estado, sino que era competencia de la comunidad autónoma, de acuerdo con lo establecido en su estatuto de autonomía, por lo que podría delegar en la entidad local esta competencia, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 7/1985, puesto que el artículo 27.3 dice «entre otras», luego la lista que allí se enumera no es *numerus clausus*.

En relación con la presunta vulneración de la autonomía local reconocida en el artículo 137 de la CE, se señala que es «para la gestión de sus intereses», pero si la ley no le otorga competencia propia para esa actividad, como hemos examinado, es imposible que se vulnere el referido principio. Según el concepto europeo asumido en el ordenamiento español, por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

Lo que procedería, en su caso, es recurrir en vía contencioso-administrativa la decisión de la comunidad autónoma de construir el colegio público, al darle legitimación el artículo 19.1 e) de la Ley 29/1998, ley de jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que pueden interponer ese recurso

las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos

con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

B) No extensión del acta de ocupación y pago por la posibilidad de desistimiento por la Administración de la expropiación.

A esa altura del procedimiento no cabe ya el que la Administración abandone el mismo. Es cierto que el artículo 93 de la Ley 39/2015 admite el desistimiento por parte de la Administración al señalar que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes». Sin embargo, en el presente caso, no estamos en presencia de un supuesto y de la concurrencia de unos requisitos que motiven el desistimiento por parte de la Administración.

La jurisprudencia admite, en principio, que una vez desaparecidas las causas de utilidad pública que motivaron la expropiación, se desista de la expropiación, sin que ello suponga una revocación de derechos que haya de someterse a revisión de oficio, en cuanto no existe todavía un auténtico derecho subjetivo, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que puede generarse, derivada de la «limitación o congelación de la libre disponibilidad del inmueble con la virtual eliminación del tráfico jurídico del mismo, lo que constituye una lesión o perjuicio antijurídico que el administrado no tiene obligación de soportar» (SSTS de 25 de septiembre de 1982, 26 de enero de 1983, 14 de junio de 1983, 28 de septiembre de 1985, 18 de octubre de 1986 y 27 de junio de 2006).

Ahora bien, no es posible el desistimiento una vez producida la ocupación (STS de 23 de marzo de 1993), con la que se consuma la expropiación, ni tampoco si ya se ha fijado el justiprecio, «dado que con ello surgió un derecho subjetivo del expropiado que no puede ser vulnerado con un desistimiento del beneficiario de la expropiación, que por otra parte conculcaría lo dispuesto en el n.º 2 del art. 6 del Código Civil» (STS de 3 de abril de 1990), conforme al cual «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a tercero». Lo que no es necesario para entender consumada la expropiación es, desde luego, el pago del justiprecio (STS de 9 de mayo de 1997).

Esta doctrina es confirmada por la STS de 17 de julio de 2018 (RC 1517/2017), en su FJ 2.º:

Conforme a lo concluido en el anterior fundamento y con base al artículo 48 de la Ley de Expropiación Forzosa, ha de señalarse que el momento en virtud del cual la Administración expropiante no puede desistir de la expropiación ya iniciada es el de la fijación del justiprecio en vía administrativa, con independencia de que se impugne en vía contencioso-administrativa; si bien en los supuestos en que se proceda a la ocupación real y efectiva de los bienes, será dicha fecha de ocupación la que imposibilitará el desistimiento de la expropiación.

C) Informe sobre la posible reacción del interesado ante la no extensión del acta de ocupación.

Con independencia de la existencia de desviación de poder, y posible responsabilidad penal, y la posibilidad de anular las actuaciones, pues no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido, habiendo incurrido la Administración en vía de hecho, comenzaremos por analizar brevemente los requisitos de cada una de ellas.

El artículo 29.1 de la LJCA dispone que

cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

El ejercicio conforme a derecho de la pretensión de condena regulada en el citado artículo 29.1 de la LRJCA pasa por el cumplimiento de los requisitos, que para su ejercicio ante esta jurisdicción previene el precepto, esto es, que quien quiera hacer uso ante los tribunales de esta peculiar pretensión de condena tiene que cumplir con los requisitos preprocesales que impone el precepto, para que así la Administración tenga la oportunidad de conocer que el reclamante le está pidiendo que ejecute en su favor una prestación concreta a que la tiene derecho, y, pueda, en consecuencia, cumplir aquello a lo que está obligada, o bien denegar el derecho del reclamante a la prestación concreta, bien por estimar que no tiene ese derecho, bien que lo tiene pero en unos términos distintos a los pretendidos; sin embargo, en todo caso, lo que es necesario en el escrito del reclamante dirigido a la Administración es identificar la concreta prestación a la que tiene derecho y el precepto en el que ampara su ejercicio.

Por su parte, el artículo 29.2 de la LJCA dispone que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78».

La finalidad del precepto es la especial protección contra la inactividad ejecutiva de procurar una rápida tutela (que no podría lograrse a través del procedimiento ordinario); es más, en estos casos no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria

lo que se pretende de la Administración no es la sentencia de condena, sino la ejecución lo que demanda la tutela jurisdiccional efectiva.

La acción del artículo 29.2 precisa, por tanto, en primer lugar, un acto firme, expreso o presunto, pero también que el interesado solicite con total claridad a la Administración su ejecución. Dicha solicitud es inexcusable para que la Administración requerida pueda ejecutar el acto y para que el interesado pueda ejercitar en forma la pretensión del artículo 29.2, de manera que, si la petición del afectado no cumple esos requisitos, luego no podrá acudir a la jurisdicción sobre la base del citado artículo 29.2, pues esta vía requiere el adecuado cumplimiento de esa condición preprocesal.

Realizado este breve repaso, cabe considerar que estamos ante una inactividad material susceptible de recurrirse como tal. Entendemos que el supuesto de incumplimiento de levantar el acta de ocupación encontraría encaje en el artículo 29.1, pues el acta de ocupación no sería la ejecución de un «acto firme», sino el cumplimiento de un trámite del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio por la Administración, y cuya preceptividad viene fijada por la propia normativa (arts. 53 de la Ley de expropiación forzosa [LEF] y 55 de su Reglamento de desarrollo). Es decir, estamos ante el derecho a una prestación que nace de la propia norma y del acto consistente en la propia incoación del expediente expropiatorio.

La inactividad opera en los procedimientos iniciados de oficio en los que no juega el silencio administrativo. Silencio negativo, por cuanto que en otro caso carecería de sentido la impugnación. Ahora bien, a pesar de lo que más adelante dice la ley sobre la diferenciación entre esta inactividad material y la formal, intentando justificar la necesidad del requerimiento en la oportunidad de que la Administración resuelva, en el fondo se instaura un sistema de inactividad semejante en todo al del acto presunto: necesidad de recurrir, transcurso del plazo señalado y finalmente recurso con la falta de resolución.

En este caso, una disposición general no necesitada de ningún acto para su aplicación exige a la Administración el levantamiento del acta de ocupación y la subsiguiente ocupación

2. Informe sobre todas las posibles consecuencias jurídicas de las expropiaciones realizadas para todos los intervinientes y soluciones que aplicar.

A) Validez de la primera expropiación.

Como hemos significado con anterioridad, la primera expropiación estaba ya consumada y la falta del acta de ocupación no incidía en la validez de la expropiación sobre ello.

Este trámite tiene el valor de acreditativo o probatorio, es formal, no material, no constitutivo, por lo que su ausencia no acarrea la invalidez de la expropiación acordada y realizada. Por ello, debemos avanzar ya que la actuación administrativa no fue ajustada a derecho, pues incumplió, por una parte, su obligación de poner fin al procedimiento expropiatorio mediante la extensión del acta de ocupación y pago de la remisión de la misma al Registro de la Propiedad número 1 de la localidad, lo que hubiera evitado lo que luego pasó, es decir, que se vendiera y, por otra parte, no podía poner en marcha una segunda expropiación sobre una finca que ya le pertenecía, sino que debió haber obrado de otra manera que expondremos con posterioridad. Esta actuación trajo consigo unas consecuencias que, también, analizaremos.

En relación con la primera expropiación realizada, argumenta la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2000:

La Ley de Expropiación Forzosa no señala cuál es el momento en que realmente se produce la transmisión de la propiedad de los bienes expropiados. En el procedimiento ordinario, la adquisición de la propiedad por la Administración expropiada o por el beneficiario de la expropiación tendrá lugar cuando, previo el pago que hace de título, aquellos tomen posesión de los bienes, toma de posesión u ocupación que puede entenderse efectuada por la redacción del acta de ocupación, es decir, se requiere el cumplimiento de 2 requisitos, abono del precio y ocupación del bien, lo que tiene lugar con el acta de ocupación y pago. En el procedimiento de urgencia existe una inversión de determinadas fases del procedimiento ordinario y en concreto hay una anticipación de la ocupación de los bienes, que tiene lugar antes de la fijación definitiva y del pago del justiprecio que se posponen para el final del proceso. Pues bien, en la expropiación urgente también se transfiere la propiedad con la ocupación de los bienes expropiados, si bien en este supuesto el expropiado, como hemos dicho, no recibe antes de la ocupación el justiprecio sino el «depósito previo a la ocupación», es decir, efectuado el depósito previo y pagada o consignada la indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien (art. 52.6 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Por último, tal y como recuerda la STSJ de Andalucía de 15 de diciembre de 2008 citada, si bien el acta de ocupación

tiene naturaleza formal, constituye un elemento de garantía tanto para el expropiante, en cuanto le permite el acceso al Registro de la Propiedad respecto a su titularidad, como para el expropiado. Ahora bien, la ausencia de la extensión del acta de ocupación no constituye un requisito invalidante por cuanto no afecta a los derechos o garantías esenciales del expropiado, a diferencia del previo pago, que sin embargo sí se ha producido mediante su consignación judicial.

Para acabar con esta cuestión, señalar que la expropiada pudo exigir la extensión del acta de ocupación acudiendo al recurso contra la inactividad de la Administración recogido

en el artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa, porque la Administración estaba obligada a actuar en virtud de «disposición legal».

B) Posibles consecuencias:

#### *Invalidez de la segunda expropiación.*

Por tanto, existió una doble expropiación forzosa sobre la misma finca lo cual provocó que la segunda fuera nula de pleno derecho a tenor de lo previsto en el art.47.1 c) por ser un acto de contenido imposible. No se podía expropiar lo que ya lo estaba. No puede pretender la Administración adquirir la propiedad de algo que ya le pertenece mediante una expropiación forzosa o por cualquier otro título.

#### *Revisión de oficio de la segunda expropiación.*

Por la vía del artículo 107.1 de la Ley 39/2015, LPAC. Exige el previo dictamen favorable del Consejo de Estado y la audiencia de los interesados. Debe hacerlo por propia iniciativa, pero si no lo hace, cabe solicitud de interesado, que sería la primitiva expropiada, porque, pese a que demuestra muy mala fe con posterioridad vendiendo una propiedad que ya no era suya, pero esto no le hace perder el interés de que se ultimen los pasos que quedaron pendiente del procedimiento de expropiación (extender el acta de ocupación y proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad). También tendría esta condición el adquirente posterior de la finca por contrato de compraventa realizado con la primitiva expropiada, pues no cabe duda de que tiene interés en que la situación de inseguridad jurídica creada finalice, pues se aclararán mejor sus derechos.

Como la Administración expropiante fue la Administración General del Estado, según el artículo 111 b) de la Ley 39/2015 será competente el ministro o el secretario de estado para la revisión de oficio.

#### *Tramitación de urgencia de la segunda expropiación.*

El procedimiento de expropiación por vía de urgencia se encuentra regulado en el artículo 52 de la LEF que señala que de forma «excepcional» y mediante acuerdo del Consejo de Ministros (la referencia deberá entenderse hecha a las autoridades competentes cuando el expropiante no sea la Administración General del Estado), «podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada». En el expediente deberá figurar, necesariamente, la oportuna retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en la ley.

La declaración deberá estar debidamente motivada y con exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican la urgencia, y deben hacer referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras que se determina, así como el resultado de la información pública en la que por imposición legal o, en su defecto, por plazo de 15 días, se haya oído a los afectados por la expropiación de que se trate (art. 56 del Reglamento de la LEF).

Por su parte, el apartado 2 del artículo 56 del Reglamento de la LEF establece que

en estos casos no será procedente recurso alguno, pero los interesados, una vez publicada la relación y hasta el momento del levantamiento del acta previa podrán formular por escrito ante el Organismo expropiante, alegaciones a los solos efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación.

A este respecto hay que decir que, pese a haber sentencias que, siguiendo el literal de la norma, entienden que la declaración de urgente ocupación no es impugnable, pero, a la vista del artículo 24 de la Constitución, que recoge como derecho fundamental la tutela judicial efectiva, no parece que tenga fundamento el criterio de que la declaración de urgencia no sea recurrible, porque, además, esas alegaciones que permite el precepto transcrito tan solo lo son, a los efectos de «subsanar posibles errores que se hayan padecido al relacionar los bienes afectados por la urgente ocupación», pero no para denunciar otras infracciones del ordenamiento jurídico.

En este caso, la Administración alega como causa para la urgente expropiación «con el fin de proceder a la construcción de un colegio público en la localidad de Los Catañales dada la demanda existente para impartir la educación secundaria posobligatoria, en concreto el bachillerato». Teniendo en cuenta que todo vino provocado por un incorrecto proceder de la Administración, que al no extender el Acta de ocupación y pago retrasó mucho tiempo la construcción, no parece, en principio, que concurra la urgencia legalmente exigida, entre otras razones porque la urgencia ha sido culpa de la Administración. Además esa importante demanda de nuevos alumnos ya se sabía cuando la primera expropiación, y nada hizo para remediarla.

Por otra parte, es contradictorio que, en la primera expropiación no tuviera prisa alguna en extender el acta de ocupación y pago, diciendo que ya no le interesaba la finca en cuestión y, ahora, en esta segunda expropiación, aplique las reglas restrictivas del procedimiento de urgencia donde se ocupa antes del pago del justo precio.

*Responsabilidad del causante de que no se extendiera el acta de ocupación.*

Sabemos que el procedimiento de expropiación lo tramita el delegado del Gobierno, que es el que debe velar porque todos los trámites se cumplan con independencia de que, materialmente, no le corresponda a él realizar las funciones materiales de remitir escritos

del procedimiento a quien corresponda. El responsable de ello será el servicio u oficina correspondientes, cuyo funcionario o funcionarios han incurrido en al menos una negligencia grave exigible, al menos, por vía disciplinaria. La falta disciplinaria puede ir de muy grave (art. 45.2 del RD 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público) a grave o leve (RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

Cabría, igualmente, la posibilidad de responsabilidad penal (si se acredita la comisión de un delito. En este caso se paralizaría, en su caso, el expediente disciplinario a la espera de la sentencia, porque si es condenatoria, ya no cabría la responsabilidad disciplinaria, para no infringir el principio de «no concurrencia de sanciones» o *non bis in idem*) o civil, si se acreditan daños y perjuicios por esta conducta negligente de la Administración).

#### *Responsabilidad penal de doña Juana.*

En principio parece claro que ha vendido lo que ya no le correspondía, porque se le había expropiado y se le había pagado, luego no puede alegar falta de mala fe o desconocimiento de que lo que hacía no era legal. Puede haber delito de estafa u otro. Por ello, la Administración o el estafado deben presentar la oportuna denuncia o querrela por esta actuación.

Por supuesto, también sería posible, en lugar de la vía penal, que el comprador de esta señora planteara un juicio declarativo en reclamación de lo abonado por la finca, intereses y daños y perjuicios.

#### *Devolución de don Fernando de los 300.000 euros recibidos en concepto de justiprecio por la segunda expropiación.*

Señala el relato de hechos que se le pagó el justiprecio de la segunda expropiación, pero ya dijimos que esta expropiación es nula de pleno derecho y hay que revisarla de oficio. Así pues, una vez anulada procede que don Fernando devuelva lo recibido.

#### *Posible responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Por supuesto, debe acreditar los daños y perjuicios causados con la segunda expropiación con independencia de los 300.000 euros que se le abonaron en concepto de justiprecio. Pudieran ser la imposibilidad de negocio traslativo de la finca a terceros ya prevista, deterioro de la misma, etc.

No cabe duda de que la actuación administrativa, no extendiendo, oportunamente, el acta de ocupación y pago, provocó la posibilidad legal de la segunda venta, contando, por supuesto, con la anuencia de la presunta delincuente, que sabía que no era ya suya y no le importó venderla, lo que nos lleva a que se produjera un funcionamiento «anormal» de los

servicios públicos, que legitimaría a don Fernando Pérez López a ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, porque parecen concurrir todos los requisitos para ello:

- a) Legitimación. La tiene, al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, LPAC, pues es interesado o titular de un derecho o interés legítimo, toda vez que ha sufrido un perjuicio económico por la actuación administrativa contraria a derecho.
- b) Plazo. Dependería de cuándo finalizara el procedimiento de revisión de oficio de la primera expropiación, por ser nula, y de su notificación a don Fernando. A partir de ese plazo, dispondría de un año para reclamar.
- b) Daño efectivo y evaluable económicamente. Pagó 300.000 euros por la venta de la fina no ajustada a derecho.
- d) Anormal funcionamiento del servicio público. La causa de todo lo sucedido fue que la Administración no extendió el acta de ocupación y pago y no lo remitió al Registro de la Propiedad número 1 para inscribir la nueva titularidad.
- e) Antijuricidad. No tiene el deber de soportar el perjuicio causado.
- f) Relación de causalidad. Todo se debió a la inactividad administrativa inicial señalada, sin que la conducta de la primitivamente expropiada rompa, al menos totalmente, esa relación de causalidad. En todo caso, podría admitirse una concurrencia de culpas que repercutiría sobre quién debe afrontar la indemnización.

*Repetición contra el o los funcionarios o personal causante de la falta de extensión del acta de pago ocupación y su remisión al registro de la propiedad.*

En virtud del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, LRJSP, que señala que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Esto es para el caso de que se hubiere pagado algo en este concepto a don Fernando. Aquí debe incluirse al delegado del Gobierno como responsable final del procedimiento expropiatorio.

3. ¿Era viable la construcción por el propio organismo autónomo del colegio por razones de «eficacia»? ¿Qué le informaría a la presidenta respecto a si era viable, jurídicamente, que la comunidad autónoma encargue la gestión del contrato al organismo autónomo?

A) Es el artículo 30.1 de la LCSP el que señala que:

La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración pública, ya sea empleando exclusivamente medios propios no personificados o con

la colaboración de empresarios particulares cuando concorra alguna de estas circunstancias: b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.

En el caso, el argumento que da el organismo autónomo para la ejecución directa es, literalmente, «por razones, de mayor eficacia». En sentido estricto no aparece dicha causa entre las enumeradas en el artículo 30.1 del LCSP para justificar la ejecución directa de las obras. Es un concepto, el utilizado por el órgano de contratación, indeterminado que, de por sí, no justifica la ejecución directa pretendida. Debe concretarse y motivarse.

B) Respecto al encargo de la «gestión del contrato», si entendemos que le pide que ejecute por sí mismo el contrato, la respuesta debe ser negativa porque sería una encomienda de gestión, pues el artículo 11.1 de la LRJSP señala que:

La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta.

Además, el artículo 47.1 de la LRJSP señala que «los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

De admitirse se dejaría, en cierto modo, sin contenido a la Ley 9/2017, LCSP, pues las Administraciones podrían evitar su aplicación cuando les interesara.

Ahora bien, si se refiere a que el organismo autónomo gestione todo lo preciso para la tramitación del expediente de contratación y la adjudicación del contrato, actuando, en suma como órgano de contratación, sí sería viable utilizando la figura de la delegación del artículo 9 de la Ley 40/2015 que señala:

1. Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma

Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los Organismos públicos o Entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de aquellas.

En el ámbito de la Administración General del Estado, la delegación de competencias deberá ser aprobada previamente por el órgano ministerial de quien dependa el órgano delegante y en el caso de los Organismos públicos o Entidades vinculados o dependientes, por el órgano máximo de dirección, de acuerdo con sus normas de creación. Cuando se trate de órganos no relacionados jerárquicamente será necesaria la aprobación previa del superior común si ambos pertenecen al mismo Ministerio, o del órgano superior de quien dependa el órgano delegado, si el delegante y el delegado pertenecen a diferentes Ministerios.

Asimismo, los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en sus Organismos públicos y Entidades vinculados o dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión. La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo público o Entidad vinculado o dependiente.

Por otra parte, respecto a la posibilidad de encargos a medios propios personificados o «sistemas de cooperación vertical», en terminología de la LCSP (arts. 32 y 33), se está haciendo referencia a una de las técnicas de gestión administrativa de gran repercusión práctica, no exenta de polémica, que ha alcanzado unos niveles en su utilización que ha suscitado el interés de la doctrina administrativa y de los órganos externos de control y de tutela de la competencia (Tribunal de Cuentas y Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), habida cuenta de que se empleaba como una vía de escape a la aplicación de la normativa pública de contratos, o porque se pensaba que con ella se pudiera llegar a falsear la libre competencia de mercado, favoreciendo prácticas cuasimonopolísticas de Estado.

De ahí que la LCSP de 2017 haya establecido una más estricta regulación de los encargos a medios propios personificados (sistema de autoprovisión administrativa [Gimeno Feliú], conformándose un uso más restrictivo de los mismos al incorporar, de forma expresa, el nuevo marco normativo comunitario [Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE]), que ha convertido en prosa legal la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en esta materia, que ha ido definiendo los requisitos que deben concurrir, de forma acumulativa, para que una entidad pueda ser considerada medio propio, cuya pérdida sobrevinida de alguno de ellos supondrá la pérdida de tal condición y la imposibilidad de hacerle más encargos, sin perjuicio de la conclusión de los que estén en fase de ejecución.

A través de estas relaciones de cooperación vertical, las diferentes entidades del sector público, siempre –insisto– que se cumplan toda una serie de requisitos, pueden encar-

gar, en el ejercicio de su potestad de autoorganización (Sosa Wagner), la realización de determinadas prestaciones contractuales (propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios) a sus propios medios personificados (art. 31.1.a LCSP), incluyéndose en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, pese a que las directivas comunitarias de contratación pública que transpone los consideran negocios excluidos, resultando aquella regulación estatal sustantiva y básica (salvo el art. 32.6.c LCSP, según dispone la disposición final primera LCSP), aplicable, por tanto, a todo el sector público.

El artículo 32.1 de la LCSP señala que

los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes, y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Su número 2 recoge todos los requisitos precisos para que se pueda considerar medio propio personificado. Pero no parece el caso.

4. ¿Qué se le informará a la presidenta del organismo autónomo sobre las consecuencias de la huelga respecto al contrato celebrado?

El Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 1/2006, de 25 de febrero, de pronunció sobre esta cuestión y ha tenido en cuenta el mismo para resolver esta pregunta.

Consecuencias de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato, específicamente en el régimen de pagos. En todo contrato administrativo se derivan obligaciones para ambas partes, Administración y contratista. Fundamentalmente al contratista le corresponde realizar las prestaciones objeto del contrato y a la Administración abonar el precio pactado. La inobservancia o defectuoso cumplimiento de estas obligaciones determinan, *a priori*, un incumplimiento contractual. Sin embargo, el supuesto en el que la falta de prestación del servicio se debe a los paros y jornadas de huelga llevados a cabo por los trabajadores de la empresa adjudicataria no puede constituir un incumplimiento contractual, pues, como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009, la falta

de cumplimiento no es imputable al contratista, sino a los trabajadores. Y, por otra parte, la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente, y siempre que se ejercite dentro de los cauces legalmente establecidos, no puede derivarse una acción de responsabilidad contra los trabajadores. Aunque no exista incumplimiento contractual por el contratista, hay que tener en cuenta que el artículo 197 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, al establecer: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 239, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de celebración entre el sector público y el sector privado». Y aunque este principio tiene excepciones, las consecuencias de la huelga no deben ser soportadas por la Administración contratante, sino por el contratista, ya que debe considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, entre otras las de 21 de enero de 1983 y 20 de junio de 1988, considera que la huelga siempre que se haya desenvuelto ordenadamente y se hayan cumplido los servicios mínimos fijados por la autoridad competente es propia del giro de la empresa. La huelga no es supuesto de fuerza mayor a los efectos de exceptuar la aplicación del principio de riesgo y ventura en el cumplimiento del contrato, sino que se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, adoptando las medidas de previsión oportunas.

En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, como el 14/2010, de 11 de marzo.

Por ello, la Administración contratante no está obligada al pago de los servicios dejados de realizar, sino que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de la huelga, dejando de percibir las cantidades correspondientes a los servicios no prestados, así como los derivados del establecimiento de los servicios mínimos, si han tenido que cubrirse por la Administración.

La consideración de la huelga como perteneciente a las áreas del riesgo empresarial lleva incluso a considerar que no impide la aplicación de la resolución del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 250/2012, de 30 de mayo de 2012).

Entrando en el método de cálculo de las cantidades que deben detrarse de los pagos al contratista como consecuencia de la huelga, la primera consideración es que habrá que estar a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas, en caso de que haya una previsión específica. De no ser así, será al órgano de contratación al que le corresponda valorar las deducciones derivadas de la falta de prestación del servicio, atendiendo a las condiciones del mismo. La Junta Consultiva del Estado, en el informe antes citado, referido a un contrato de gestión de servicio público de recogida de basuras, considera que la Administración no está obligada a pagar la parte correspondiente a los salarios que no ha satisfecho el contratista,

pero sí a abonar el importe de los gastos generales imputables a la prestación del servicio. Y basa su criterio en la interdicción del enriquecimiento injusto, por lo que entiende que en los pagos habrá que deducir «el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga», porque de otra manera habría un enriquecimiento injusto para el contratista.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente aplica un criterio más amplio, que atiende a las características de cada contrato. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 51/2012, de 9 de febrero, relativa a un contrato de gestión de servicio público de estacionamiento regulado en las vías públicas, confirma la sentencia de instancia, que considera que aunque en la prestación del servicio no solo existen costes de personal para el adjudicatario, sino que hay amortización de parquímetros y de equipos informáticos, gastos financieros, costes varios, gastos generales y beneficio industrial, y que con motivo de la huelga el único coste que no soportó la empresa adjudicataria fueron los costes de personal, queda acreditado que durante la huelga se produjo un cese total de servicio, y que aunque existen una serie de prestaciones accesorias o instrumentales que facilitan o completan las prestaciones principales, en ningún caso pueden considerarse desligadas o independientes. El tribunal concluye que corresponde detraer completa la contraprestación del servicio por los días de huelga.

Por tanto, en los supuestos de paros parciales y huelga de los trabajadores adscritos al contrato, la Administración debe deducir de los pagos las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar por el contratista. En todo caso, será necesario que el órgano de contratación tramite el oportuno procedimiento administrativo, tal y como exige el artículo 191 de la LCSP, y que si existe oposición del contratista se solicite el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o consultivo de la comunidad autónoma.

Conclusión: Las consecuencias económicas de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato de servicios corresponde soportarlas al contratista. La Administración detraerá las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar, previa tramitación de un expediente, conforme al artículo 191 del LCSP.

Por supuesto sí supone incumplimiento de obligaciones esenciales, porque así se recoge en los pliegos que sería causa de resolución del contrato, pues el artículo 211.1 f) de la LCSP establece que es causa de resolución:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Si hay resolución por esta causa, podría incautarse la garantía definitiva prestada por el contratista.

Otro efecto que podría producir es, según el artículo 195.2 de la LCSP, una prórroga, pues señala dicho apartado:

Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

5. ¿La Administración debe informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público? ¿De quién es la responsabilidad en caso de incumplimiento de lo anterior y cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal?

A) Ninguna duda hay en la actualidad sobre la obligación de informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público.

Aunque la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/1999, de 30 de junio, entendía que

la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Sin embargo, este criterio tuvo que ser matizado y la misma Junta en el Informe 33/2002, de 23 de octubre, señaló:

La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 59 de la Ley.

Posteriormente, el artículo 130 de la LCSP dio rango legal a la necesidad de que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo:

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. 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.

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión, indicando que:

- a) Los pliegos que rigen la licitación, o la documentación complementaria, deben especificar con la suficiente precisión y exactitud todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.
- b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP –hoy 130 LCSP– y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación, el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, cons-

tar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

La información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos.

B) Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el tribunal dice:

La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.

Y concluye:

a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual solo puede ser responsabilidad de este sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente, y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente, y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es «completa».

Conclusión: La obligación de informar sobre los costes laborales de la subrogación recae en el órgano de contratación, quien deberá recabarla de los actuales adjudicatarios. La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario solo puede ser responsabilidad de este, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla.

Sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente.

El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de suministrar esta información puede dar lugar a aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el incumplimiento del contrato y posible resolución del mismo.

6. Informe sobre la reclamación planteada por el titular de la finca colindante a aquella en que se realizaban las obras y la contestación de la Administración.

Con respecto al recurso de la sociedad anónima, titular de la firma, el recurso no será admitido por falta de legitimación, pues no es titular de ningún derecho o interés legítimo que sea susceptible de protección, ya que el relato de hechos señala que los únicos daños en la finca por la rotura de la tubería fue la pérdida de la cosecha que sufrió la sociedad arrendataria.

A continuación debemos señalar es que la exigencia de indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, es viable, toda vez que aunque el artículo 196.1 de la Ley 9/2017, LCSP, señala que «será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» y el artículo 197 establece el principio de riesgo y ventura del contratista señalando que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239», el apartado 2 del artículo 196 señala que «cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación». Al señalar el relato de hechos que la contratista ejecutaba el contrato «ateniéndose a lo prescrito en el Proyecto de Obras realizado por el propio Organismo Autónomo», es claro que la responsabilidad es de la Administración

Por otra parte, la sociedad estaba obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, cosa que no hizo, sino que presentó su solicitud, de forma personal el último día y a última hora en el Registro de la Administración, por lo que podría plantarse la duda respecto a la interpretación del artículo 14.2, que señala:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>, ha admitido por sentencia de 18 de diciembre de 2020 el recurso de casación número 1928/2020, señalando que por lo que concierne al interés casacional que es, en entre otros extremos, clarificar, de un lado, la vigencia de las normas aplicadas y, de otro, la forma en que debe actuar la Administración cuando se incumple la obligación de relacionarse electrónicamente con ella y las consecuencias de tal incumplimiento en relación con la interpretación de los artículos 68.4 y 14.2 de la LPAC, por lo que habrá que esperar la sentencia para saber la doctrina que se fija la respecto.

Caben dos interpretaciones posibles, según la doctrina:

A) Favorable al interesado.

Cuando el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 dice que se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, añade al inicio de la frase otra que la puntualiza, «a estos efectos». Si leemos la frase anterior, cuando dice «a estos efectos» se está refiriendo a la presentación electrónica, con lo que uniendo ambas frases nos encontramos con que lo que quiere decir el artículo es que a los efectos de la presentación electrónica, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación, que es cuando realmente se produce la presentación electrónica y no antes, cuando la misma no se había realizado.

Esto tiene sentido por cuanto el artículo 31.2 c) de la Ley 39/2015 nos dice que «el inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones Públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u Organismo».

Dentro de estos plazos que han de cumplir las Administraciones públicas destaca el plazo máximo para resolver y notificar la resolución. Si acudimos al artículo 21 de la Ley 39/2015, vemos que al igual que se hacía en la Ley 30/1992, se establece la obligación de dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación, y a hacerlo en el plazo máximo fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (si no dice nada, serán tres meses). En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, este plazo se contará desde la fecha en que dicha solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración y organismo competente para su tramitación (art. 21.3.b).

Si unimos lo dispuesto en los artículos 21.3 b), 31.2 c) y 68.4 de la Ley 39/2015 y aplicamos los mismos criterios que la jurisprudencia había sentado sobre el diferente alcance retroactivo de la subsanación de las solicitudes defectuosas para la Administración y para el ciudadano, nos encontramos con que la interpretación integrada más acorde con el principio *pro actione*, el carácter antiformalista del procedimiento administrativo y que más protege al contribuyente, es la siguiente: cuando el inciso final del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a que se considerará como fecha de presentación electrónica de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación electrónica, en realidad se está refiriendo a los efectos del inicio del cómputo de los plazos que han de cumplir las Administraciones públicas (art. 31.2.c), incluido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla (art. 21.3.b), pero no a los efectos de que no valga como fecha de presentación a los efectos de conservación de derechos de la presentación defectuosa «en papel».

Por otra parte, es verdad que el mismo problema se podría plantear en las presentaciones en persona en los registros de las Administraciones, es decir, que su solicitud o insuficiencia de documentación sea subsanable, lo sepa y, pese a ello, intencionadamente lo presenta el último día de plazo, otorgándosele por la Administración, posteriormente, un plazo para subsanar. Así se he hecho siempre sin plantearse cuál era la voluntad del solicitante.

B) Desfavorable al interesado.

El artículo 68.4 de la Ley 39/2015 es tajante, claro e imperativo:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Los términos tajantes no dejan espacio para interpretar lo que es claro e inequívoco. No caben interpretaciones *contra legem*. La interpretación antiformalista, *pro actione* o pro administrado, solo juega dentro del margen de flexibilidad de la ley.

Toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo».

En efecto, el supuesto del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a los casos de los artículos 14.2 y 14.3, o sea, supuestos de personas que están obligadas por ley a comunicarse electrónicamente (personas jurídicas, empleados públicos, etc.), y además que tienen obligación de saberlo, de manera que si a sabiendas o por negligencia, y recordemos que «la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento» presentan su solicitud de forma «pre-

sencial» no pueden beneficiarse de su torpeza para obtener el valioso regalo de un aplazamiento de plazo hasta que lo subsanen. O sea, un beneficio del que no han disfrutado los que sí han presentado electrónicamente en tiempo su solicitud.

En resumidas cuentas, toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo» (por ejemplo, la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial se solicita por escrito a los seis meses y la subsanación por cauce electrónico tiene lugar dentro del séptimo mes, esto es, dentro del año de plazo máximo), pero a donde no alcanza ni debe alcanzar la subsanación es a reabrir un plazo material de acreditación del derecho. En estos casos, la reclamación sería extemporánea porque la presenta en el último momento de plazo del año de prescripción, de manera que la subsanación que le pueda requerir el ayuntamiento se hará a partir del día 5 de mayo, luego pasado ya el plazo.

No hay que olvidar otro extremo que señala el relato de hechos cuando dice literalmente que la contratista era «una sociedad anónima cuyo objeto social era la construcción de obras y que, por ello, participaba, con frecuencia, en procedimientos de contratación y subvenciones otorgadas por las distintas Administraciones Públicas», por tanto, quiere decirse que conocía perfectamente el deber que tenía de relacionarse con la Administración, por lo que hacer la presentación de forma personal y el último día de plazo y a última hora equivaldría a que, obrando de mala fe, pretendía obtener, implícitamente, un privilegio, consistente en suplemento o prórroga del plazo, que rompería el principio de igualdad en la contratación.

De manera que caben las dos interpretaciones en estos momentos en espera de la sentencia del Tribunal Supremo.

Si se admitiera la segunda interpretación, el recurso contencioso-administrativo planteado se resolverá por auto del juzgado de lo contencioso-administrativo (art. 8 LJCA), no admitiéndose conforme al artículo 51.1 d) de la LJCA, que prevé la no admisión del escrito de recurso por haber caducado el plazo de interposición del recurso.

Por tanto, creo que no hay espacio para interpretar lo que está claro e inequívoco. No caben interpretaciones *contra legem*. La interpretación antiformalista, *pro actione* o pro administrado, solo juegan dentro del margen de flexibilidad de la ley. Podremos ser imaginativos para interpretar textos legales, pero no para forzar y retorcer su letra para que «donde dije digo, digo Diego» (y lo de Diego es un amable guiño para Diego Gómez). Si no nos gusta la clara voluntad legal, pues tendremos que esperar un cambio de criterio expreso del legislador o una sentencia del Constitucional declarando su inconstitucionalidad.

Sin embargo, creo que la ley sigue un criterio lógico y razonable.

El supuesto del artículo 68.4 de la Ley 39/2015 se refiere a los casos de los artículos 14.2 y 14.3, o sea, supuestos de personas que están obligadas por ley a comunicarse electrónicamente.

nicamente (personas jurídicas, empleados públicos, etc.), y además que tienen obligación de saberlo, de manera que si a sabiendas (o por negligencia, y recordemos que «la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento») presentan su solicitud de forma «presencial», no pueden beneficiarse de su torpeza para obtener el valioso regalo de un aplazamiento de plazo hasta que lo subsanen. O sea, un beneficio del que no han disfrutado los que sí han presentado electrónicamente en tiempo su solicitud.

Imaginemos algunos supuestos que a mi juicio explican el tenor y voluntad legal:

- Basta imaginar un procedimiento de acreditación de requisitos, o en que debe presentarse una memoria o trabajo; unos correrán para cumplir el plazo electrónico y otros presentarán una solicitud electrónica sin aportar memoria alguna, y estos disfrutarán de una prórroga.
- O un procedimiento competitivo, no tanto porque la prioridad en solicitar la subvención determine su obtención, sino un sencillo procedimiento competitivo de concurso de provisión de puestos de trabajo o convocatoria de becas, etc. La igualdad de fecha de preclusión de méritos se impone. Mismas reglas para todos.
- O imaginemos un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial que desean plantear dos siniestrados que iban en moto, al caer en un socavón en la vía pública. Uno de ellos hace los deberes y acopio de pruebas y documentación y la aporta el último día del año de plazo para reclamar, y el otro ese último día del año solamente formula la reclamación y no aporta nada de nada; aunque no es un procedimiento competitivo, este último ha disfrutado de las oportunidades y estrategias que autoriza una prórroga del plazo, que se extenderá hasta la subsanación.
- También debemos tener en cuenta no solo el interés del particular, sino el interés objetivo de la administración en que los plazos se cumplan, porque los procedimientos tienen que terminarse en plazo por razones objetivas de gestión pública: presupuestarias, cumplir objetivos, unificar criterios, aplicación de la misma norma al mismo caso, etc. Pues bien, importa que si hay un plazo, se cumpla en los términos predeterminados, y no que quede la administración y sus funcionarios a expensas de plazos «asimétricos» derivados de la mayor o menor diligencia del particular. Si se me permite la licencia, la Administración es un padre que quiere a sus hijos sentados a comer a la misma hora, sin que cada uno se siente cuando le plazca.

En resumidas cuentas, toda subsanación presupone un error del interesado, y debe brindarse la misma y tiene juego y utilidad cuando se subsana «dentro del plazo» (por ejemplo, la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial se solicita a los seis meses y la subsanación tiene lugar dentro del séptimo mes, esto es, dentro del año de plazo máximo), pero a donde no alcanza ni debe alcanzar la subsanación es a reabrir

un plazo material de acreditación del derecho, ni a ofrecer una situación de ventaja en procedimientos competitivos ni a convertir un plazo formal uniforme y predeterminado en un plazo flexible y a la carta.

Por eso parece que el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 cobra sentido en su literalidad y voluntad.

La decisión de inadmisión de la oferta de la recurrente es ajustada a Derecho porque su presentación en papel, aun dentro de plazo, infringe la exigencia de presentación electrónica impuesta para todos los licitadores en el PCAP. Lo contrario implicaría, además de una clara contravención del Pliego, un injustificado trato de favor a favor de la empresa recurrente y una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en los que se fundamenta la contratación pública. (Resolución 1023/2018).

Pero ¿cuándo se admite la excepción?. El criterio que hemos expresado del TACRC, más o menos uniforme, ha sido el seguido en las resoluciones más recientes del propio TACRC y de otros tribunales de contratación.

No obstante, en ocasiones se ha visto alterado, como en la Resolución del TACRC 931/2018, de 11 de octubre, aceptando la justificación de la excepción por la falta de medios electrónicos:

La imposibilidad material de utilización de este tipo de medios ha quedado comprobada por el hecho de que el Gobierno de Murcia, que es el competente para la implantación de sistemas electrónicos en los municipios de menos de 20.000 habitantes, como es el del órgano de contratación que no llega a los 7.000 habitantes, todavía no ha conseguido implantar el sistema en el municipio de Lorquí, así como en otros de la Comunidad, lo que supone una imposibilidad material de aplicación del procedimiento electrónico encuadrable dentro del Apartado c) de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> de la LCSP, pues se trata, a fin de cuentas, de un supuesto en el que los equipos ofimáticos especializados para su implantación no están «generalmente disponibles» entre los órganos de contratación de la C.A. de la Región de Murcia, por lo que no resulta exigible la tramitación por medios electrónicos. A lo que se debe añadir además que dicha carencia no perjudica en absoluto a la recurrente ni a los restantes licitadores, que podrán siempre presentar sus ofertas de forma presencial, no lesionándose por tanto derecho alguno de los licitadores».

También en la misma línea, más recientemente, la Resolución 278/2019 de 10 de septiembre del TARC andaluz desestima como causa de impugnación el que los pliegos prevean la presentación en papel, al considerar suficientemente motivada en el expediente tal circunstancia:

No obstante, ha de tenerse en cuenta que en la resolución de inicio del expediente que obra en las actuaciones se hace también mención a la exclusión de la utilización de medios electrónicos para la presentación de ofertas «al no estar culminados los cambios tecnológicos del Gestor de Expedientes de Contratación ni su integración con la Plataforma de Contratación del Sector Público [...]», especificándose en el informe al recurso que dicha implantación, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades adscritas, corresponde a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía y que actualmente está en proceso de ejecución un expediente a tal fin.

7. Realice el informe jurídico sobre la concurrencia o no de causa de incompatibilidad en el caso de que se acaba designado al Sr. XXX como jefe de servicio.

La STSJ de Castilla y Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 277/2016, de 23 de febrero, señaló al respecto que se estima probado que el funcionario nombrado mediante libre designación como jefe de servicio, donde se encuentra su mujer como jefe de sección, genera un conflicto de intereses que no se resuelve con la abstención, siendo incompatible el nombramiento.

Ciertamente, no existe ninguna norma concreta que prevea la específica incompatibilidad analizada, frente a lo que ocurre en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, como es respecto a los componentes del Poder Judicial, que está prevista en el artículo 346 de la ley orgánica, que incompatibiliza que los jueces y magistrados puedan pertenecer a una misma sala de un tribunal si están unidos por vínculo matrimonial. Sin embargo, ello no quiere decir que, aun no existiendo tal previsión expresa, en aplicación de los criterios generales definitorios de la situación de incompatibilidad recogidos en la normativa de aplicación, no existan posibles supuestos en los que, pese a la falta de previsión expresa de norma concreta, se pueda incurrir en causa de incompatibilidad.

Es ello así porque de lo previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas, deriva un deber general de que se garantice la imparcialidad en la actuación del funcionario, lo que es trasunto de lo establecido en el artículo 103 de la Constitución española, que claramente establece este deber de imparcialidad en la actuación del funcionario. El artículo 1.3 de dicha ley es del siguiente tenor literal:

En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Este deber de actuación imparcial del funcionario se concreta en el artículo 52 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se expresan deberes de los empleados públicos, estableciendo un código de conducta, expresando el precepto lo siguiente:

Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, [...] imparcialidad.

En el artículo 53 se contienen los principios éticos, estableciendo:

1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.
2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

Atendiendo al genérico deber de objetividad en la actuación administrativa que impone nuestra Constitución en su artículo 103, el empleado público está sometido a los principios de imparcialidad y neutralidad, al objeto de garantizar un adecuado ejercicio de la función administrativa y por tanto de la legalidad y acierto de las decisiones que puedan adoptarse. No es posible admitir ningún tipo de conducta pública guiada por intereses personales.

Por ello, una de las primeras y más básicas obligaciones del empleado público es abstenerse de intervenir en todo procedimiento en el que pueda existir un conflicto entre el interés general que representa la actuación administrativa que, bajo su responsabilidad, tiene encomendada y sus intereses particulares. En otras palabras, el empleado público procurará abstenerse de cualquier proceder arbitrario que, por cualquier motivo irrelevante para el interés general, afecte o pueda afectar de manera negativa a cualquier ciudadano o, por el contrario, suponga un trato de favor.

A tenor de las precedentes premisas, lo que se ha de analizar es si el nombramiento de un funcionario, cualquiera que sea el sistema de provisión, para un puesto de jefe de servicio, en el cual como dependiente del mismo se encuentra una jefatura de sección de la que es titular su esposa, entraña o puede entrañar en un sentido objetivo un conflicto de intere-

ses entre los públicos, cuya gestión le está encomendada al funcionario, y los de carácter privado, que pudieran comprometer la imparcialidad y la independencia de su actuación.

Como jurisprudencia sobre esta cuestión hemos de traer a colación la STS de 29 de junio de 2012, rec. núm. 60/2010, la cual expresa al respecto lo siguiente:

La finalidad de la incompatibilidad contenida en el artículo 393 de la LOPJ no es salvaguardar la imparcialidad del Juez en procesos concretos, ya que el mecanismo legalmente previsto para lograr ese objetivo es la institución de la abstención /recusación.

La principal finalidad de dicha incompatibilidad es otra: asegurar la imagen externa de imparcialidad que todo juez ha de ofrecer a la ciudadanía para que no quiebre la confianza social en la Administración de Justicia, que, como reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un elemento esencial del modelo de Estado de derecho; y debe añadirse, en esta línea, que lo pretendido con esa incompatibilidad es evitar la apariencia de la implicación del juez en conflictos de intereses.

Con las necesarias matizaciones por razón de la diferencia de supuestos contemplados, en cuanto que la sentencia citada se refiere a un supuesto de incompatibilidad de jueces y magistrados frente al estatuto propio de los funcionarios, se ha de entender que nos encontramos ante una situación análoga, de forma tal que con independencia de los concretos conflictos que pudieran solventarse a través de la abstención, lo que se ha de constatar es si el desempeño del puesto analizado de jefe de servicio puede comprometer la imagen externa de imparcialidad de una forma objetiva.

Aplicando las precedentes consideraciones al caso analizado, se ha de llegar a la conclusión, pese al carácter restrictivo de la interpretación de las situaciones de incompatibilidad –como se encarga de recordar la STS de 2 de noviembre de 2015, rec. núm. 826/2014–, de que existe dicha incompatibilidad para el desempeño del puesto analizado, en tanto que la cónyuge del funcionario nombrado ostente una jefatura de sección en el mismo servicio, y ello porque la actuación del funcionario que asume la función de jefatura va a entrañar una función de fiscalización permanente sobre determinadas actuaciones de la funcionaria jefe de sección, que es la esposa del mismo, que objetivamente genera un conflicto de intereses, real o potencial, que se ha de salvaguardar, incompatibilizando para el desempeño del puesto, como requisito para asegurar un desempeño objetivo e imparcial de la función pública, evitando una imagen de desconfianza en la actuación, todo lo cual es una garantía de un servicio fiel al interés público.

Así, efectivamente, se ha de entender que de toda la prueba practicada en el procedimiento de instancia a propuesta del demandante se desprende que existen actuaciones múltiples en que el funcionario nombrado como superior jerárquico debe fiscalizar la ac-

tuación de los jefes de sección, ya que estos asumen una posición de carácter jerárquico inmediatamente inferior a la de aquellos, lo que conlleva a que dicha fiscalización sea próxima e incluso de alguna forma asidua. Así se desprende de dicha prueba practicada, al existir firmas conjuntas de actas, visados de informes, otorgamiento del visto bueno de certificaciones de obras, aprobación de proyectos formulados por el jefe de sección, propuestas de vacaciones, etc.

Existe, por lo tanto, una relación permanente en la que el superior jerárquico dirige y fiscaliza la actuación de sus inmediatos inferiores, como es propio de una Administración jerarquizada, de forma tal que el conflicto de intereses que puede generarse no solo es genéricamente posible, sino que está claramente contrastado, en forma tal que este conflicto puede afectar a la imparcialidad del funcionario y, dada su continuidad, no puede superarse a través del instituto de la abstención previsto en el artículo 23 de la Ley 40/2015, LRJSP.

A tenor de los precedentes razonamientos, ha de concluirse que existe incompatibilidad según la situación fáctica existente para que el funcionario nombrado como jefe de servicio pueda desempeñar el mismo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 23, 24, 103 y 137.
- Ley Orgánica 2/2006, de educación, art. 6 bis.
- Ley de expropiación forzosa de 1954, arts. 52 y 53.
- Ley 53/1984 (incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas), art. 1.3.
- Ley 7/1985, de bases del régimen local, arts. 7.4, 25.2 y 27.3.
- Ley 29/1998, LJCA, arts. 8, 19.1, 29 y 51.1.
- Ley 39/2015 y normativa reglamentaria de desarrollo, arts. 4, 14.2, 21, 31, 68, 93, 107.1 y 111.
- Ley 40/2015, LRJSP, arts. 9, 11.1, 36.2 y 47.
- Ley 9/2017, LCSP, arts. 30.1, 31, 32, 33, 191, 195, 196.1 y 197.
- Real Decreto-Ley 5/2015, EBEP, arts. 45.2, 52 y 53.
- Reglamento de expropiación forzosa de 1957, arts. 55 y 56.

## El CEF.- celebra la XXXI edición del Premio Estudios Financieros en el Ateneo de Madrid

---

Un año más, el CEF.- Centro de Estudios Financieros ha celebrado el solemne acto de reconocimiento a los ganadores del Premio Estudios Financieros. En su XXXI edición, la ceremonia híbrida (presencial y por *streaming*) en el Ateneo de Madrid ha hecho entrega de los galardones a los 37 trabajos seleccionados del total de 157 presentados este año. La mayoría de los autores ganadores (29) están vinculados a la universidad. Del resto, 6 son profesionales en la empresa privada y 2 funcionarios de la Administración pública.

Encabezaron la mesa presidencial del acto los presidentes del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras y Arturo de las Heras. A su lado estuvieron, por un lado, el padrino de esta edición de los premios, el director de la Fundación para el Conocimiento Madrid+D, Federico Morán; y por otro, Santiago Durán, en calidad de representante de los jurados. Igualmente, el acto contó con la presencia del presidente de honor del Grupo Educativo, Roque de las Heras, fundador de los premios en 1990.



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA



Todos los premiados recibieron la felicitación de la mesa presidencial

Como recordaba Arancha de las Heras, los premios retomaron entonces el objetivo que ha buscado siempre la escuela de negocios, y posteriormente también la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA: «Tener buenos materiales para nuestros alumnos». Las revistas de la Editorial Centro de Estudios Financieros inicialmente sirvieron a este propósito. Pero pronto necesitaron de más profesionales para lograr esta meta.

Así, terminaron implicando a profesionales tanto del ámbito académico como empresarial y de la Administración, para terminar estableciendo uno de los premios «más prestigiosos» en la investigación en ciencias sociales. Con ellos, ante todo, se busca «no quedarnos en el plano teórico, sino que los trabajos puedan llevarse al mundo profesional», recalca.

## Universidad «mixta e internacional»

El padrino de esta 31.ª edición del certamen, Federico Morán, dedicó su discurso al futuro de la universidad. Según expuso, la educación superior afronta el reto de la ingente demanda que dificulta una atención de calidad. Las «fórmulas mixtas van a dominar buena parte de la oferta» para poder atender a los «nuevos perfiles formativos». Perfiles que responden a las necesidades de la sociedad y que, en muchos casos, apuntan a competencias que «aún no existen».



Federico Morán, padrino de esta edición del Premio

Esta situación requiere, como ha defendido, de una labor investigadora notable, además de por ser algo «inherente» a la universidad. Otra de las labores de mayor calado serían la formación en emprendimiento o la transferencia de conocimiento desde la empresa a la sociedad. Espacio, este último, en el que España tiene «todavía mucho por recorrer»; si bien a nivel investigador nuestro país es uno de los diez más importantes del mundo, matizó.

En definitiva, la universidad tendrá que abrirse a nuevos esquemas formativos, donde la oficialidad de un título no sea el elemento más reseñable. Por el contrario, habrá que desarrollar nuevas certificaciones que requieren las nuevas tecnologías, «y que no todas las universidades tienen». Por ello, el aspecto de internacionalidad es otro de los más importantes en la universidad del futuro, pues «harán más enriquecedora» la propia investigación, ha desgranado Morán.

## Mejorar la regulación en ciencias sociales

Por su parte, el representante de los jurados, Santiago Durán, ha valorado los premios por su capacidad para «reconocer y estimular» la labor investigadora. Además, ha querido subrayar especialmente la aplicación práctica en las ciencias sociales de los trabajos presentados, independientemente de ser o no ganadores.



Santiago Durán, representante de los jurados del Premio

Se trata de un rasgo «de inestimable valor para quienes nos dedicamos profesionalmente a ellas». Y ha añadido: «Es importante que os sintáis satisfechos por mejorar el marco regulatorio de las ciencias sociales»; un marco que «mejoran» solo por presentarse, pues identifican mejoras y cambios que el sistema necesita.

El presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, ha cerrado la jornada compartiendo el sentimiento de «alegría» al convertir los seudónimos de los autores en nombre conocidos del Grupo Educativo. Así, ha sido en el caso de la profesora de la UDIMA, Concha Burgos, quien ha obtenido el primer premio en la modalidad de Contabilidad junto con el también profesor Javier Romano, por su trabajo «La contabilidad del beneficio residual». «Os recomiendo que os sigáis presentando, pues el prestigio final [de los premios] es gracias a vuestro esfuerzo», dijo Arturo de las Heras.

Presentó el solemne acto el director de Comunicación, Luis Miguel Belda.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-



Foto de familia de la XXXI edición del Premio Estudios Financieros

*Alberto Orellana*

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)



## Acto de Graduación de la UDIMA y el CEF.- y Reconocimiento a los Opositores

### Madrid

De nuevo en persona, y en un escenario a la altura del esfuerzo realizado por los estudiantes y profesores en los últimos dos años académicos, marcados por la pandemia, el Grupo Educativo CEF.- UDIMA celebró el Solemne Acto de Graduación de sus alumnos de grados y másteres, así como el acto de Reconocimiento a los Opositores. El clásico *Gaudeamus igitur* sonaba en esta ocasión en el estadio Wanda Metropolitano de Madrid para reconocer a los egresados, posgraduados y opositores de los cursos 2019-2020 y 2020-2021.



Comitiva de los doctores universitarios

Estudios Financieros, Arturo de las Heras; el director general de Universidades de la Comunidad de Madrid y padrino de la promoción, Ricardo Díaz; el director general del CEF.-, Emilio Rivas, y la rectora de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, Concha Burgos, quien dirigió el evento, con Luis Miguel Belda, director de Comunicación de la entidad académica, como maestro de ceremonias.

La rectora Concha Burgos inició la jornada apelando a la «satisfacción de haber contribuido a ampliar

La mesa presidencial del grupo educativo la formaron la presidenta de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, Arancha de las Heras; el presidente del CEF.- Centro de



Mesa presidencial del acto de graduación



Los alumnos ocuparon las gradas del estadio Wanda Metropolitano

«Pese a las dificultades habéis demostrado resiliencia, que os ayudará frente a las próximas adversidades en vuestra carrera profesional», concedía la rectora. También recordó «con cariño» a los estudiantes de las Islas Canarias, en especial a los de La Palma, a quienes mandó un mensaje de ánimo ante «los difíciles momentos que están atravesando».



Concha Burgos, rectora de la UDIMA

## Ser felices trabajando



Ricardo Díaz, director general de Universidades de la Comunidad de Madrid

La lección magistral corrió a cargo del profesor de la Universidad UDIMA hasta el pasado mes de junio, Ricardo Díaz, momento en el que fue nombrado director general de Universidades de la Comunidad de Madrid. El hasta entonces también decano del Colegio de Químicos de Madrid puso en valor el sacrificio de los estudiantes. Un paso doblemente difícil para muchos, que han tenido que compaginarlo con trabajos, familiares o hijos a su cargo. Y añadió: «El mérito y el estudio son el verdadero ascensor social».

El profesor se mostró agradecido con el Grupo Educativo CEF.- UDIMA por haberle permitido formar parte del servicio de educación superior privada que ofrece; ámbito «muy incomprendido y con multitud de trabas», reflexionó. Por lo demás, el doctor Díaz centró sus palabras en mandar un mensaje de guía a los alumnos. Subrayó la importancia de la formación «constante» en los tiempos que corren, y destacó por encima de todo poder disfrutar de lo que se hace.

«Nunca será satisfactorio si no os apasiona», dijo, al tiempo que animaba a los futuros profesionales a apasionarse «con las personas a las que vais a dar servicio». Y puso el mejor ejemplo posible: «Pensad en los profesores. ¿Creéis que son los mejores por su dominio de la materia? ¿Por crear afición en su manera de explicar? No. Os han dejado huella porque son felices en su trabajo»; porque además de saber mucho y explicar bien, se preocupan por sus alumnos». «Para ser un gran profesional es fundamental ser felices en el trabajo, dándonos a los demás», sentenció.

### Sacrificio «quijotesco»

Juan José Díaz Portales, del Grado en Periodismo, fue el encargado de hablar en representación de los recién egresados de grado de la UDIMA. Natural de Castilla-La Mancha, el alumno comparó el tiempo de vendimia en su tierra con la recogida del fruto también cosechado a nivel académico. «Supimos regar esa planta», que creció con el «necesario abono con el que la enriquecieron nuestros profesores».

Además del sacrificio social y hasta paternal que muchos tuvieron que ejercer a lo largo de este periodo, el periodista agradeció a la UDIMA cumplir su sueño tras más de 30 años trabajando en medios de comunicación, y quiso reconocer el esfuerzo también de las familias y amigos. «Espero que el resultado de la quijotesca aventura de conocimiento iniciada hace unos años siga para construir una sociedad y un mundo mejores». «Gracias, UDIMA, por estar cerca de nosotros en la distancia», abundó.



Juan José Díaz Portales, titulado en Periodismo, en representación de los egresados



Fernando Vicente Durá, máster en Dirección Económico-Financiera, en representación de los titulados de máster

Por su parte, Fernando Vicedo Durá, Máster en Dirección Económico-Financiera, recogió el testigo en representación de los alumnos de Máster de CEF.- UDIMA. En su discurso resaltó el papel del alumno en la sociedad, pues, como bien dijo «será el profesional de mañana». En su opinión, superar cierto nivel formativo no implica ser más efectivo o eficaz, pero sí garantiza el «compromiso por el esfuerzo y la capacidad de sacrificio, resiliencia y dedicación» en el día a día.

En este sentido, criticó la posibilidad de que se eliminen los exámenes de recuperación de septiembre en la enseñanza obligatoria. «¿De verdad es lo que queremos para nuestros alumnos del futuro?». Vicedo Durá ensalzó además la capa-

cidad de adaptación del ser humano ante el coronavirus, así como el papel del personal sanitario. Y agradeció a la UDIMA haberle permitido terminar sus estudios en este singular periodo «con los mínimos cambios posibles». UDIMA «ya era el *primus inter pares*», apuntó.

## Conocimiento y amigos

«Partido a partido lo habéis conseguido», resumió Arancha de las Heras. La presidenta de la Universidad UDIMA valoró la mochila, «llena de conocimiento, práctica y buenos amigos», que se llevan los estudiantes. «Hoy sería el día de la despedida, pero ese no es nuestro estilo, preferimos el hasta luego, hasta pronto. Esperaremos atentos a vuestros logros profesionales, y vuestras necesidades formativas y de vuestras empresas», abundó.



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

Los nuevos funcionarios públicos que se prepararon en los últimos dos años en el CEF.-, la práctica totalidad de ellos de modo telepresencial como consecuencia de la pandemia del coronavirus, también fueron objeto este sábado de un merecido homenaje y reconocimiento, en el marco del Acto de Graduación.

En presencia del fundador del Grupo Educativo, Roque de las Heras, quien en 1977 abrió las puertas por primera vez del CEF.-, con apenas un puñado de profesores, el acto de reconocimiento a los opositores se convirtió en un recuerdo a los casi 30.000 funcionarios que en este tiempo se prepararon en las instalaciones del CEF.-

Una preparación para opositar, tradicionalmente presencial, en el que se produce una estrecha vinculación entre preparador y aspirante, que en los dos últimos años se vio alterada por la pandemia del coronavirus, y muy particularmente durante los meses de confinamiento.

Eso llevó al CEF.- a replantear en apenas unos días el modelo de preparación de oposiciones que tornó en telepresencial, una fórmula que destacó por su éxito y aceptación entre los estudiantes el presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, durante su intervención.

Ilustrando el poder de cambio que ha tenido la pandemia en la educación, Arturo de las Heras afirmó que «hoy tenemos más estudiantes en telepresencia que en los centros de Madrid, Barcelona y Valencia. Una modalidad de futuro gracias



Daniel Alcalde del Río, inspector de Hacienda, portavoz de los nuevos funcionarios



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

al esfuerzo de los técnicos y profesores. Gracias por adaptarnos a esta nueva forma de trabajo», remachó.

En este sentido también valoró el papel de la Editorial para hacer llegar el material, y el papel de los informáticos, «creando más de 90 aulas virtuales en poco tiempo» para afrontar las clases durante la crisis sanitaria. Igualmente, abrió las puertas a los exalumnos para seguir vinculados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA con la Bolsa de Trabajo y la asociación Alumni+. Y añadió: «Hay que seguir estudiando. Estaremos siempre con los brazos abiertos para ayudaros y apoyaros en vuestra carrera profesional».

Previamente, habló en representación de los nuevos funcionarios públicos Daniel Alcalde del Río, Inspector de Hacienda, quien aprovechó su intervención para celebrar haber cruzado la puerta del CEF.- sin saber el giro de 180 grados que daba a su vida. «Recordad la cara de vuestros familiares al recogeros del primer ejercicio, o la que pusieron cuando vieron que vuestro nombre figuraba entre los aprobados en el último ejercicio», apuntó.

En su alocución también agradeció al CEF.- el haber podido seguir preparándose *online* cuando fue necesario, y no se olvidó de aquellos que siguen en el intento, así como de los profesores y familiares. Y por supuesto del trabajo «ante mil papeles» en el viaje «casi espiritual» de la oposición. Y que comparó con



El violinista Pablo Navarro

«un saco de garbanzos: cada hora extra es un garbanzo; hoy nuestro saco está lleno, pero no nos olvidemos de cada garbanzo echado por nuestras familias y amigos cada día», finalizó el opositor del CEF.-



El cómico Carlos Latre

Tras el reconocimiento oficial a los estudiantes, el acto de celebración prosiguió con la desternillante intervención del cómico, imitador y *showman* Carlos Latre, y la sesión musical del violinista Pablo Navarro, acompañado de *dj* y piano, para cerrar la mañana.

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)

## Barcelona

Podría decir que, como cada año, ha tenido lugar en Barcelona la celebración de la ceremonia de graduación y clausura del año académico 2020-2021, así como el reconocimiento a opositores del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

Podría decirlo, pero faltaría a la verdad, no por el acto en sí ni por el objeto del mismo, sino porque no ha sido ni mucho menos como cada año.

Este año, a diferencia del anterior, sí que hemos podido volver a encontrarnos. Con mascarillas, bañados en gel hidroalcohólico, con la distancia de seguridad y con lo que hiciera falta, pero hemos podido volver a oír el bello sonido de los aplausos del auditorio, dando respuesta a la labor de un alumnado que ha sabido sobreponerse y superar un año tan complicado e incierto como el que hemos vivido. Es por eso, por esta vuelta a la «normalidad», que se hacía especial esta celebración.

Dirigidos por el mejor de los maestros de ceremonias, Enrique Cañizares, puntualmente a las 19:30 dio comienzo el acto en honor a nuestros alumnos. El maestro Enrique nos guardaba una grata sorpresa para amenizar el acto. No era fácil la elección, pues debía

estar a la altura de tan especial celebración. La elección estaba cargada de simbología, puesto que consistía en un dúo de guitarras, instrumento para el cual, de la misma forma que para la formación, se precisa de grandes dosis de disciplina, precisión y perseverancia. Magistralmente interpretadas, se tocaron piezas de Manuel de Falla, Paco de Lucía, Rodrigo o Albéniz, algunas de ellas arropadas por la majestuosa voz de la mezzo-soprano Mariana Carrilho, quien hizo las delicias de un auditorio AXA, que supo responder a la calidad de sus actuaciones.



Panorámica del auditorio AXA



Dúo de guitarras

La primera intervención fue a cargo de Enrique Cañizares (director del campus del CEF.- en Barcelona), quien elegantemente quiso utilizarla para felicitar a tres de los colectivos presentes:



Enrique Cañizares, actual director del campus del CEF.- Barcelona

En primer lugar, al claustro, a través del cual se transmite el conocimiento y se añade valor a los alumnos; en segundo lugar, al personal de gestión y administración, por su actitud de servicio y por ese «extra» que dan para que todo funcione como debe ser; y cómo no, a los alumnos, verdaderos protagonistas del acto, que además del esfuerzo, trabajo y perseverancia que se presuponen, han tenido que aportar una lucha adicional este año contra el virus.

Las palabras de nuestro anfitrión dieron paso a la segunda intervención, en este caso al padrino de la promoción, Valentín Pich. Un padrino muy especial para una promoción muy especial, que basó su discurso en una charla sobre «Sí, hay problemas, pero también grandes oportunidades».

El señor Pich consiguió motivar a todos los presentes con sus palabras, especialmente cuando nos hizo viajar por el tiempo trasladándonos a otros momentos de crisis en que habíamos sido capaces de levantarnos y construir. La receta mágica: trabajo y humildad. Receta, por otro lado, que no iba a servirnos solo para superar los malos momentos, sino también para garantizar la máxima longevidad y alegría, ya que, en sus propias palabras, «la gente que trabaja y que tiene ganas de trabajar es más feliz y además vive más años».



Valentín Pich, padrino de la promoción

Pilar Gámez tomaba el relevo de Enrique Cañizares, que en su calidad de jefa de estudios dedicó unas palabras de agradecimiento y felicitación para seguidamente pasar a presentar a cada uno de los ponentes.



Carlos Calderón intervino en nombre del profesorado

El primero de ellos fue Carlos Calderón que, de forma decidida y motivadora, quiso reconocer el esfuerzo y el trabajo de los alumnos, tanto de máster como opositores, pero no quiso dejar pasar la oportunidad para reivindicar el papel de los profesores: «hemos dado *todo* lo que tenemos».

De profesor pasamos a alumno. Víctor Redondo, con la responsabilidad de hablar en nombre de todos sus compa-

ñeros de máster, quiso señalar algo muy importante: «Si hemos superado este año, debemos tener la confianza de que seremos capaces de superar todo lo que se nos ponga por delante».

En nombre de los opositores, le tocó el turno a Carlos Cubillas, quien dedicó unas palabras de profundo agradecimiento al CEF.-, en primer lugar, porque se había sentido muy acogido desde el principio, y en segundo lugar, más allá de acompañarle en el éxito que supone superar una oposición, la experiencia le había ayudado a crecer como persona.

La última de las intervenciones corrió a cargo de nuestro presidente, Arturo de las Heras, quien dirigió su discurso a felicitar a profesores, personal de administración y gestión, y, por supuesto, a los alumnos por el éxito conseguido, destacando que esto no era ni mucho menos el final, sino el principio, animando a todos los presentes a seguir conectados



Carlos Cubillas representó a los opositores

con el CEF.- a través de los servicios que este brindaba como Alumni CEF.- UDIMA (antiguos alumnos) y, cómo no, la bolsa de trabajo. El CEF.-, sin duda alguna, está pensado para dar cobertura en todas las necesidades formativas en todas las etapas de la vida profesional de nuestros alumnos. También animó a la difusión a través de las redes sociales.



Víctor Redondo, representante de los alumnos de máster

Por último, no quiero acabar sin hacer alusión al momento más entrañable y mágico de la velada.

En su despedida, Arturo de las Heras aprovechó también para agradecer a Enrique Cañizares todos los años de plena dedicación incansable que había ofrecido, hasta convertirse no ya en un colaborador de confianza, sino en un verdadero amigo. El señor Cañizares quiso responder a estas palabras de una forma entrañable, y fruto del inmenso cariño que me consta personalmente que profesaba a nuestro presidente de honor,



Mesa presidencial del acto de graduación formada por Enrique Cañizares, Arturo de las Heras, Valentín Pich, Carlos Calderón y Pilar Gámez



La mezzo-soprano Mariana Carrilho

Roque de las Heras, quiso recordar al auditorio, que *todo* lo acontecido seguro que no habría sido posible si 44 años atrás, Roque de las Heras no hubiera decidido dedicarse a dar clases a los alumnos que querían prepararse para las oposiciones, y que por tanto la mayor parte de su vida profesional se la debía a él.

Para finalizar, guiados por la voz maravillosa de Mariana Carrilho, cantamos a coro el *Gaudeamus igitur*, que proclamaba la solemnidad del evento y nos recordaba como despedida que un nuevo curso está a punto de comenzar, con la responsabilidad de acoger nuevos alumnos que depositarán su confianza en nosotros para proyectar sus carreras profesionales.

Javier García Ortells

(Director del CEF.- Barcelona)

## Valencia

El pasado 5 de octubre tuvo lugar en Valencia el acto de graduación y de reconocimiento a opositores de los cursos 2019-2020 y 2020-2021 de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, y del CEF.- Centro de Estudios Financieros.



Panorámica del salón de actos



José Pedro Valero, director del CEF.- Valencia

Se celebró en el hotel balneario Las Arenas, y se rindió homenaje a:

- Alumnos que se han cursado sus estudios de máster en la sede de Valencia.
- Alumnos de grado y máster de la UDIMA, que eligieron el centro de Valencia para asistir a su graduación.
- Alumnos opositores que han aprobado su oposición y que se encuentran en Valencia, en representación de todos sus compañeros que están realizando el curso de formación o en sus destinos asignados.



Sandra Deltell Díaz, socia responsable de PWC en la Comunidad Valenciana, madrina de la promoción

esfuerzo y dedicación que supone la preparación de una oposición, así como de la gran recompensa que significa el obtener la plaza buscada;



Antonio J. Legorburu Martín, opositor a la Seguridad Social

El acto estuvo dirigido por Elena Albarrán García, jefa de estudios del CEF.- Valencia, y como ponentes de este acto, presidido por Arturo de las Heras García, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, intervinieron:

José Pedro Valero Tolosa, director del CEF.- en Valencia, quien dedicó unas palabras de bienvenida a los alumnos, profesores y familiares;

Raquel Porcar Clemente, jefa de estudios de Oposiciones en Valencia, que habló del



Alejandra E. López Catalá, alumna del Máster en Tributación y Asesoría Fiscal

Sandra Deltell Díaz, socia responsable de PWC en la Comunidad Valenciana, que como madrina de la promoción mencionó la importancia de la formación continua como factor de la promoción profesional;

Alejandra Eugenia López Catalá, alumna del Máster en Tributación y Asesoría Fiscal, que habló en nombre de todos los alumnos egresados sobre la importancia de la formación y sobre su experiencia en el CEF.-;

Antonio José Legorburu Martín, alumno opositor a Gestión de la Administración de la Seguridad Social, que nos comentó cómo había sido su etapa de opositor en el CEF.- y la enorme satisfacción que produce aprobar una oposición;



Javier Bas Soria representó a los profesores

Javier Bas Soria, profesor de esta casa, que habló en nombre del resto del profesorado del CEF.-, y al mismo tiempo se da la circunstancia de ser padre de una alumna ingresada en el Ministerio de Hacienda.

Y, por último, para cerrar este acto, dedicó unas palabras a todos los presentes Arturo de las Heras García, quién rindió homenaje por su esfuerzo y dedicación a todos los alumnos que habían superado el curso y a los opositores que habían obtenido una plaza, comentando los resultados del Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

A lo largo del acto se realizaron varias intervenciones musicales por el grupo Arias Opera di Roma, finalizando el acto con el tradicional y emotivo *Gaudeamus igitur*.

Finalizado el acto, disfrutamos de un vino de honor. Los alumnos aprovecharon el momento para charlar distendidamente con sus compañeros, familiares y profesores.

Un año más hemos despedido a una promoción de excelentes estudiantes que estamos seguros de que conseguirán un gran éxito profesional, al igual que tantos otros tras su paso por el CEF.-, y muchos de ellos ahora pasarán a formar parte de la Alumni CEF.- UDIMA, donde podrán seguir cultivando su amistad y colaborando en su desarrollo profesional.



Grupo Arias Opera di Roma

*José Pedro Valero Tolosa*  
(Director del CEF.- Valencia)

## Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <[www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm](http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm)>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<[www.normacef.es](http://www.normacef.es)>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.<sup>a</sup> ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

## Cursos de formación a medida para empresas (*in company*)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

### Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.250

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 75.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

# Bolsa de Trabajo y Emprendedores



Desde nuestros orígenes, hemos tenido como lema **“formación para el empleo”**, y por ello consideramos este servicio como un pilar fundamental para nuestras acciones formativas, pues todas van dirigidas a buscar empleo a nuestros alumnos, a mejorar el que ya poseen o a conseguir su consolidación.

Anualmente, se gestionan más de 4.500 ofertas de empleo de distintos perfiles: directivos, técnicos, júnior, becarios, etc. También te ayudamos a hacer tu currículum más atractivo, a preparar tu entrevista o a emprender tu propio proyecto. Es un servicio gratuito tanto para los estudiantes como para las empresas.

Son muchas las ventajas de la Bolsa de Trabajo de las que nuestros alumnos se benefician, entre ellas:



+4.500 convenios con empresas



Jornadas y eventos para mejorar la empleabilidad



Orientaciones laborales individuales



Simulaciones de dinámicas de grupo y entrevistas personales

Algunas de las empresas con las que colaboramos: