

**REVISTA**  
**de**  
**ESTUDIOS ECONÓMICOS Y EMPRESARIALES**



**Editada por el Centro Universitario de Plasencia**



**DIRECTOR:**

José-Antonio Vega Vega

**SUBDIRECTORA:**

Antonia De la Calle Vaquero

**SECRETARIO DE REDACCIÓN:**

Francisco Sánchez Guijo

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

Bermejo Climent, Francisco

Bravo Cañada, Victor Manuel

Garzón Marín, Pilar

Gil Martín, Juan-Antonio

Hernández Neila Luis-Mariano

Herrero Jiménez, Marcial

Herrero Rodríguez, M.<sup>a</sup> Angeles

Moreno Méndez, Andrés

Pérez Blanco, M.<sup>a</sup> del Pilar

Prieto Moreno, Jesús

Tirado Altamirano, Francisco

Vicente Díaz, Ana

**ADMINISTRACIÓN:**

DIPLOMATURA DE CIENCIAS EMPRESARIALES

CENTRO UNIVERSITARIO DE PLASENCIA

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

Avda. Virgen del Puerto, 2

10600 PLASENCIA (Cáceres)

Depósito Legal - CC - 139 - 1982  
I.S.S.N. 0212-7237  
Diseño portada: Ruth Vega  
Imprime: plasencia diseño gráfico, s.l.

Impreso en España

*Revista incluida en el Listado de Revistas ICREE  
(Índice de citas de Revistas de Economía de la Empresa)*

## I. ARTÍCULOS

### A) Sección Economía y Contabilidad

ESTUDIO SOBRE EL COMPORTAMIENTO INNOVADOR DE LA EMPRESA .....	7
Ricardo Hernández Mogollón Antonia de la Calle Vaquero	

EL FONDO DE ROTACIÓN NECESARIO NEGATIVO COMO COMPONENTE DEL COEFICIENTE BÁSICO DE FINANCIACIÓN (Algunas apreciaciones).....	31
Javier García Mérida	

### B) Sección Derecho

LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LOS CONSUMIDORES....	63
José Antonio Vega Vega	

LA FIGURA DEL APAREJADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.....	121
Baltasar de la Cruz Rodríguez	

LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL .....	173
M <sup>a</sup> de los Ángeles González García	

LA EFICACIA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS .....	193
Carmen A. Chaves Galán	

LIMITACIONES DEL DERECHO DE ASISTENCIA A LA JUNTA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	217
Virginia Vega Clemente	

C) Sección de Empresa Sanitaria

CONTEXTO, COMPETENCIAS Y CONTENIDO DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE  
ENFERMERÍA EN LOS ESTUDIOS DE GRADO  
DE ENFERMERÍA ..... 247

Francisco Javier Romero de Julián

Francisco Tirado Altamirano

Adela Sánchez de Bustos

Fernando Galea Jiménez

Luis M. Hernández Neila

II. LEGISLACIÓN ECONÓMICA DE INTERÉS GENERAL ... 267  
(Últimas publicaciones)  
*Recopilación: Francisco Sánchez Guijo*

**ESTUDIO SOBRE EL  
COMPORTAMIENTO INNOVADOR  
DE LA EMPRESA**



# ESTUDIO SOBRE EL COMPORTAMIENTO INNOVADOR DE LA EMPRESA

Por

RICARDO HERNÁNDEZ MOGOLLÓN

*Catedrático de la Universidad de Extremadura*

*Profesor de la Facultad de Estudios Empresariales y Turismo (UEX)*

ANTONIA DE LA CALLE VAQUERO

*Doctora por la Universidad de Extremadura*

*Profesora del Centro Universitario de Plasencia (UEX)*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.- 2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.- 3. VARIABLES CARACTERÍSTICAS DE LA ORGANIZACIÓN, COMPORTAMIENTO INNOVADOR Y RESULTADOS DE LA EMPRESA.- 4. CONCLUSIONES.- 5. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** En este trabajo el propósito de los autores es estudiar si un mayor comportamiento innovador por parte de la empresa favorece los resultados obtenidos por ella. Con esta finalidad se plantea un modelo en el que se contempla qué variables llevan a que ese comportamiento innovador aumente. La investigación se ha desarrollado sobre las empresas que pertenecen al sector de las Rocas Ornamentales o Piedra Natural en la región de Extremadura. Los resultados de nuestro análisis muestran una influencia positiva de la variable comportamiento innovador en los resultados de la empresa.

**Palabras claves:** *Comportamiento innovador, Resultados de la empresa, Otras variables.*

**ABSTRACT:** The authors' purpose of this article is to study if a greater innovating behavior on the part of the organization favors its performance. To this end it is raised a model in which the variables that lead to that increasing trend are shown. Our research has been developed on the companies from the Spanish region of Extremadura belonging to the industrial sector of Ornamental Natural Stone. The results of our analysis show a positive influence of the variable innovating behavior in the organization performance.

**Key words:** *Innovating behavior, Organization performance, Other variables.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La innovación constituye el núcleo del espíritu empresarial porque prácticamente toda nueva empresa nace de una actuación innovadora, como mínimo respecto a sus competidores. A continuación, para sobrevivir y crecer, la empresa debe innovar de forma permanente, aunque sólo sea de forma progresiva, lo que lleva a que la empresa se organice para innovar y se capacite para dominar las tecnologías que soportan toda innovación. Además, en numerosos estudios (Damanpour *et al.*, 1989; Khan y Manopichetwattana, 1989; Zahra *et al.*, 1988; Subramanian y Nilakanta, 1996; entre otros), ha quedado demostrado que la innovación es una función importante de gestión y está relacionada con el resultado de la empresa.

Pero, es frecuente la identificación de la Innovación con las actividades relacionadas con la Investigación y Desarrollo (I+D), lo que puede estar restringiendo el ámbito de la innovación a las dimensiones técnicas (productos y procesos) y a determinadas categorías de personal (ingenieros, creativos, etc.), ignorando, de esta manera, el potencial creativo e innovador del conjunto de la empresa y de sus recursos humanos.

Muchos dirigentes piensan que con dedicar importantes recursos financieros a la I+D todo quedará resuelto, pero se equivocan, porque dichos recursos son necesarios, pero no suficientes, pues deben ir acompañados de un conjunto de medidas y políticas que integren todas las capacidades disponibles en las empresas (implantar una cultura de innovación, trabajar en equipos multifuncionales, desarrollar una gestión del conocimiento, incorporar una vigilancia tecnológica...). Pero, en caso de fundamentar todos los esfuerzos en el presupuesto de I+D, el nivel de aleatoriedad al que deberán enfrentarse las empresas será elevado (Morcillo, 2001).

Por eso, Tushman y Nadler (1986) plantean que se hace preciso reivindicar la innovación como elemento de la estrategia empresarial, en el sentido de conceptualizar innovación como fenómeno presente en todas las actividades que se desarrollan en la empresa. Con lo que se hace necesario un fuerte grado de asunción de una filosofía directiva de orientación a la innovación: *cultura de innovación* (Batle *et al.*, 2000).

## 2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El objetivo de este trabajo es estudiar si un mayor comportamiento innovador por parte de la empresa favorece los resultados obtenidos por ella, y analizar qué variables llevan a que ese comportamiento innovador aumente, es decir, ver cuáles son las variables que influyen de manera positiva en dicho comportamiento innovador.

Hay que tener en cuenta que con la variable comportamiento innovador (CI) tratamos de reflejar el esfuerzo innovador o grado de iniciativa realizado por la empresa, en la que se incluyen todos los cambios que se realizan en la empresa con el fin de aprovechar las oportunidades que ofrece el entorno. Para medir esta variable hemos utilizado el instrumento de medición diseñado por Camisón (1999).

*Figura 1: MODELO CONCEPTUAL*



Para llevar a cabo este análisis el modelo propuesto se ha sometido a contrastación empírica en uno de los sectores clave de la economía extremeña: el sector de las Rocas Ornamentales o Piedra Natural. La elección del sector ha definido la población objetivo de nuestra investigación: las *empresas de producción y transformación del sector de las Rocas Ornamentales*. Por ello como marco hemos considerado el total de empresas extremeñas que actúan en dicho sector, con lo que la población objetivo estaba compuesta por 195 empresas sobre las que se procedió a realizar un proceso de selección, con objeto de excluir las que ya no existen, y una vez realizado este proceso la estimación definitiva de la población ha quedado compuesta por 182 empresas, por lo que se ha decidido actuar sobre toda la población, al considerar que está formada por un número de empresas que es manejable y asequible.

El método que se ha considerado más conveniente para llevar a cabo esta investigación es el *estudio de campo*, de este modo la información se obtiene de los entrevistados en su entorno habitual y el interés se centra en sus experiencias actuales, Y, para recoger la información, el instrumento utilizado ha sido un cuestionario autoaplicado, con preguntas cerradas, y en el que hemos utilizado algunas escalas que comprenden indicadores o ítems que han sido propuestos por otros investigadores. Pero hay que indicar que aunque en algunos casos hemos adaptado las escalas originales al escenario de esta investigación, siempre hemos intentado respetar el sentido de los ítems en la traducción. Para la medición de las respuestas se han utilizado escalas métricas tipo Likert con puntuación de 1 a 5. Una vez cerrado el proceso de recepción habíamos obtenido 110 cuestionarios cumplimentados, de los que aunque 5 estaban incompletos sólo tuvimos que eliminar uno, porque en los otros 4 los datos que faltaban eran de clasificación y no afectaban a las variables del modelo. Así, el número de cuestionarios válidos ha sido 109, siendo la tasa de respuesta válida del 59'9%.

Para la evaluación del poder predictivo que posee el modelo de investigación propuesto hemos empleado un Modelo de Ecuaciones Estructurales (MEE); más concretamente, hemos utilizado la técnica denominada *Partial Least Squares (PLS)*. Hay que tener en cuenta que un modelo PLS se analiza y se interpreta en dos etapas: la valoración de la validez y fiabilidad del modelo de medida, y la valoración del modelo estructural. Esta secuencia

asegura que tengamos medidas válidas y fiables antes de intentar extraer conclusiones referentes a las relaciones existentes entre los constructos (Barclay *et al.*, 1995).

### **3. VARIABLES CARACTERÍSTICAS DE LA ORGANIZACIÓN, COMPORTAMIENTO INNOVADOR Y RESULTADOS DE LA EMPRESA**

En el modelo planteado estudiamos si el comportamiento innovador de la empresa influye sobre sus resultados y, analizamos el impacto que factores de contingencia como el tamaño de la empresa (TEMP), la edad de la empresa (EDEM), y la edad de los directivos (EDIR) ejercen sobre el comportamiento innovador (CI), asimismo añadimos otras dos variables, el espíritu emprendedor (EEMP) y la colaboración con instituciones (COL).

Según Porter (1996), una empresa sólo puede obtener mejores resultados que sus rivales si consigue establecer una diferencia que pueda mantener en el tiempo, y una de las formas que tienen las empresas para lograr una ventaja competitiva es mediante actos de innovación. Por tanto, cada vez son más las empresas que, conscientes de que la realización de actividades innovadoras proporciona una fuente de ventajas competitivas, encuentran en la innovación la forma de diferenciarse de sus competidores, y por ello se esfuerzan en innovar, pero la intensidad de este esfuerzo innovador varía de unas empresas a otras. Camisón (1999), señala que la observación sistemática de empresas con éxito competitivo ha revelado que las mismas basan su competitividad en una capacidad innovadora asentada en la acumulación de recursos (principalmente intangibles) y capacidades, difíciles de reproducir o imitar por sus competidores. Así, las empresas con mayor comportamiento innovador siguen y responden a las necesidades y preferencias de los demandantes, y por tanto, pueden darles mayor nivel de satisfacción, lo que lleva a que sus resultados sean de un nivel mayor. Hay que señalar que, al analizar la relación que hay entre los resultados y el comportamiento innovador la variable dependiente son los resultados económicos alcanzados por la organización que, de acuerdo con Snow y Hebriniak (1980), son un fenómeno multifacético que es difícil de comprender y medir, y pueden variar según el criterio utilizado, la perspectiva que se adopte, el período de tiempo considerado, etc.

• En esta investigación la variable de resultados se ha definido mediante dos indicadores: los rendimientos percibidos (Powell, 1995; Narver y Slater, 1990; Jaworski y Kohli, 1993; Pelham, 1993) y el éxito de nuevos productos/servicios (Narver y Slater, 1990; Pelham, 1993; Jaworski y Kohli, 1993; Slater y Narver, 1994; Langerak y Commandeur, 1998). Y para la medición de estos dos indicadores nos basamos en la valoración subjetiva<sup>1</sup> de los encuestados, ya que éstos se miden en relación con los principales competidores. De esta forma y tomando como referencia la investigación llevada a cabo por Hernández (2002) vamos a medir dos de las dimensiones más importantes del desempeño: (1) la eficiencia de la empresa a través del beneficio económico, entendiendo éste como lo hace Powell (1995) en el sentido de rendimientos percibidos (RP), y (2) su grado de adaptabilidad a través de su éxito con los nuevos productos (ENP). Además, hay que tener en cuenta que la variable éxito de nuevos productos se ha diseñado como un constructo molecular de segundo orden y que, siguiendo a Moorman (1995) se va a medir a través de tres constructos de primer orden que son: oportunidad de los nuevos productos/servicios (ENPO), creatividad de los nuevos productos/servicios (ENPC) y desempeño de los nuevos productos/servicios (ENPD). Luego, basándonos en la propuesta de este autor planteamos la relación entre el constructo éxito de nuevos productos y sus dimensiones a través de las hipótesis siguientes:

Hipótesis 1: *La oportunidad de los nuevos productos (ENPO) es una dimensión de la variable éxito de nuevos productos/servicios (ENP).*

Hipótesis 2: *La creatividad de los nuevos productos (ENPC) es una dimensión de la variable éxito de nuevos productos/servicios (ENP).*

Hipótesis 3: *El desempeño de los nuevos productos (ENPD) es una dimensión de la variable éxito de nuevos productos/servicios (ENP).*

En cuanto a la relación entre el constructo comportamiento innovador (CI) y los constructos rendimientos percibidos (RP) y éxito de nuevos productos/servicios (ENP), planteamos las hipótesis H<sub>4</sub> y H<sub>5</sub>:

Hipótesis 4: *El comportamiento innovador de la Empresa (CI) influye positivamente en los rendimientos percibidos (RP).*

---

<sup>1</sup> Diversos estudios avalan la utilización de los indicadores subjetivos (Powell, 1995; Moorman, 1995; Venkatraman y Ramanujan, 1987).

Hipótesis 5: *El comportamiento innovador de la Empresa (CI) influye positivamente en el éxito de nuevos productos/servicios (ENP).*

- **Tamaño de la Empresa (TEMP):** evidentemente, las empresas de todo tamaño tienen que afrontar el reto de la innovación para ser competitivas, pero existe el mito de que la gran empresa innova más que la pequeña, sin embargo, también hay argumentaciones teóricas y algunos resultados empíricos que reflejan que la innovación ha dejado de ser competencia exclusiva y principal de las grandes organizaciones. Así, según Rothwell (1991) no pueden concluirse ventajas absolutas en función del tamaño, porque si bien las grandes empresas presentan algunas ventajas incuestionables de tipo material frente a las de menor dimensión, las pequeñas exhiben un conjunto de características “comportamentales” (como las llama Rizzoni, 1994), especialmente importantes para hacer frente, en nuestros días, a las exigencias de la innovación. Luego, en principio, las grandes organizaciones poseen recursos y capacidades más complejos y diversos, principalmente en cuanto a número de profesionales (Damanpour y Evan, 1984), así como un mayor conocimiento técnico, que les permiten la adopción de un mayor número de innovaciones (Nord y Tucker, 1987); además, las grandes organizaciones son capaces de hacer frente a las pérdidas ocasionadas por fracasos de las innovaciones, y por tanto, son capaces de asumir mayores riesgos (Hitt *et al.*, 1990). Luego, se trata de un tema complejo porque argumentos a favor de lo “grande” y “lo pequeño” no faltan. Por lo que hay investigadores que señalan una relación positiva entre las dos variables (Moch y Morse, 1977; Lind *et al.*, 1989; Morcillo, 1989). Otros autores como Mohr (1969) y Hage (1980), ponen de manifiesto una relación negativa entre el tamaño y la innovación, en tanto que Aiken *et al.* (1980) obtuvieron una relación no significativa, y Ettlíe y Rubenstein (1987) encontraron que el tamaño estimula la innovación hasta un punto a partir del cual la organización llega a ser tan grande que el crecimiento adicional no estimula el cambio. Como vemos el análisis de la relación entre tamaño e innovación ha sido objeto de estudio por parte de numerosos especialistas durante décadas sin que se haya logrado una posición consensuada. En nuestro caso, para comprobar qué tipo de relación existe entre el tamaño de la empresa y el comportamiento innovador, y siguiendo a los autores que defienden la idea tradicional de que hay una relación positiva entre las dos variables, planteamos la hipótesis  $H_6$ .

*Hipótesis 6: El tamaño de la Empresa (TEMP) influye positivamente en el comportamiento innovador de la Empresa (CI).*

- Edad de la Empresa (EDEM): en el estudio realizado por Hernández (2000), se pone de manifiesto que la edad media de las empresas gacelas, que son empresas que se caracterizan por ser muy activas, innovadoras, flexibles, dinámicas y que crecen excepcionalmente rápido, es inferior a la media del total de las empresas, es decir, se trata de empresas jóvenes. Esto nos hace considerar que las empresas más jóvenes se ven forzadas a contar con estructuras más flexibles y a tener mayor capacidad de adaptación a los cambios y, por tanto, tienen que buscar unas ventajas competitivas para hacer frente a la competencia, y una forma de obtener dichas ventajas es a través de un esfuerzo innovador (Porter, 1996). Esto nos lleva a plantear una relación negativa entre las dos variables ( $H_7$ ).

*Hipótesis 7: La Edad de la Empresa (EDEM) influye negativamente en el comportamiento innovador de la Empresa (CI).*

- Edad de los Directivos (EDIR): de las características sociodemográficas de la dirección nos centramos en la edad del directivo, porque consideramos que se trata de un aspecto determinante del capital humano, sin embargo la evidencia no es concluyente en cuanto a la relación que existe entre estas dos variables ya que algunos estudios han encontrado una relación positiva entre ellas pero en otros casos, negativa. La literatura en dirección estratégica sugiere, en términos generales, que los directivos de mayor edad estarán dispuestos a asumir menos riesgos, de tal forma que, a medida que aumenta la edad de los mismos, disminuye la flexibilidad y se produce un incremento de la rigidez y de la resistencia al cambio (Hambrick y Mason, 1984; Wiersema y Bantel, 1992). Siguiendo a estos autores planteamos una relación negativa entre la edad de los directivos y el comportamiento innovador de la empresa ( $H_8$ ).

*Hipótesis 8: La Edad de los Directivos (EDIR) influye negativamente en el comportamiento innovador de la Empresa (CI).*

- Espíritu Emprendedor (EEMP): entre los autores que hablan de una estrecha relación entre innovación y espíritu emprendedor tenemos a Drucker (1986), que afirma que la innovación es la actividad principal del emprendedor; Lumpkin y Dess (1996) que argumentan que un aspecto clave del emprendedor es el énfasis en la innovación; McGrath y MacMillan (2000) que indican que la mentalidad emprendedora es una necesidad no sólo para

crear una nueva empresa, sino también para renovar las empresas existentes y dirigir las estratégicamente; y Sánchez (1997) que señala que una gestión emprendedora es un factor imprescindible para que la pyme pueda explotar todas sus ventajas potenciales frente a la innovación. Luego, siguiendo a estos autores y utilizando la escala propuesta por Covin y Slevin (1989), planteamos la hipótesis H<sub>9</sub>:

*Hipótesis 9: El Espíritu Emprendedor (EEMP) influye positivamente en el comportamiento innovador de la Empresa (CI)*

- Colaboración con Instituciones (COL): como la innovación no es un camino fácil, la colaboración o cooperación con otros agentes de cambio tecnológico debería ser un fenómeno cada vez más frecuente en las empresas para allanar así ese camino. Según Cassiman (1999), la cooperación en I+DT+I permite aprovechar economías de escala difíciles de conseguir en ausencia de estos acuerdos, además la cooperación puede evitar duplicaciones y favorecer la difusión de los resultados de la innovación. Eaton y Eswaran (1997), señalan que si los socios además de coordinar la inversión en I+DT+I comparten su información, consiguen incrementar la estabilidad del acuerdo, pues el coste de comportamientos oportunistas es más elevado. Sin embargo, también hay opiniones que señalan la existencia de un problema de selección adversa: las empresas prefieren controlar los proyectos más provechosos y cooperar en proyectos con menor potencial (Pisano, 1997). Pero, la estructura del tejido empresarial español, con fuerte presencia de pymes, hace particularmente interesante la colaboración entre empresas, y entre empresas y centros públicos (COTEC, 2000). Así, los Programas de Innovación y Desarrollo Tecnológicos, tanto nacionales, como de la Unión Europea, se sustentan en la filosofía de desarrollo en cooperación entre diversas empresas. Igualmente, la clásica cooperación entre la Universidad y la empresa, busca el acercamiento entre los generadores de conocimiento (Universidades y Centros Públicos de Investigación) y los usuarios o demandantes (empresas), con el objetivo de mejorar la capacidad tecnológica de estas últimas. Para ello, se crean, por parte de las Administraciones Públicas, diversos organismos que fomentan estas relaciones, como, por ejemplo, las Oficinas de Transferencia de Resultados de la Investigación (OTRI), los parques tecnológicos, etc., de modo que las empresas, en general, y las pymes en particular, tengan más fácil el acceso a la tecnología (Ministerio de Economía, 2000).

Según De la Concha (2002), la colaboración de la empresa con la Universidad tiene ventajas en las dos direcciones porque:

- Aporta a la empresa: fuente de conocimiento, base científica, personal muy cualificado y saber solicitar proyectos.
- Aporta a la Universidad: acercamiento a la realidad, utilidad social de la I+D, financiación alternativa plurianual, equipamiento, contratación de personal, y suplemento salarial.

En este modelo tratamos de analizar de qué manera la colaboración que prestan las instituciones a las empresas está asociada con el comportamiento innovador de éstas y la hipótesis planteada es  $H_{10}$ .

*Hipótesis 10: El grado de Colaboración con las Instituciones (COL) influye positivamente en el comportamiento innovador de la Empresa (CI).*

#### 4. CONCLUSIONES

Si nos fijamos en los resultados obtenidos en nuestro trabajo se comprueba que las hipótesis  $H_1$ ,  $H_2$  y  $H_3$  se han mostrado significativas desde un punto de vista estadístico, por lo que se confirma que los constructos de primer orden: oportunidad de los nuevos productos/servicios (ENPO), creatividad de los nuevos productos/servicios (ENPC) y desempeño de los nuevos productos/servicios (ENPD), pueden considerarse dimensiones del constructo molecular de segundo orden éxito de nuevos productos/servicios (ENP), apoyándose así la propuesta de Moorman (1995) de poder medir dicho constructo a través de esas tres dimensiones.

A la vista de los datos quedan también aprobadas las dos hipótesis planteadas con origen en el comportamiento innovador de la empresa (CI) ( $H_4$  y  $H_5$ ), de tal modo que esta variable consigue explicar un 26'9% de la varianza del constructo rendimientos percibidos (RP) y un 30'9% de la del constructo éxito de nuevos productos/servicios (ENP). Por lo que el sustento de las hipótesis  $H_4$  y  $H_5$  confirma la relación positiva y directa entre la innovación y los resultados de la empresa que han puesto de manifiesto distintos autores como Zahra *et al.* (1988), Subramanian y Nilakauta (1996), y Damanpour y Evan (1984), entre otros.

Por otro lado, este modelo trata también de estudiar la influencia que tienen algunas variables características de la organización sobre el constructo comportamiento innovador de la empresa (CI). En este sentido, los resultados

de este trabajo indican que el comportamiento innovador de la empresa (CI) queda explicado por el tamaño de la empresa (TEMP) (22'308% de su varianza)<sup>2</sup>, y por el espíritu emprendedor (EEMP) (35'764% de su varianza). Por tanto, estas dos variables se convierten en variables predictoras del constructo endógeno comportamiento innovador de la empresa (CI), confirmando tanto la predicción que exponía el modelo sobre estas dos variables, como los resultados de otras investigaciones. Así, nuestros datos apoyan la tesis de la existencia de una relación positiva entre el tamaño de la empresa (TEMP) y su comportamiento innovador (CI), defendida por algunos autores como Moch y Morse (1977), Kimberly y Evanisko (1981), Dewar y Dutton (1986), Meyer y Goes (1988), Lind *et al.* (1989), Morcillo (1989), Damanpour (1992) y Lefebvre y Lefebvre (1992), entre otros. Y confirman también la existencia de una relación positiva entre el espíritu emprendedor y la innovación, defendida por Drucker (1986), McGrath y MacMillan (2000) y Lumpkin y Dess (1996).

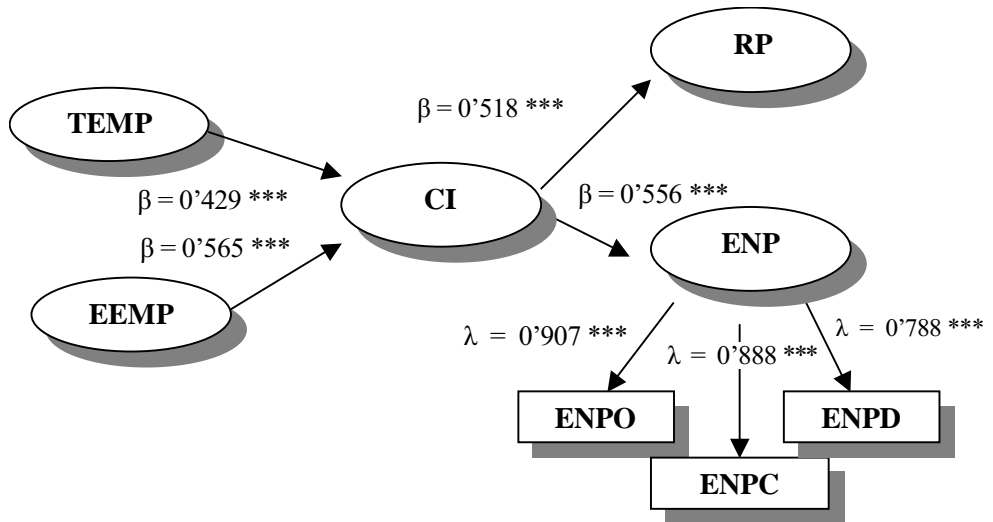
Sin embargo, el modelo no consigue alcanzar resultados satisfactorios para la predicción de la influencia en el comportamiento innovador (CI) de variables tales como la edad de la empresa (EDEM), la edad de los directivos (EDIR) y la colaboración con otras instituciones (COL). Así, las hipótesis H<sub>7</sub>, H<sub>8</sub> y H<sub>10</sub> se han mostrado como no significativas desde un punto de vista estadístico, presentando unos coeficientes *path* ( $\hat{\alpha}$ ) estandarizados muy próximos a cero. Y si además nos fijamos en los valores de las correlaciones (0'099, 0'134 y -0'101, respectivamente), hay que decir que a la vista de los resultados obtenidos en este trabajo no podemos hablar de la influencia de dichas variables en el comportamiento innovador (CI), porque son valores tan próximos a cero que demuestran una ausencia de relación de estas variables con la variable CI. De esta manera, los datos utilizados nos llevan a rechazar la existencia de una influencia positiva (defendida por Teece, 1989) del constructo colaboración con otras instituciones (COL) en el comportamiento innovador de la empresa (CI). Igualmente, nos llevan a rechazar la existencia de una influencia negativa, como se deduce de los estudios realizados por

---

<sup>2</sup> La varianza explicada en un constructo endógeno por otra variable latente viene dada por el valor absoluto del resultado de multiplicar el coeficiente *path* ( $\beta$ ) por el correspondiente coeficiente de correlación entre ambas variables (Falk y Miller, 1992). En este caso: 0'429 ( $\beta$ ) x 0'520 (correlación entre TEMP y CI) = 0'22308.

Hernández (2000) y Hernández (2002), de la edad de la empresa (EDEM) en su comportamiento innovador (CI). Y, al mismo tiempo, nos inducen a rechazar también la tesis defendida por Hambrick y Mason (1984), Wiersema y Bantel (1992), y manifestada en el estudio realizado por la Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (2001), de la existencia de una influencia negativa de la edad de los directivos (EDIR) en el comportamiento innovador de la empresa (CI).

*Figura 2:*  
**HIPÓTESIS SOPORTADAS EN EL MODELO ESTRUCTURAL**



*Fuente: Elaboración propia a partir de los gráficos planteados en PLS-Graph.*

Nuestro trabajo ha tratado de ofrecer una visión de la influencia que puede tener el esfuerzo innovador que realiza la empresa sobre sus resultados. Así, los datos utilizados en este estudio han puesto de manifiesto el crucial papel que puede desempeñar el comportamiento innovador en las dos variables con las que hemos definido los resultados empresariales, en el sentido de que ha quedado comprobado que un mayor comportamiento innovador llevará a unos mayores rendimientos percibidos y a un mayor éxito de los nuevos productos/servicios, luego el comportamiento innovador se muestra como un importante camino para alcanzar mayores resultados empresariales.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

AIKEN, M.; BACHARACH, S.B. y FRENCH, J.L. (1980): “Organizational structure, work process, and proposal making in administrative bureaucracies”. *Academy of Management Journal* 23, pp. 631-652.

ÁLVAREZ, L.I.; SANTOS, M.L. y VÁZQUEZ, R. (2000): “Análisis cultural y operativo de la orientación al mercado: efectos moderadores en la relación O.M-Resultados”. *Revista Española de Investigación de Marketing ESIC*, 3 (Marzo)- pp. 7-41.

BAKER, W.E. y SINKULA, J.M. (1999): “The synergistic effect of market orientation and learning orientation on organizational performance”. *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 27 (1), fall, pp. 411-427.

BARCLAY, D.; HIGGINS, C. y THOMPSON, R. (1995): “The Partial Least Squares (PLS). Approach to causal modeling: personal computer adoption and use as an illustration”. *Technology studies, special issue on research methodology*, vol. 2, n° 2, pp. 285-309.

BATLE, F.J.; GIL, M<sup>a</sup>.A.; GINER, F. y CELMA, M<sup>a</sup>.D. (2000): “Innovación y gestión del cambio”. *Revista de Economía y Empresa*, n° 39, vol. XIV (2<sup>a</sup> época) – 2º cuatrimestre; pp. 87-107 AEDEM.

CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA (2001): “Factores para consolidar una Empresa”. Madrid.

CAMERON, K.S. y FREEMAN, S.J. (1991): “Cultural congruence, strength and type: relationships to effectiveness”. *Research in Organizational Change and Development*, vol. 5.

CAMISÓN, C. (1999): “Sobre cómo medir las competencias distintivas: un examen empírico de la fiabilidad y validez de los modelos multi-item para la medición de los activos intangibles”. *First International Conference. Management related theory and research: an iberoamerican perspective*. The Iberoamerican academy of Management.

CARMINES, E.G. y ZELLER, R.A. (1979): “Reability and validity assessment”. *Quantitative applications in the social sciences series*. Editor John L. Sullivan, SAGE University Papers.

CASSIMAN, B. (1999): “Cooperación en investigación y desarrollo. Evidencia para la industria manufacturera española”. *Papeles de Economía Española*, 81, pp. 143-154.

CÍRCULO DE EMPRESARIOS (1995): “*Actitud y comportamiento de las grandes empresas españolas ante la innovación*”. Madrid.

COTEC (2000): “*Relaciones para la innovación de las empresas con las Administraciones. Informes sobre el Sistema Español de Innovación*”. Madrid.

COVIN, J.G. y SLEVIN, D.P. (1989): “Strategic management of small firms in hostile and benign environments”. *Strategic Management Journal*, vol. 10, pp. 75-87.

CHIN, W.W (1998): “The Partial Least Squares approach to structural equation modelling”. En: G.A. Marcoulides (ed.). *Modern Methods for Business Research* (Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, Publisher), pp. 295-336.

CHIN, W.W. y FRYE, T. (2003): “*PLS-Graph, versión 3.00 (Build 1058)*”, University of Houston.

DAMANPOUR, F. (1992): "Organizational size and innovation". *Organization Studies*, 13/3; pp. 375-402.

DAMANPOUR, F. y EVAN, W. M. (1984): "Organizational Innovation and Performance. The Problem of Organizational Lag". *Administrative Science Quarterly*, 29 (september); pp. 392-409.

DAMANPOUR, F.; SZABAT, K. A. y EVAN, W. M. (1989): "The relationship between types of innovation and organizational performance". *Journal of Management Studies*, 26 (november); pp. 587-601.

DAVIS, D.; MORRIS, M. y ALLEN, J. (1991): "Perceived environmental turbulence and its effect on selected entrepreneurship, marketing and organizational characteristics in industrial firms". *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 19, n° 1, pp. 43-51.

DE LA CONCHA, S. (2002): "Empresa, Innovación y Proyectos". Ponencia presentada en el II Seminario sobre Innovación Empresarial. Organizado por la Fundación Xavier de Salas, Trujillo.

DESHPANDÉ, R.; FARLEY, J.U. y WEBSTER, F.E. (1993): "Corporate culture, Customer Orientation and Innovativeness in Japanese Firms: A Quadrant Analysis". *Journal of Marketing*, 57, january, pp. 23-37.

DEWAR, R.D. y DUTTON, J.E. (1986): "The adoption of radical and incremental innovations: an empirical analysis". *Management Science* 31 (11), pp. 1.422-1.433.

DRUCKER, P. (1986): "*La innovación y el empresario innovador*". Edhasa, Barcelona.

EATON, B. y ESWARAN, M. (1997): "Technology trading coalitions in supergames". *Rand Journal of Economics*, 28 (1), pp. 135-149.

EKVALL, G. (1991): "The organizational culture of idea-management: a creative climate for the management of ideas". En J. Henry y D. Walker (ed.): *Managing innovation*; pp. 73-79. London: Sage Publications

ETTLIE, J.E. y RUBENSTEIN, A.H. (1987): "Firm Size and Product Innovation". *Journal of Product Innovation Management*, vol. 4, pp. 89-108.

FALK, R.F. y MILLER, N.B. (1992): "*A primer for soft modelling*". Akron: The University of Akron Press.

FARRELL, M.A. (2000): "Developing a market-oriented learning organization". *Australian Journal of Management*, vol. 25 (2), pp. 201-222.

FORNELL, C. y LARCKER, D. F. (1981): "Evaluating structural equation models with unobservable variables and measurement error: algebra and statistics". *Journal of Marketing Research*, vol. XVIII, febrero, pp. 39-50.

HAGE, J. (1980): "*Theories of organizations*". John Wiley, Nueva York.

HAMBRICK, D.C. y MASON, P.A. (1984): "Upper Echelons: The organization as a Reflection of Its Top Managers". *Academy of Management Review*, vol. 9, n° 2.

HERNÁNDEZ, J.M. (2002): "*Orientación al mercado, cultura y aprendizaje organizativo: un análisis exploratorio y causal de sus relaciones*". Tesis Doctoral. Universidad de Extremadura.

HERNÁNDEZ, R.M<sup>a</sup>. (2000): "*Las Empresas Gacela en Extremadura. Referencias Estratégicas para competir*". Estudios Económicos Extremeños, 1. Ediciones la Coria. Fundación Xavier de Salas, Trujillo.

HITT, M.A.; HOSKISON, R.E. e IRELAND, R.D. (1990): "Mergers and acquisitions and managerial commitment to innovation in M-form firms". *Strategic Management Journal* 11 (especial), pp. 29-47.

INE (2003): “*Estadística sobre las actividades en Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico (I+D) 2001*”, Madrid.

INSTITUTO DE EMPRESA (2002): “Global Entrepreneurship Monitor. Informe GEM-España”.

JAWORSKI, B.J. y KOHLI, A.K. (1993): “Market Orientation: Antecedents and Consequences”. *Journal of Marketing*, vol. 57, july; pp. 53-70.

JUNTA DE EXTREMADURA (2002): “Base ARDÁN’01. Guía empresarial extremeña 2001. Directorio e informe económico financiero”.

KHAN, A. M. y MANOPICHETWATTANA, V. (1989): “Innovative and noninnovative small firms: types and characteristics”. *Management Science*, 35 (May); pp. 597-606.

KIMBERLY, J.R. y EVANISKO, M.R. (1981): “Organizational innovation: the influence of individual, organizational, and contextual factors on hospital adoption of technological and administrative innovations”. *Academy of Management Journal* 24 (4), pp. 689-713.

KOHLI, A.K. y JAWORSKI B.J. (1990): “Market orientation: the construct, research propositions, and managerial implications”. *Journal of Marketing*, vol. 54 (2), april, pp. 1-18.

LANGERAK, F. y COMMANDEUR, H.R. (1998): “The influences of market orientation on competitive superiority and performance of industrial business”. En *Marketing Strategic and Organization*, P. Anderson (ed.). Proceedings of the 27<sup>th</sup> Annual Conference of EMAC, Track 3, pp. 91-105. Stockholm (Sweden), may.

LEFEBVRE, E. y LEFEBVRE, L.A. (1992): “Firm innovativeness and ceo characteristics in small manufacturing firms”. *Journal of engineering and technology Management*, vol. 9, pp. 243-277.

LIKERT, R.A. (1932): "Technique for the measurement of attitudes". *Archives of Psychology* 140.

LIND, M.R.; ZMUD, R.W. y FISCHER, W.A. (1989): "Microcomputer adoption-the impact of organizational size and structure". *Information & Management*, vol. 16, pp. 157-162.

LUMPKIN, G.T. y DESS, G.G. (1996): "Clarifying the entrepreneurial orientation construct and linking it to performance". *Academy of Management Review*, vol. 21, pp. 135-172.

McGRATH, R.G. y MacMILLAN, I. (2000): "The Entrepreneurial Mindset". *Harvard Business School Press*.

MEYER, A.D. y GOES, J.B. (1988): "Organizational assimilation of innovations: A multilevel contextual analysis". *Academy of Management Journal*, 31, pp. 897-923.

MILLIKEN, F.J. (1987): "Three types of perceived uncertainty about the environment: state, effect and response uncertainty". *Academy of management review*, 12; pp. 133-143.

MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA (2002): Encuesta sobre Estrategias Empresariales. Las Empresas Industriales en 2001.

MINISTERIO DE ECONOMÍA (2000): "La decisión de cooperar". Dirección General de Política de la PYME (DGPYME). Septiembre, Madrid.

MOCH, M.K. y MORSE, E.V. (1977): "Size, centralization and organizational adoption of innovations". *American Sociological Review* 42, pp. 716-725.

MOHR, L.B. (1969): "Determinants of innovation in organizations". *American Political Science Review* 63, pp. 111-126.

MOORMAN, C. (1995): "Organizational Market Information Processes: Cultural Antecedents and New Product Outcomes". *Journal of Marketing Research*, vol.XXXII, pp. 318-335.

MORCILLO, P. (1989): "*La gestión de la I+D. Una estrategia para ganar*". Ediciones Pirámide, Madrid.

MORCILLO, P. (2001): "*Competitividad Empresarial por Arte de Birlibirloque*". Moransal Asociados, Economía.

NARVER, J.C. y SLATER, S.F. (1990): "The effect of a market orientation on business profitability". *Journal of Marketing*, october.

NORD, W.R. y TUCKER, S. (1987): "*Implementing routine and radical innovation*". Lexington, M.A.: Lexington Books.

NUNNALLY, J. (1978): "*Psychometric theory*" (2<sup>a</sup> ed.). New York. McGraw-Hill.

PELHAM, A.M. (1993): "*Mediating and moderating influences on the relationship between market orientation and performance*". Doctoral Thesis, The Pennsylvania State University.

PISANO, G. (1997): "R & D performance, collaborative arrangements and the market for know-how: a test of the lemons hypothesis in biotechnology". *Harvard Business School*, mimeo.

PORTER, M.E. (1996): "What is strategy?". *Harvard Business Review*, noviembre-diciembre, pp. 61-78.

PORTER, M.E. (1999): "*Ser Competitivo, nuevas aportaciones y conclusiones*". Ediciones Deusto, Bilbao.

POWELL, T.C. (1995): "Total quality management as competitive advantage: a review and empirical study". *Strategic Management Journal*, vol. 16; pp. 15-37.

QUINN, R.E. (1988): “*Beyond rational management*”. San Francisco, CA: Jossey-Bass.

QUINN, R.E. y ROHRBAUGH, J. (1983): “A spatial model of effectiveness criteria: toward a competing values approach to organizational analysis”. *Management Science*, vol. 29 (3), pp. 363-377.

RIZZONI, A. (1994): “Technology and organization in small firms: an interpretative framework”. *Revue de L'Economie Industrielle*, nº 67, pp. 135-155.

ROC MAQUINA (2002): “La piedra natural de España. Directorio 2002”, 14ª edición.

ROLDÁN, J.L. (2000): “*Sistemas de información ejecutivos EIS. Génesis, implantación; repercusiones organizativas*”. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla.

ROTHWELL, R. (1991): “External networking and innovation in small and medium sized manufacturing firms in Europe”. *Technovation*, vol. 11, nº 2; pp. 93-112.

RUSSELL, R.D. y RUSSELL, C.J. (1992): “An examination of the effects of organizational norms, organizational structure, and environmental uncertainty on entrepreneurial strategy”. *Journal of Management*, vol. 18, nº 4, pp. 639-656.

SALEH, S.D. y WANG, C.K. (1993): “The management of innovation: strategy, structure and organizational climate”. *IEEE Transactions on Engineering Management*, vol. 40, nº 1, pp. 14-21.

SÁNCHEZ, G. (1997): “*La innovación tecnológica y la pequeña y mediana empresa en Andalucía: un estudio empírico*”. Tesis Doctoral. Universidad de Granada, Granada.

SLATER, S.F. y NARVER, J.C. (1994): “Does competitive environment moderate the market orientation-performance relationship?”. *Journal of Marketing*, vol.58 (1), pp.46-55.

SNOW, C.C. y HEBRINIAK, L.G. (1980): "Strategy, distinctive competence and organizational performance". *Administrative Science Quarterly*, n° 25; pp. 317-336.

SUBRAMANIAN, A. y NILAKANTA, S. (1996): "Organizational Innovativeness: exploring the relationship between organizational determinants of innovation, types of innovations, and measures of organizational performance". *Omega*, vol. 24 – n° 6; pp. 631-647.

TEECE, D.J. (1989): "Inter-organizational requirements of the innovation process". *Managerial and Decision Economics*, número especial; pp. 35-42.

TUSHMAN, M.L. y NADLER, D. (1986): "Organizing for Innovation". *California Management Review*, vol. 28, n° 3, pp. 74-92.

VENKATRAMAN, N. y RAMANUJAN, V. (1987): "Measurement of business economic performance: an examination of method convergence". *Journal of Management*, vol. 13; pp. 109-122.

WIERSEMA, M. F. y BANTEL, K.A. (1992): "Top Management Team Demography and Corporate Strategic Change". *Academy of Management Journal*, vol. 35.

ZAHRA, S.A.; DE BELARDINO, S. y BOXX, W.R. (1988): "Organizational innovation: its correlates and its implications for financial performance". *International Journal of Management*, 5 (June); pp. 133-142.



**EL FONDO DE ROTACIÓN  
NECESARIO NEGATIVO COMO  
COMPONENTE DEL COEFICIENTE  
BÁSICO DE FINANCIACIÓN.**

**(ALGUNAS APRECIACIONES)**



**EL FONDO DE ROTACIÓN NECESARIO  
NEGATIVO COMO  
COMPONENTE DEL COEFICIENTE BÁSICO  
DE FINANCIACIÓN.  
(ALGUNAS APRECIACIONES)**

Por  
**JAVIER GARCÍA MÉRIDA**  
*Profesor del CEU de Talavera de la Reina*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

**SUMARIO:** 1. ARGUMENTOS DEL FONDO DE ROTACIÓN.-  
2. FONDO DE ROTACIÓN.- 3. OBTENCIÓN DE LAS NECESIDADES  
FINANCIERAS EN EL CICLO DE EXPLOTACIÓN DE LAS EMPRESAS.  
METODOLOGÍA DE CÁLCULO.- 3.1. Activo circulante necesario.-  
3.2. Pasivo circulante permanente.- 4. COEFICIENTE BÁSICO DE  
FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA MONO Ó MULTIACTIVIDAD.-  
5. CONCLUSIONES.- 6. BIBLIOGRAFÍA.-

## RESUMEN

Este trabajo, refleja un razonamiento personal sobre el aspecto financiero del Fondo de Rotación Necesario y trata de poner de manifiesto la posibilidad de utilizar dicho Fondo de Rotación Necesario, como fuente financiera y no como parte a financiar dentro del instrumento financiero relativo al coeficiente básico de financiación. Este criterio está basado fundamentalmente en las diferencias entre los períodos medios de cobro y de pago. O sea, siempre que el período medio de cobro sea menor que el período medio de pago, se consigue una financiación de nuestra actividad (extrapolable a otros aspectos) que para las empresas resulta muy importante. De esta forma, si observamos a las grandes empresas en cuanto a sus políticas de cobros y pagos vemos que dicha apreciación se pone de manifiesto y con ello debemos darnos cuenta que este punto es fundamental en la gestión. Esto no quiere decir, que no existan otros aspectos importantes en la financiación empresarial, pero sí, no debemos olvidar el aquí comentado como una figura bastante significativa.

## ABSTRACT

In this work is reflected a personal argument about the financial aspect of the working capital necessary. This is about to show the possibility of using this, as a financial recourse and not as a part to finance in the financial instrument due to the basic acts of financing. This manifest fundamentally based on the differences between the mean period to charge and the mean period to pay.

In other words, if the mean period to charge is lesser than the mean period to pay to come by a financing of our activity (it could be extrapolated to another aspects) which results very important for the enterprises. On this way, on observe to the corporations as for its payment policy we can see that this appreciation is made clear and with it we must realise that this point is fundamental in the management. That doesn't mean that there isn't another important aspects in the financial enterprise, but we don't have to forget the aspect here commented as something very important.

## 1. ARGUMENTOS DEL FONDO DE ROTACIÓN

La situación financiera de la empresa viene determinada por el mantenimiento de un estado de liquidez suficiente que afiance de un modo indefinido su solvencia; por tanto, el equilibrio financiero es el resultado de la confrontación entre la liquidez de los activos que posee la empresa y la exigibilidad de su endeudamiento, y por ello resulta que el análisis de la estructura del balance o la composición de su capital, permite determinar esa situación financiera, utilizando dos procedimientos de interpretación del balance<sup>1</sup>; uno, que proporciona una medida global del equilibrio financiero obtenido por el fondo de rotación, y otro, que tiene como objeto, la búsqueda mediante ratios de las relaciones características existentes entre los diferentes componentes del capital, que a su vez, se pueden utilizar para determinar la rentabilidad de empresa.

En nuestro trabajo, conviene dejar claro que, el fondo de rotación no va a ser estudiado como un simple instrumento de análisis estático, pues la noción de necesidades que se halla asociada con él, en cuanto a tales fondos, juega un papel fundamental en la realización de la gestión financiera previsional; aspecto, considerado por nuestra parte, muy importante.

Al igual que ocurre con la duración media del ciclo de explotación (período medio o de maduración) de una empresa<sup>2</sup>, el fondo de rotación también se ve influenciado por la diversidad de opiniones que existen sobre él, ya que, habitualmente, se produce una consideración distinta de sus diversos tipos que difieren en contenido pero que reciben un mismo nombre, produciendo en los destinatarios de las comunicaciones, artículos, libros, etc., ciertas dosis de confusión, en vez de enriquecer su contenido y facilitar su entendimiento. Con estas líneas, pretendemos poner de manifiesto una gran variedad de texto escrito existente en el mundo contable y la economía de la empresa que hace mención a dicho fondo de maniobra, rotación, etc., y que creemos que muchas de las consideraciones que en ellos se manifiestan, deberían de homogeneizarse, con la intención de que las posturas existentes sean consonantes, logrando, que cada uno de los textos

---

<sup>1</sup> CONSO, P.: *La Gestión Financiera de la empresa*. Tomo I. 5ª Edición. Edita Hispano Europea, S.A. Barcelona, 1984. p. 223. Este autor considera dos técnicas que son utilizadas para el análisis financiero de las empresas individuales.

<sup>2</sup> ROMAN, I.: *"Acerca del Período Medio o de Maduración"*. Comunicación presentada al VII Congreso de ASEPUC. Barcelona 1996. En esta comunicación, la autora se preocupa de poner de manifiesto las distintas interpretaciones de los mismos elementos, llegando a conclusiones diferentes.

referidos contribuya a la riqueza de contenido, propia de este tipo de instrumento financiero. Si esta recomendación no es atendida, seguiremos en la ambigüedad de su noción, dando lugar a equivocaciones e interpretaciones diversas y múltiples formas de presentación<sup>3</sup>.

Evidentemente, partiendo de la ecuación fundamental del patrimonio, encontramos la existencia de una diferencia entre el Activo Circulante y Pasivo Circulante, denominado con habitualidad, **Fondo de Rotación**, representado por la siguiente ecuación:

$$Af + Ac = Pf + Pc \Leftrightarrow Af + Ac - Pc = Pf$$

Por tanto si

$$Fr = Ac - Pc$$

La ecuación quedará

$$Af + Fr = Pf$$

Siendo:

Af = Activo fijo

Ac = Activo circulante

Pc = Pasivo Circulante

Pf = Pasivo fijo

Fr = Fondo de rotación

Este fondo de rotación puede ser contemplado de muy diversas formas y concepciones, dentro del ámbito individual<sup>4</sup>.

Pues bien, a través de los instrumentos financieros que se han ido consiguiendo, como, la **Duración Media del Ciclo de Explotación**; nos van a servir, como datos, no sólo para la confección de un **Balance Integral**<sup>5</sup> basado en la

---

<sup>3</sup> CONSO, P. y LAVAUD, R.: Fondo de maniobra y política financiera. Edita tecniban, s.a. Madrid, 1975. p. 224.

<sup>4</sup> URÍAS VALIENTE, J.: Los Flujos Financieros en la Empresa: Un Modelo Económico- Contable de Planificación Financiera. Edita Instituto de Planificación Contable. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid 1983. pp. 101 y ss. En dicho texto, el autor recopila las opiniones de una gran parte de expertos sobre el fondo de rotación entre otros, considera a:

AUDOYÉ, J.M.: Le fonds de roulement. Edita. Enterprise Moderne d'Édition, París, 1970.

FERNÁNDEZ, H.M.: "Recursos circulantes de la empresa". Revista Técnica Contable, tomo XVIII.

FERNÁNDEZ PIRLA, J.M.: Teoría Económica de la Contabilidad. Edita. El Autor. Madrid, 1967.

HOWARD, L.R.: Working Capital. Its management and control. Edita. MacDonald and Evans, Ltd., Londres, 1971.

información integral (una única información para elaborar los distintos estados), sino para obtener, posteriormente, el **Fondo de Rotación**, aunque utilicemos, únicamente, algunas de las partes que lo componen. Además, no debemos olvidar otro instrumento, como, el **Balance normal**, que desde el punto de vista externo, también servirá para conseguir el **Fondo de Rotación Existente**.

Desde nuestro punto de vista creemos que es interesante matizar que, cuando se habla de un instrumento de análisis, estamos refiriéndonos al aspecto externo de la empresa, es decir, a la información que se ofrece por la empresa con arreglo a la normativa existente y que regula la elaboración de dicha información, dejando al margen su aspecto interno, el cual difiere fundamentalmente del externo en que sus datos de base son conseguidos desde el interior de la misma. No sería así, si partiéramos de datos integrales, ya que las fuentes de información serían las mismas y sólo variarían en caso de criterios técnicos que no deben trascender al entorno contable.

Por lo tanto y después de esta apreciación, continuamos nuestro estudio y así nos encontraremos con un **Fondo de Rotación Bruto** que podremos definir como, la diferencia entre el activo circulante total y el pasivo circulante total, incluyendo, las cuentas de transición (traslado de largo a corto o de corto a largo)<sup>6</sup> obtenidos ambos, del balance agrupado por partidas funcionales. También, existe el **Fondo de Rotación Neto** obtenido de la misma forma que el anterior, excluyendo las cuentas de transición. Por otra parte, la diferencia entre el activo circulante propio de la explotación (existencias, clientes, tesorería, etc.) y el pasivo circulante propio de la explotación (Proveedores, sueldos y salarios, etc.), con lo que se excluye las cuentas de transición y las cuentas que no son referidas a la explotación, es el **Fondo de Rotación de Explotación Existente**. Concepto que viene a recoger la parte de las inversiones del ciclo de explotación que por no financiarse mediante créditos generados por el ciclo, debe ser finan-

---

LABOISSIERE, P: *"Análisis de la función del fondo de rotación"*. Revista Técnica Contable, tomo XI.

MAO, J.C.T.: *Análisis Financiero*, traducido por editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1974.

ROY, H.: *Analyse financière et méthode normative*. Edita Dunod, París, 1971.

SMITH, K.V.: *Management of Working capital*, Edita. West Publishing Co., 1974.

VAN HORNE, J.C.: *Administración Financiera*. Edita. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1971. Etc.

<sup>5</sup> GARCÍA MÉRIDA, J.: *"El sistema contable integral: Una solución a la limitación de información en la elaboración del Análisis de Estados Financieros"*. Revista de Contabilidad y Tributación. Madrid. Agosto 2000.

<sup>6</sup> RIVERO TORRE, P.: *Análisis de Balances ...*, op.cit. pp. 48 y ss.

ciado por fuentes ajenas a él, para que el proceso de producción continúe su desarrollo. Este tipo de Fondo de Rotación fundamentalmente se nutre de datos del Balance por lo que se puede considerar como Fondo de Rotación “normal”. Por último y como tipo más importante desde la perspectiva perseguida por este trabajo, en la búsqueda de las necesidades de financiación de la empresa, tenemos el **Fondo de Rotación de Explotación Necesario**, cuya obtención se basa en datos de procedencia interna y aunque lleva el mismo procedimiento que el anterior, sus resultados serán diferentes ya que mantiene como punto principal, los objetivos de la actividad de la empresa, de tal forma que, si lo observamos desde el punto de vista del activo, este tipo de fondo de rotación será: aquél activo circulante necesitado por la empresa, para alcanzar un objetivo determinado de actividad, cuya parte no financiada con alguno de los componentes del ciclo de explotación, lo será con recursos generados desde el exterior de dicho ciclo. Y desde el punto de vista financiero, será la cantidad de recursos permanentes que la empresa debe aportar para conseguir la estabilidad de funcionamiento del circulante, independientemente de los que resulten precisos para la financiación del activo fijo.

Todas estas versiones o tipos de fondo de rotación exigen una preparación previa del balance de situación. No obstante, conviene recordar que existen partidas que pueden alterar los componentes del fondo de rotación, al no ubicarse correctamente dentro de la agrupación de partidas del balance para la realización o utilización en el análisis contable de las empresas. Esta información comentada es propia de la perspectiva interna, que difícilmente se podrá conocer desde el exterior, a no ser que se presentara como parte de las Cuentas Anuales un Balance Integral del mismo. Los resultados obtenidos, en caso contrario a la utilización de este tipo de balance, pueden variar bastante, pues los balances preparados para realizar el análisis ya sean desde un punto de vista interno y externo serán distintos.

Una vez recordada la doble orientación que puede condicionar el análisis financiero de las empresas así como, sus componentes o instrumentos, nos adentramos en el fondo de rotación como instrumento básico de dicho análisis financiero, para ello, de todas las versiones de fondo de rotación que hemos podido constatar hemos considerado como más importantes para obtener conclusiones sobre las necesidades de financiación del ciclo de explotación, sin menoscabar al resto, las siguientes:

**El Fondo de Rotación Existente y El Fondo de Rotación Necesario.**

## 2. FONDO DE ROTACIÓN (Working Capital)

En párrafos anteriores, se ha dejado entrever, aunque someramente, que este tipo de fondo de rotación tiene una base contable “pura”, es decir, que sus elementos son obtenidos de los datos contables presentados en sus estados financieros, aunque dichos datos deben ser previamente depurados a través de una clasificación o mejor aún, reclasificación de las partidas, según su funcionalidad, dependiendo de la utilización que de ellas se vaya a realizar<sup>7</sup>.

En este caso, las partidas ajenas a la explotación o extrafuncionales son de difícil apreciación, pues la falta de información nos lleva a no considerar esta distinción; situación que no se daría en el caso de utilizar la información integral

El Fondo de Rotación quedará de la siguiente manera:

$$\text{FR.} = \text{ACE} + \text{ACA} - \text{PCE} + \text{PCA}$$

Si desglosamos en sus distintas subpartidas, solamente, la parte que corresponde al Activo Circulante afecto a la explotación o de explotación, quedará:

$$\text{FR.} = \text{ACRE} + \text{ACEE} + \text{ACDE} + \text{ACA} - \text{PCE} + \text{PCA}$$

Siendo:

ACE = Activo Circulante de Explotación

ACRE = Activo Circulante Realizable de Explotación

ACEE = Activo Circulante Exigible de Explotación

ACDE = Activo Circulante Disponible de Explotación

ACA = Activo circulante ajeno a la explotación o extrafuncional

PCE = Pasivo circulante de explotación

PCA = Pasivo circulante ajeno a la explotación o extrafuncional

Al mismo tiempo, sabemos que el futuro de las empresas viene condicionado por las decisiones practicadas en materia de financiación y de inversión, las cuales repercuten en el capital económico y en el capital financiero de la misma, considerando como capital económico; las inversiones en inmovilizado y las necesidades financieras correspondientes al ciclo de explotación, y por otro lado, como capital financiero de las empresas; los capitales propios, autofinanciación y capitales ajenos. Las necesidades financieras del ciclo de explotación de una empresa, tiene su justificación en el análisis del cauce seguido entre los flujos de operaciones y los flujos de tesorería que permiten poner de manifiesto los desfases

---

<sup>7</sup> RIVERO TORRE, P.: Análisis de Balances ... , op.cit.

(existencias de materiales inventariables, créditos de explotación o deudas de explotación), correspondientes a los diversos puntos estancos o de retención que caracterizan al ciclo de explotación. La dimensión de estos desfases y, consecuentemente, de esta necesidad o recurso de financiación de explotación, dependiendo de la configuración de dicho ciclo, así como de la duración media de permanencia en el ciclo de los distintos compartimentos estancos, comentados con anterioridad, permite obtener, al compararlo con el excedente bruto de explotación, la tesorería de explotación necesaria.

Desde el punto de vista del gerente, el cual hace frente persistentemente a los problemas de tesorería, debiendo conocer los resultados, y su conversión monetaria, lo que faculta la utilización de una gestión previsional, consistente cuando se trata de necesidades, en la determinación de su montante considerado como una verdadera inversión, ya que tienen una duración indefinida, siempre y cuando, se mantenga el nivel de la cifra de negocios estimada, además de los posibles circunstancias exógenas que intervienen en el desarrollo del ciclo de explotación (opciones y exigencias de la política industrial y comercial). Esta gestión previsional, permite prever los medios de financiación necesarios para el funcionamiento de la empresa y preservar, de este modo, los equilibrios financieros. Desde el punto de vista de los investigadores o analistas, la suficiencia de la empresa para la transformación de los recursos de la explotación generados en ingresos lo más rápidamente posible, constituye un importante indicador de su gestión. El investigador podrá obtener una conclusión determinada sobre la estructura financiera de las empresas, considerando la relación entre el concepto económico de necesidad de financiación referente al ciclo de explotación y el concepto financiero de fondo de rotación, no desestimando la existencia de distintas actividades, ciclos de explotación, sectores, etc., desembocando como resultado, un recurso y no una necesidad<sup>8</sup>. Esta información sobre el nivel medio de este recurso resulta de gran interés y de difícil tratamiento para las empresas,

---

<sup>8</sup> Este es el caso más frecuente en las empresas en las que la velocidad de rotación de los stocks es rápida y se benefician de importantes créditos de los proveedores mientras sus clientes pagan al contado, como por ejemplo, las empresas constructoras.

ya que averiguar dichas necesidades, facilita el desarrollo posterior de la misma, así como las tomas de decisiones por parte de la gerencia<sup>9</sup>.

Una vez emplazados dentro del fondo de rotación como instrumento de localización y averiguación de las necesidades financieras, conviene mencionar que el mismo, recoge, desde nuestro punto de vista, por un lado, las inversiones del ciclo de explotación de la empresa necesarias para un volumen de actividad determinado, que debe ser financiada por fuentes que, pueden ser o no ajenas a él, de tal forma que se tendrá un fondo de rotación necesario de la empresa positivo, cuando las fuentes utilizadas para la financiación de las inversiones del ciclo de explotación no tengan su origen en dicho ciclo y por lo tanto, no sean suficientes para dicha financiación, utilizando, en ese caso, fuentes ajenas a dicho ciclo, pero que, dada la consideración de permanente de la actividad, siempre que se mantenga un determinado volumen, será preferible que éstas sean fuentes de financiación propias a la empresa, como pueden ser los recursos propios. Este carácter de permanente que debe ser otorgado al fondo de rotación necesario, tiene su justificación en el mantenimiento y desarrollo del proceso de producción, teniendo en cuenta los objetivos de la actividad o actividades que forman el ciclo de explotación.

El segundo de los fondos de rotación enumerados, tiene su base en los estados contables síntesis de empresa, por lo cual siempre y cuando estas empresas coincidan en el aspecto normativo y en el real, es decir, que deben coincidir, los aspectos propios de las previsiones que soporta de forma inherente el fondo de rotación necesario (utilizado como instrumento de predicción de las necesidades de un negocio que comienza o continua en el futuro más próximo), con los estados síntesis acaecidos en determinado, habitualmente, ejercicio económico. Es decir, que no existan desviaciones entre los flujos reales y stocks de elementos inventariables, base del fondo de rotación necesario, y los datos resumen de estos flujos a lo largo de un período económico.

De todo lo comentado en estos últimos párrafos, debe evidenciar que, el fondo de rotación necesario, es un instrumento previsional o de predicción o estima-

---

<sup>9</sup> CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DE COMPTABLES AGREES. Del Cuadro de financiamiento al Cuadro de Flujos. Versión castellana de LUENGO MULET, P., Edita. Instituto de Planificación Contable. pp. 47 y 48. En épocas inflacionistas, la necesidad financiera del ciclo de explotación, registra un crecimiento unido al incremento nominal de sus componentes, aunque la empresa carezca de toda actividad.

ción, que se puede utilizar al inicio de la constitución de una empresa o al inicio de un período económico una vez constituida, buscando las necesidades de financiación que va a requerir. Por tanto, es evidente, que en el caso de que no existan desviaciones entre las estimaciones del fondo de rotación necesario y lo realmente acontecido con posterioridad en el ejercicio económico, el fondo de rotación necesario va a coincidir con el fondo de rotación existente con la salvedad de la necesidad de tesorería.

Gráficamente podría quedar así:

Existencias	MMPP	Proveedores	Existencias	MMPP	Proveedores
	PP. en C.	Deudas a corto		PP. en C.	Deudas a corto
	PP.TT			PP.TT	
Derechos de cobro	Clientes	Necesidades de financiación (F.R.N)	Derechos de cobro	Clientes	Fondo de rotación existente. (F.R.E.)
	Efectos com. a cobrar			Efectos com. a cobrar	
Tesorería mínima para cubrir desfases			Tesorería total o saldo de las cuentas de tesorería		

*Figura 1*

Como vemos la diferencia esencial radica en la partida de tesorería considerada como mínima, por tanto, podemos afirmar que dentro de la partida correspondiente a la tesorería<sup>10</sup> como componente del Fondo de Rotación Existente, se pueden distinguir: la tesorería mínima; considerada como partida integrante del activo circulante necesario para la realización del ciclo de explotación, y la tesorería total en la que estaría incluida la anterior.

<sup>10</sup> A modo de consulta sobre los aspectos principales de la tesorería, pueden verse: CONSO, P. y LAVAUD, R.: Fondo de maniobra y política financiera. Edita tecniban, s.a. Madrid, 1975. CAÑIBANO CALVO, L. y BUENO CAMPOS, E.: Autofinanciación y Tesorería en la empresa: El Cash Flow. Edita Pirámide. Madrid, 1983.

Nuestra opinión, difiere en parte de lo expuesto hasta el momento sobre el concepto de este tipo de fondo y más concretamente, su visión general. Así creemos que el fondo de rotación necesario no debe ser observado desde la perspectiva económica y financiera individualmente, sino a través de una visión de conjunto, ya que siempre que, el fondo de rotación necesario sea mayor que cero, podemos aplicar la concepción tradicional del mismo, no obstante, la duda surge cuando el fondo de rotación necesario sea negativo, es decir, que la empresa no aporta nada para la financiación de su ciclo de explotación pues éste se está financiando con sus propios componentes, criterio utilizado por bastantes empresas y concretamente las empresas constructoras, las cuales cobran a los clientes antes que se produzca el pago a los proveedores y por lo tanto, su fondo de rotación necesario resulta negativo. Pues bien, el Fondo de Rotación Necesario desde una posición económica, seguirá siendo el activo necesario para realizar un determinado ciclo de explotación, pero, desde una posición financiera, ya no será la cantidad de recursos permanentes que la empresa debe aportar para conseguir la estabilidad de funcionamiento del circulante, pues no está aportando nada y la estabilidad mencionada está conseguida. Tal consideración influye de tal forma en los instrumentos financieros (como veremos posteriormente) que las conclusiones y resultados tradicionales no son válidos cuando, el fondo de rotación de una empresa sea negativo que, por otra parte, sería ideal para cualquier entidad.

En consecuencia, la obtención de este tipo de fondo de rotación, conlleva la limitación de información disponible para aquellos observadores, investigadores, analistas, etc., que se sitúen desde el exterior de la entidad. Ya que la información que debe ser utilizada para la obtención de este tipo de instrumento de análisis, requiere de la utilización de datos necesarios en la actividad o ciclo de explotación de la empresa, pues<sup>11</sup>, aunque es posible que puedan utilizarse datos contables históricos, siempre que se parta de una situación estructural de la empresa adecuada para el nivel de actividad económica que desarrolla, lo más lógico es que las estimaciones realizadas para una determinada actividad no coincidan con los datos contables históricos, necesitando de este modo, los datos estimados por la gerencia y en concreto, las existencias medias de cada una de

---

<sup>11</sup> RIVERO TORRE, P.: “El balance y la representación contable de la actividad media o típica de la empresa”. Revista española de financiación y contabilidad. Editorial de derecho financiero. Vol. VI, número 19.

las fases que componen dicho ciclo de explotación, ya que éstas representan el nivel necesario para asegurar la consecución de un determinado ritmo de actividad, unido a los flujos de entradas en dichas fases que hacen que se mantengan dichos niveles sin rupturas en el proceso económico de producción. Por lo que, la suma de estos niveles de existencias medias, representa el activo circulante considerado como necesario en cada instante, y para una determinada magnitud de actividad económica, por lo que cualquier desviación que surja, nos sirven para obtener las soluciones necesarias para conseguir lo estimado con arreglo al objetivo de la actividad o actividades que se recojan en el ciclo de explotación de la empresa. Mediante dicho proceso se incorpora en los objetivos futuros el efecto retroalimentación. Esta forma de proceder nos acercaría a la concepción de un sistema informativo contable integrado consistente en contemplar las variables de naturaleza externa, integradas como un todo con las de naturaleza interna, en el sentido de ofrecer un sistema comunicacional al servicio de la gestión y de la dirección de la empresa, que no sólo serviría a la empresa individual, sino que también sería destacable para el grupo empresarial.

Básicamente, podemos obtener y analizar la correlación entre las distintas partidas patrimoniales de una empresa, cuando éstas se estudien y analicen desde una óptica financiera, de ahí que, al ser el fondo de rotación necesario un objetivo marcado por el nivel de ventas, a su alrededor se va a crear toda la actividad, es decir, el ciclo de explotación de la empresa. Así, para que este ciclo funcione será necesario mantener unos niveles de existencias en cada una de las fases del ciclo de producción para que la actividad o actividades de dicho ciclo, más en concreto, su nivel no se vea obstaculizado en su desarrollo normal. Por tanto, será necesario un activo circulante, que estará compuesto por las existencias medias de cada fase, a las que se han de añadir las existencias medias de tesorería, que nos sirvan para el desajuste existente entre el momento de cobro y pago que generan todas estas actuaciones.

Es evidente, la dificultad que supone el cálculo de cualquiera de las partidas que componen este Fondo de Rotación Necesario, pero no obstante, dependerá en su mayoría de los resultados y componentes de la Duración Media del ciclo de explotación. Por tanto, una vez obtenidos todos y cada uno de los elementos intervinientes en el cálculo de la Duración Media anterior, sólo nos resta saber, para conseguir el activo circulante necesario, cual va a ser nuestro nivel de existencias medias de tesorería para cubrir posibles desfases de nuestro cash-flow. Podemos apreciar en la hipótesis simplificada de que las necesidades de financia-

ción no fluctúan y por tanto su previsión es cierta, que los capitales necesarios para el mantenimiento del equilibrio financiero son capitales permanentes. Es obvio que el equilibrio financiero de una empresa, deba ser mantenido durante todo el período económico, las previsiones sobre el fondo de rotación van a servir de base para en el futuro mantener ese equilibrio.

### 3. OBTENCIÓN DE LAS NECESIDADES FINANCIERAS EN EL CICLO DE EXPLOTACIÓN DE LAS EMPRESAS. METODOLOGÍA DE CÁLCULO

Observando la metodología de algunos autores<sup>12</sup>, apreciamos la existencia de dos posiciones metodológicas fundamentales para el cálculo de las necesidades del fondo de rotación individual. Estas dos posiciones son, las denominadas “**globales**”, es decir, aquellas que recogen las necesidades del fondo de rotación en su conjunto, sin detenerse en averiguar los recursos particulares por cada elemento componente del mismo y, las “**analíticas**”, a través de los cuales cada elemento componente del fondo de rotación, es trabajado de forma individual, de tal manera que se obtiene una previsión sobre él siendo utilizada posteriormente para que en su conjunto, computen las necesidades del fondo de rotación.

Dentro de las **posiciones globales**, se pueden encontrar los métodos proporcional y de las regresiones, fundamentándose, el primero, en la existencia de una relación constante entre la cifra de negocios y las necesidades en el fondo de rotación, y el segundo, también se fundamenta, en la existencia de una relación constante entre la progresión de la cifra de negocios y la de la necesidad en el fondo de rotación del ciclo de las empresas. Consiste este último método, en la proyección en el futuro de los datos históricos que la empresa posea de forma conjunta y que utilice para su fondo de rotación. No obstante, estos métodos deben ser aplicados de forma cautelosa, pues para períodos de tiempo de larga duración y modificaciones trascendentales de actividad, no existe de forma general, relación constante entre la cifra de negocios y las necesidades en el fondo de rotación, ni tampoco, relación constante entre la progresión de la cifra de negocios y dichas necesidades.

---

<sup>12</sup> CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DE COMPTABLES AGREES. Del Cuadro de financiamiento al Cuadro de Flujos. Versión castellana de LUENGO MULET, P., Edita. Instituto de Planificación Contable. p. 141.

A nuestro juicio, creemos que podrían incluirse dentro de los posicionamientos globales, como otros posibles procedimientos de obtención de las necesidades de financiación del ciclo de explotación, basados en técnicas de muestreo, los que han sido aplicados a las empresas individuales, considerados como clásicos dentro del ámbito del análisis. Estos procedimientos puestos de manifiesto por algunos autores<sup>13</sup> son: el método **TORLAI**, consistente en elegir un número de empresas, lo más elevado posible con la misma actividad que la estudiada (si para realizar tal estudio utilizamos las bases de datos profesionales, es posible que tengamos que realizar una depuración añadida por la existencia de empresas que combinan actividades diversas y ocasionan grandes dificultades a la hora de trabajar el análisis), a las que posteriormente, se les realiza una observación de su activo, calculándose el porcentaje medio que existe entre el activo fijo y el activo total, para así después aplicar la diferencia entre dicho porcentaje y el índice 100, como activo circulante, el cual minorado por el pasivo circulante nos dirá las necesidades financieras del ciclo de explotación, que según la muestra, debería tener nuestra empresa.

En nuestra opinión, dicha técnica de obtención de las necesidades de financiación del ciclo de explotación, es de difícil aplicación, siempre y cuando exista una heterogeneidad en las actividades de la empresas utilizadas o existentes. No obstante, es posible realizar como punto básico para realizar el análisis que las empresas del estudio estén “tamizadas” y por tanto, existieran empresas homogéneas. Ahora bien, pudiera ser que, dicha técnica se aplicará a través de una media ponderada según el “peso” que tenga cada actividad en la empresa correspondiente, obteniendo con ello, una **media ponderada de las necesidades de financiación del ciclo de explotación de la empresa con multiactividad**. Esta media, no obstante, podría ser considerada poco representativa, por lo que

---

<sup>13</sup> ÁLVAREZ MELCÓN, S. y URÍAS VALIENTE, J.: Análisis Contable Superior. Edita. UNED. 4ª edición. Madrid, 1989. p. 232.

podría serle de aplicación el factor de dispersión ( $g$ )<sup>14</sup> obtenido de la siguiente fórmula:

$$g = \frac{\left[ \sum_{i=1}^n |b_i - c| \right] / n}{c}$$

Siendo:

$b_i$  = Valor del ratio en cada actividad.

$c$  = Valor del ratio total.

$n$  = Número de actividades.

Un valor elevado del cociente de dispersión, aconseja rechazar el ratio, pues no sería representativo de la compleja realidad de la empresa multiactividad.

El método **GUILBAULT**<sup>15</sup>, basado en la posible proporcionalidad que existe entre el inmovilizado y los costes de los elementos integrantes del coste total anual de explotación. Determinando, en un principio después de elegir la muestra de las empresas, los porcentajes que componen los elementos que intervienen en el cálculo de las necesidades de financiación de explotación, obteniendo con ello, unas relaciones sobre las cuales aplicar, alguna de las magnitudes que han intervenido en dicho cálculo, consiguiendo el activo total de la empresa, al dividir los resultados obtenidos anteriormente por el número de veces que rota el capital circulante, y añadir a este el activo fijo, para con posterioridad, al saber el activo circulante, obtener las necesidades de financiación de la explotación minorando a dicho activo circulante, su pasivo de igual carácter, es decir, circulante. De igual forma que en el anterior procedimiento, al tratarse de empresas que tengan una explotación con multiactividad, la muestra podría ser el mismo ciclo de explotación con lo que su método de cálculo obtendría las necesidades de financiación de dicho ciclo, que en definitiva sería un cálculo proporcional dependiendo de la magnitud utilizada en el mismo.

---

<sup>14</sup> MONTRONE, A.: "Consolidated Financial Statements. Significance and reliability". Paper presentado en el XX Congreso de la European Accounting Association (EAA). Gratz, 1997. Tomado de CONDOR LÓPEZ, V.: "Los Grupos de empresas y las particularidades de su análisis contable. III Jornadas de Análisis Contable. Bilbao 1997.

<sup>15</sup> ÁLVAREZ MELCÓN, S. y URÍAS VALIENTE, J.: ..... Op.cit. pp. 233 y 234.

Y por último, el método **CALMÉS**<sup>16</sup>, utilizado para el cálculo del capital circulante de las empresas de actividad comercial, basado en el estudio de las condiciones financieras en que va a operar la empresa que estudiamos. Este método debiera estar fuera de los métodos globales, ya que está basado en criterios estimativos de determinadas existencias para la venta, clientes y otros gastos que verá disminuida por la financiación de los proveedores y no en la utilización de diferentes entidades que sirvan de muestra para realizar el estudio, por lo que consideramos que dicho método es una derivación de las posiciones analíticas. Las **posiciones de cálculo analíticas** están basadas en el desglose de elementos o mejor dicho, en la desagregación de estimaciones por elementos componentes del fondo de rotación de la empresa, lo que comporta un fondo de rotación de la empresa previsional, que puede ser utilizado, como ya sea ha ido refiriendo a lo largo del presente trabajo, para el inicio de una actividad determinada o de un ciclo de explotación determinado, o como estimación básica para el próximo o próximos ejercicios, del ciclo de explotación de una empresa determinado. La posición analítica al igual que ocurre con la global, está fundamentada en dos métodos de estimación, **el método de los tiempos de venta y el método de cobros y pagos**. Dentro del primero, se determina el importe de los diversos componentes de las necesidades en los fondos de rotación como son, las existencias de elementos inventariables, los créditos y las deudas, sobre la base de una duración media de rotación de estos componentes. El segundo método, consiste en buscar la incidencia de las operaciones de explotación sobre la tesorería, es decir, acumular, para un ciclo, las salidas o anticipos de fondos hasta el momento en que las entradas permitirán equilibrar las salidas. No obstante, siempre que una empresa fabrique varios productos, que no responden al mismo ciclo de explotación, hay que calcular las necesidades del fondo de rotación propias de cada producto, a las que se denominará necesidades del fondo de rotación elementales, cuya suma, constituyen las necesidades del fondo de rotación de la empresa con diferentes productos o incluso, multiactividad. Además, se pueden investigar las necesidades del fondo de rotación para un momento determinado, necesidades máximas o necesidades mínimas, pero, tendrán carácter permanente, el cálculo de las necesidades medias del fondo de rotación, así, para que esta media sea significativa, debe basarse en los flujos de un período correspondiente

---

16 Op.cit. p. 235.

a la duración del ciclo de explotación. En todas estas apreciaciones deben incluirse los impuestos, como otro componente más del fondo de rotación, del mismo modo que, también consideramos al margen del beneficio como componente del fondo de rotación, ya que, a través del cobro de las ventas aumenta la liquidez<sup>17</sup>.

### 3.1. ACTIVO CIRCULANTE NECESARIO

El activo circulante necesario de la empresa, vendrá compuesto por, en el caso de un ciclo de explotación que esté formado, generalmente, por cuatro partes, la suma de las existencias medias obtenidas en la consecución de la Duración Media del ciclo de la empresa, y que son las de las distintas fases componentes del ciclo de explotación considerados como bienes reales, más, las exigencias medias de liquidez ya que, este último elemento, actúa como una inversión en circulante, dependiendo de las necesidades de disponibilidades mínimas de tesorería que actúen como nivel de seguridad eludiendo las supuestas rupturas que puedan presentarse, por desfases entre cobros y pagos del circuito de explotación y que podemos representar por la siguiente ecuación:

$$\text{ACN} = \text{Exm. MMPP} + \text{Exm. PPC} + \text{Exm. PPTT} + \text{Exm. CLI} + \text{Exm. TES}$$

Siendo:

ACN = Activo Circulante Necesario de la empresa con monoactividad o multiactividad.

Exm. = Existencias medias para la empresa con monoactividad o multiactividad.

MMPP = Materias primas

PPC = productos en curso

PPTT = Productos terminados

CLI = clientes

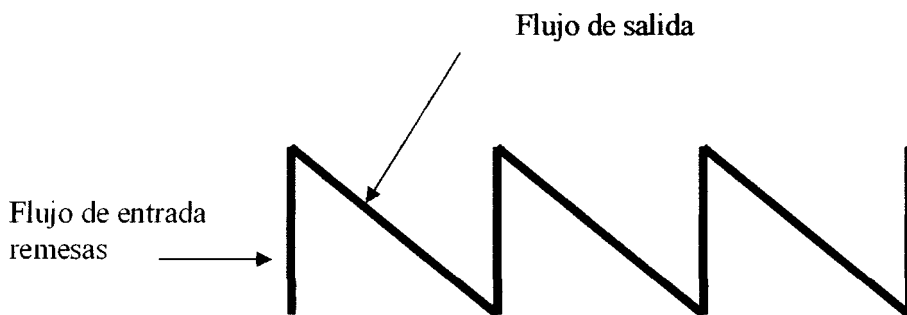
TES = tesorería

---

<sup>17</sup> CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET ..... Op.cit, pp.143.

Independientemente del método que utilicemos para el cálculo de las necesidades del fondo de rotación, debemos tener en consideración, las posibles variaciones que influyan dentro del ciclo de explotación y por tanto, hagan que nuestras estimaciones no sean las adecuadas, lo que conlleva que, las decisiones escogidas sean las menos idóneas. Por tanto, debemos advertir de la existencia de discontinuidad en los flujos que ocurren dentro del ciclo de explotación y más concretamente, en cada uno de los componentes de las necesidades de dicho fondo, así como, de las variaciones, ya sean de valor o de volumen o ambas a la vez, de los mencionados componentes.

Así, los flujos de entrada, referentes al componente del fondo de rotación relativo a las existencias de materias primas o mercaderías, dependiendo del tipo de ciclo de explotación que estemos estudiando, y más concretamente, la actividad que se esté contemplando, no tienen el carácter de continuidad, ya que los proveedores no prestan sus servicios de forma paulatina, sino que lo ejecutan por entregas diversas, no obstante, para su cálculo debemos conocer la inversión total del período y el plazo de entrega de los artículos por los suministradores. Por tanto, si realizamos una representación gráfica adecuada a este tipo de comportamiento, tendríamos el siguiente dibujo:



*Fuente: CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DE COMPTABLES AGREES. Del Cuadro de financiamiento al Cuadro de Flujos. Edita. Instituto de Planificación Contable. Pág. 144.*

Es decir<sup>18</sup>, la inversión mínima de existencia de materias primas y auxiliares del ciclo de explotación de la empresa con mono o multiactividad vendrá dado por el cociente formado por, en el numerador, los materiales empleados en su ciclo de explotación, siempre que aquél posea un ciclo de explotación de elaboración de productos, dividido por 365 días al año, con lo que obtendremos el material empleado por día, y multiplicado por el número de días que tengamos como plazo del suministro, o sea:

$$\text{Necesidades mínimas de existencias de Materias Primas} = \frac{\text{M.M. P.P anuales de la esa .mono o multiactividad}}{365} \times \text{número días pedidos}$$

Sin embargo, con los productos en curso, los flujos de entrada y salida son, habitualmente, estables, excepto cuando existen problemas coyunturales de abastecimiento, que tienen como resultado la detención de la fabricación, y que suelen estar motivados por huelgas, vacaciones, etc. En este caso, su representación gráfica, vendría ocasionada por una línea continua con un desnivel determinado, ocasionado por un hecho puntual de desabastecimiento.

$$\text{Necesidades mínimas de existencias de PP. en curso} = \frac{\text{Coste de la producción anual de Esa. Mono ó multiactiv.}}{365} \times \text{número días de fabricación}$$

En cuanto a la existencia de productos terminados como, otro de los componentes del activo circulante necesario, su estimación debe basarse en que los flujos de salida están relacionados de forma directa con la estabilidad y uniformidad de las ventas, pudiendo representarse a través de una línea ondulada cuyas ondulaciones sigan una regularidad.

$$\text{Necesidades mínimas de existencias de PP. Terminados} = \frac{\text{Coste de las ventas anuales de Esa. Mono ó Multiactiv.}}{365} \times \text{número días de almacenaje}$$

---

<sup>18</sup> Véase ÁLVAREZ MELCÓN, S. y URÍAS VALIENTE, J.: ... Op.cit. pp. 236.

Por otra parte, y como miembro del mismo activo circulante necesario, los flujos de los derechos de cobro, están relacionados con las ventas. Por tanto sus existencias medias, serían la resultante de aplicar este flujo de salida por el tiempo de duración media de la fase de venta del ciclo de explotación de la empresa mono ó multiactividad.

$$\text{Necesidades mínimas de existencias Derechos de Cobro} = \frac{\text{Ventas anuales de empresa Mono ó Multiactividad}}{365} \times \text{número días de cobro}$$

En cuanto a las existencias medias de tesorería deben ser estimadas a través del nivel de pagos considerado por el tiempo de cobertura necesario entre pagos y cobros durante un tiempo mínimo predeterminado, es decir:

$$\text{Exm.TES} = \text{NPi (nivel de pagos)} \times \text{t (Tiempo de cobertura)}.$$

No obstante, en muchas ocasiones la estimación del nivel de tesorería dependerá del momento económico, ya que, no es igual estimar dicho nivel en épocas de inestabilidad económica y cierta depresión, en las que las perspectivas de determinados proyectos no aparecen lo suficientemente claras por lo que la estimación del nivel de tesorería debería ser superior a la estimada en condiciones de una economía o sector económico normal<sup>19</sup>; que estimar dicho nivel en épocas cuyo sentido económico sea contrario al comentado. Por otra parte, no se debe desestimar que, en países claramente inflacionistas el efecto de la inflación en este tipo de instrumentos financieros, es fundamental<sup>20</sup>. Habitualmente, los flujos de tesorería que corresponden a este criterio estimativo de cobertura, para la evitación de rupturas por desfases entre cobros y pagos, proceden del ciclo de explotación no obstante, existe la posibilidad que en la primera rotación, el

---

<sup>19</sup> CAÑIBANO CALVO, L. y BUENO CAMPOS, E.: Autofinanciación y Tesorería en la empresa: El Cash Flow. Edita Pirámide. Madrid, 1983. p. 367. Los autores comentan para la estimación de liquidez adecuada para una empresa, las posibilidades de no encontrarse siempre en un “ambiente normal”. Criterio que hemos querido aprovechar para nuestro estudio. Por otra parte, no se debe desestimar en países claramente inflacionistas el efecto de la inflación en este tipo de instrumentos financieros.

<sup>20</sup> En este sentido puede verse: BUENO CAMPOS, E. Y CAÑIBANO CALVO, L.: La empresa en la sociedad actual. Edita APD, Madrid, 1976.

origen de los flujos de tesorería iniciales corresponda en parte, a fuentes financieras ajenas a la dinámica de dicho ciclo<sup>21</sup>. Lógicamente, pues en una primera rotación difícilmente vamos a conseguir las necesidades de liquidez para ejercer una determinada actividad del propio ciclo de explotación. No obstante, existe la posibilidad, que no sea necesario este nivel de tesorería mínimo en algunas actividades, pues se financian sólo de los acreedores propios de la actividad, no necesitando por tanto, mantener un nivel de tesorería de cobertura, esto se consigue con un criterio de pagos y cobros que favorezca los intereses del grupo en el sentido, que el periodo de pago medio sea superior al periodo de cobro, en cuantía suficiente para poder prescindir de un nivel mínimo de tesorería.

Por otra parte, desde un punto de vista general, sabemos que el Fondo de Rotación Necesario, es consecuencia de la diferencia que existe entre dos elementos; uno de ellos, ya estudiado y el otro (que no se produciría si los pagos se hicieran siempre al contado), es el Pasivo Circulante Permanente (PCP). Este último componente, viene dado por las fuentes financieras, que aunque a corto plazo, siempre se van a mantener en el tiempo, cuando tengamos un ciclo de explotación basado en un nivel de actividad determinado. Por lo tanto, al igual que ocurre con el activo circulante necesario que va a ser más fijo que el propio activo fijo, también ocurre con el pasivo circulante.

### 3.2. PASIVO CIRCULANTE PERMANENTE

Podemos definir al Pasivo circulante permanente como aquellas fuentes financieras que participan directamente en el ciclo de explotación (Proveedores, Administraciones Públicas, Trabajadores, etc.), es decir, estaría compuesto por la suma de las deudas medias de cada uno de los factores participantes en el proceso de producción.

$$\text{Pasivo Circulante Permanente} = \text{Fpro.} + \text{Femp.} + \text{Fcf.}$$

Siendo:

Fpro. = Existencias medias de proveedores

Femp. = Existencias medias de empleados

Fcf. = Existencias medias de costes financieros

---

21 RIVERO TORRE, P.: "El balance y la representación contable .... Op.cit.

Es un Pasivo necesario, pero no con el carácter tan estricto como el Activo circulante, ya que existen fuentes de financiación alternativas para realizar el mismo cometido. No obstante, sí tiene el carácter de permanente por su duración en el tiempo, siempre que se mantenga el nivel de actividad como objetivo. Su cálculo puede ser obtenido a través del siguiente cociente general (ver página siguiente), no obstante, se puede pormenorizar dicho cociente, para cada uno de los componentes del Pasivo circulante permanente del ciclo de explotación de la empresa Mono ó Multiactividad:

$$\text{Financiación concedida por proveedores, empleados, etc.} = \frac{\text{Compras, remuneraciones, etc. anuales.}}{365} \times \text{número días de aplaz. pago}$$

Con todo lo referido anteriormente, podemos considerar al Fondo de Rotación necesario (Sentido Financiero), como la cantidad de financiación que la empresa debe buscar fuera del ciclo de explotación para alcanzar la cifra de negocios que se ha marcado como objetivo.

Existen, para concluir con el fondo de rotación necesario de la empresa ya sea mono ó multiactividad, algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de estimar los componentes de dicho fondo, ya que varían todas las estimaciones realizadas, ya sean en cantidad o en precio, como son: las modificaciones que pueden producirse en los criterios de aprovisionamiento, stockage o de comercialización, la progresión o disminución de la actividad que puede ocasionar variaciones en los costes fijos (generalmente, si aumenta), modificaciones que influyen en cantidad; y las fluctuaciones del valor de las materias primas, inflación, etc., que tienen su influencia en precios. Todas estas modificaciones dificultan las decisiones a tomar, una vez conseguidas las necesidades del ciclo de explotación, ya que éste pueda verse desvirtuado por todos estos atributos.

Compartimos con algunos autores<sup>22</sup> el criterio de abarcar el análisis del fondo de maniobra desde un doble aspecto: Por un lado, en qué medida se desvía la cantidad inmovilizada en los integrantes del ciclo de explotación de la empresa, respecto de la que debía figurar, si dicho ciclo de explotación se cumpliera en su previsión. Dicha comparación entre el Fondo de Rotación Necesario y el Exis-

---

<sup>22</sup> ÁLVAREZ MELCÓN, S. y URÍAS VALIENTE, J.: ... Op.cit. p. 240.

tente, nos sirve para establecer si se cumple lo fijado como objetivo de funcionamiento, bien en el ejercicio siguiente o bien para observar y analizar lo ocurrido en este ejercicio. Las desviaciones del fondo de maniobra existente respecto del necesario, nos vienen determinadas por los plazos con que realmente ha operado la empresa. Pues bien, con ello podemos establecer si el objetivo marcado es acorde con lo que nosotros somos capaces de realizar, o bien cambiar ese objetivo y hacerlo más en concordancia con nuestras posibilidades. Este análisis derivado de la comparación entre el Fondo de Rotación Necesario y el Existente, es insuficiente y se puede completar a través del análisis del Coeficiente básico de financiación.

#### 4. COEFICIENTE BÁSICO DE FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA MONO Ó MULTIACTIVIDAD

Este coeficiente, nos informa de la situación financiera de la empresa, al comparar los fondos de financiamiento con el total de la inversión. Obviamente, si comparamos los fondos de financiamiento, con respecto al fondo de rotación real o existente, el cociente siempre será la unidad, no obstante, dicho cociente puede diferir de la unidad.

El coeficiente básico de financiación de la empresa, estará formado por los fondos de financiamiento de dicha empresa, como son, los recursos propios y el pasivo fijo de la misma. Y por otro lado como denominador del coeficiente, se tendrá el inmovilizado de la empresa y su capital circulante o fondo de rotación necesario, es decir, en términos de ecuación quedará de la siguiente forma:

$$\text{CBF} = \frac{\text{RP} + \text{PF}}{\text{AFnd} + \text{FRN}}$$

Siendo:

CBF = Coeficiente básico de financiación

Rp = Recursos propios

Pf = Pasivo fijo

AFnd = Activo fijo no depreciable

FRN = Fondo de rotación necesario

Si realizamos una representación gráfica del coeficiente básico de financiación considerando el numerador, es decir, las fuentes financieras permanentes como parte de la ecuación que pudiera resultar de desglosar y utilizar el coeficiente básico de financiación como una ecuación en la que dicho coeficiente saldría del resultado de restar las fuentes financieras permanentes de los activos no depreciables y que van a tener supuestamente una duración indefinida mientras se mantenga el nivel de actividad. Su resultado óptimo sería la no existencia de diferencias. En caso de ser positivo, dicha diferencia representaría un exceso de financiación y por el contrario una diferencia negativa, establece un déficit de la misma.

Es decir,

$$\text{CBF} = (\text{RP} + \text{PF}) - (\text{AFnd} + \text{FRN})$$

Si  $\text{CBF} = 0$  es la posición idónea

Si  $\text{CBF} > 0$  exceso de financiación

Si  $\text{CBF} < 0$  déficit de financiación

Como podemos apreciar, considerar este cociente como instrumento indicador de la situación financiera de la empresa y más concretamente como indicador de la situación de la estructura sólida de dicha empresa, ya sea empresa con monoactividad ó multiactividad, sería lo correcto, siempre y cuando, el fondo de rotación necesario sea positivo. Ahora bien, en nuestra opinión, caso de que dicho fondo de rotación sea negativo, se produce una transformación importante en lo referente a la estructura fija de la empresa y su forma de financiarse, ya que, en el momento que el fondo de rotación necesario sea negativo, las necesidades de financiación del ciclo de explotación de la empresa, que deben ser financiados por los recursos permanentes del mismo, se convertirían en recursos, es decir, los financiados se transforman en financiadores, por lo que la situación del fondo de rotación necesario dentro del cociente anterior, se trasladará del denominador, al numerador.

Esta situación, que puede considerarse no habitual si observamos las publicaciones existentes, no representa algunos sectores del mercado empresarial, pues de hecho existen actividades, ciclos de explotación, sectores, segmentos, etc., que utilizan como fuente principal de recursos del ciclo de explotación, los propios de la actividad o ciclo, fundamentándose principalmente en las diferencias entre los períodos medios de pagos y cobros, es decir, el período medio de cobro debe ser inferior al de pago, con lo que el ciclo de explotación, lo financian los intervinientes en el propio ciclo como pueden ser proveedores, trabajadores, etc.

Por tanto, el cociente del coeficiente básico de financiación de empresas quedará, en el caso de un fondo de rotación necesario negativo de la siguiente forma:

$$\text{CBF} = \frac{\text{RP} + \text{PF} + \text{FRN}}{\text{AF}}$$

En estos casos el nivel de tesorería, para cubrir posibles desfases será menor, por el simple hecho que, las empresas tiene una política de cobros, a través de la cual, el tiempo transcurrido para realizarlos, es menor que el tiempo transcurrido para proceder con los pagos, es decir, por ejemplo, cobros al contado y pagos a plazo. Si esto ocurre, la empresa va a tener una tesorería existente muy elevada, con lo que puede destinar unos recursos “nuevos” a financiar otras partidas del activo, como puede ser inmovilizado. De tal manera que, lo referido en el cociente que refleja el coeficiente básico de financiación cuando el fondo de rotación necesario sea negativo, se presenta perfectamente y la situación de solvencia de la empresa es mucho mayor, ahora bien, desde el punto de vista de las rentabilidades quizá el destino proporcionado a esos recursos “nuevos”, no son los adecuados, dado que dependerá de los beneficios obtenidos con nuestros activos, para el caso de la rentabilidad económica o del beneficio obtenido dependiendo de las fuentes financieras, para el caso de evaluar nuestra rentabilidad financiera.

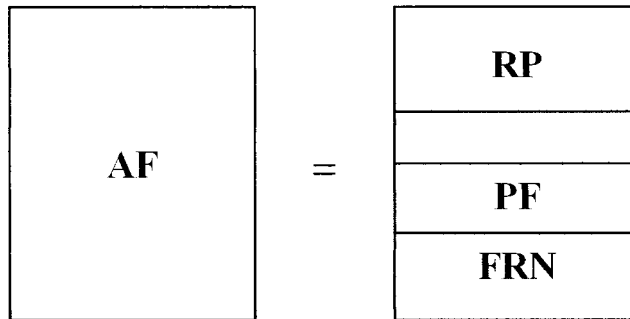
No es nuestra intención estudiar los criterios de la rentabilidad de las empresas, ya sea rentabilidad económica como financiera, pero de cara a nuestro trabajo, consideramos interesante la apreciación ofrecida. Ahora bien, el hecho de que la empresa individual, cual sea su composición y actividad así como en el caso de los grupos de empresas, tenga o tengan un fondo de rotación necesario negativo y que, desde el punto de vista financiero esa situación se considera lo mejor, no implica que el fondo de rotación existente deba ser negativo. Si creyéramos esto, estaríamos en el más grave de los errores, ya que es evidente, que si se produce una situación en la que nuestros proveedores nos financiaran incluso hasta nuestra estructura fija, no debemos olvidarnos que las deudas son obligaciones de pago y como tales las debemos abonar y por tanto, una situación que en principio supusiera una tesorería mínima, es seguro que una vez pasado el tiempo de diferencia entre el cobro y el pago a los acreedores, la situación de la tesorería pasaría de un nivel muy bajo a mantener un nivel medio de cobertura media.

Si realizamos la representación gráfica de los componentes del coeficiente básico de financiación teniendo en consideración un determinado fondo de rotación necesario obtendremos una figura similar a la siguiente:

### Ciclo de explotación

Existencias	MMPP	Proveedores
	En Curso	
	PP.TT	
Tesorería mínima para cubrir desfases		Deudas a corto
Necesidades de financiación (F.R.N)		

### Coficiente Básico de Financiación



*Figura 3*

Este cociente, al igual que ocurre, cuando el coeficiente básico de financiación está basado en un fondo de rotación necesario positivo, puede que tenga un resultado, mayor, igual o menor a la unidad, pero, en el caso que dicho cociente esté basado en un FRN negativo, las interpretaciones, pueden variar. Así, para el primer caso, un resultado igual a la unidad, supone una correcta proporcionalidad financiera entre recursos financieros a largo plazo y elementos inmovilizados del activo fijo y circulante y es una de las condiciones que hacen que las empresas tengan un equilibrio estable, siempre que sea matizado por dos condiciones

complementarias que evitan problemas de refinanciación<sup>23</sup>, como son: que el neto de la empresa sea mayor o igual al **FRN** más el activo fijo, no sujeto a depreciación. Es decir, los fondos propios y por tanto recursos no exigibles deben cubrir, como mínimo, el importe de los activos que, por pertenecer al fondo de rotación necesario o no estar sujetos a depreciación, no se transformarán, durante la vida de la empresa, en recursos disponibles. Y por otro lado, debe de cumplirse que la proporción entre los restantes recursos propios y los ajenos a largo plazo debe ser tal, que se cumpla el necesario equilibrio entre amortizaciones técnicas y financieras, para poder hacer frente a las cuotas de amortización financiera con el excedente de tesorería, obtenido por la amortización técnica, por lo que se consideran como proporción adecuada, como mínimo que las cuotas de amortización técnica sean iguales a las de amortización financiera, no admitiendo como viable, el caso, que las cuotas de amortización técnica, sean menores que las cuotas de amortización financiera, pues evidenciarían situaciones de financiación inestables a no ser que la diferencia entre dichas cuotas estuviera cubierta por fondos propios consolidados. Cuando se producen todas estas condiciones es cuando podemos decir que las empresas tiene una estructura financiera caracterizada por un equilibrio estable.

Ahora bien, cuando el coeficiente básico de financiación está compuesto por un fondo de rotación necesario negativo, los resultados pueden ser idénticos pero las conclusiones deben ser diferentes, así, cuando el cociente es igual a la unidad, el numerador es igual al denominador y por tanto, los recursos permanentes, financian los activos inmovilizados, pudiéndose dar la siguiente conclusión; dependemos del FRN como recursos para financiar parte de nuestro activo fijo, lo que supondría cambios e inestabilidad financiera en un futuro, si las empresas sufren variaciones o retrasos en sus cobros, de tal forma que, ocasionen cambios importantes en nuestro FRN; cuando el cociente es menor que la unidad, puede que la situación sea más grave, que lo que pudiera resultar de tener un FRN positivo, ya que en el caso de que se produzcan los desfases anteriores, se pasaría a un desequilibrio acuciante; cuando es superior a la unidad puede suponer una situación de equilibrio mayor a la que se tienen en caso de un FRN positivo.

---

<sup>23</sup> RIVERO TORRE, P: "El balance y la representación contable de la actividad .... Op.cit. p. 57.

## 5. CONCLUSIONES

A partir de un posicionamiento ordinario, tenemos que considerar a todo el análisis de los estados financieros en cualquiera de sus modalidades, como una consecuencia que establece algo relativo. Es decir, que la distinción entre el corto y largo plazo, varía ostensiblemente de utilizar el criterio que establece el PGC 90 español o utilizar el criterio interno de la Duración Media del ciclo de explotación, e influye de forma substancial en todos y cada uno de los ratios o cocientes utilizados a lo largo del presente artículo donde existan como componentes, la propia duración media o alguna partida recogida en el Balance.

Si ofrecemos un desglose de las conclusiones, para el primero de los análisis observados, podemos considerar como solución para solventar esta falta de concordancia entre los resultados existentes entre análisis patrimoniales de la misma empresa, la utilización de un sistema de información integrada o sistema contable integrado, ya que por medio de éste, se elaboran instrumentos de información, que son los resultados de la fusión entre la contabilidad interna y externa, suministrados a los distintos usuarios, los cuales, utilizarán según sus necesidades.

Por tanto, las perspectivas internas y externas que se fundamentan en distintas bases de información (parcial en unos casos y total en otros) no existen; pues solamente nos referiremos a un único y exclusivo Análisis Patrimonial de la empresa, basado en una única fuente de información básica, el Sistema Contable Integral.

En cuanto a los instrumentos estudiados dentro del análisis financiero, debemos de considerar que la información relativa al Fondo de Rotación Necesario y su composición, sólo es privilegio de los usuarios que puedan acceder a la información interna o información de gestión, siendo limitados a ella, aquellos usuarios que no puedan hacerlo. Limitación que desaparecería, desde el momento que se utilizara una base de información sustentada en el Sistema Contable Integral, por disponer y facilitar dicho sistema a los distintos usuarios, toda la información de la empresa, que hace referencia a los aspectos de gestión y administración, sin adentrarse en los aspectos técnicos derivados de la elaboración de productos, así como, estrategias de mercado, etc.

De esta forma, al no utilizar dicho sistema, en un caso hipotético de comparar dos estudios de la gestión empresarial de una misma entidad, nos encontraríamos con resultados mucho más veraces y con mayores garantías en aquellos que utilizaron toda la información, siendo los empleados por los usuarios exter-

nos, de conclusiones mucho más generales, sin poder realmente, obtener resultados fiables de la gestión empresarial.

Por otra parte, desde un posicionamiento económico del Análisis de los Estados Financieros, estamos en condiciones de afirmar que, esta limitación de información que se presenta sobretodo a los usuarios externos de las empresas, no ocurriría de mediar una presentación de Cuentas Anuales basadas en la información integral, ya que suprimiría de un modo sencillo las deficiencias que en la actualidad existen en la presentación de las Cuentas anuales de las empresas españolas, facilitando entre otras cosas, el análisis de las previsiones financieras, lo que supondrá una transparencia de la gestión empresarial, no existente en la actualidad al utilizar los sistemas de información tradicionales, pues, a parte de que no existe una normalización para ambos, existen diferencias en cuanto a sus criterios de valoración, aspecto no recogido en el Sistema Contable Integral.

De otra parte, debemos tener en cuenta que el Fondo de Rotación Necesario y el Existente, son totalmente diferentes, ya que el primero es un instrumento de previsión en el que se combinan algunos términos muy importantes económico-financieros de tesorería, tiempos, etc. y el segundo, un instrumento propiamente patrimonial, que informa de la situación en un momento determinado de la posición circulante o de corto plazo de la empresa.

Desde nuestra posición de gestión empresarial y en nuestra opinión, hemos observado que la consecución de un Fondo de Rotación Necesario cero ó negativo es la situación idónea para todas o casi todas las empresas, ya que se consigue que la inversión realizada por la empresa en su actividad sea financiada por la parte acreedora participante en esa actividad en cuyo caso el fondo de rotación necesario sería 0. Pero, si tenemos en consideración que la empresa debe buscar y mantener que su periodo de cobro sea menor al periodo de pago, nos dará como resultado una financiación adicional que podremos utilizar incluso para financiar el activo fijo o una parte de ese activo fijo. Esto último se consigue con un Fondo de Rotación Necesario Negativo (FRNN) como puede deducirse de la parte ya comentada del coeficiente básico de financiación.

Este aspecto de disposición de ese excedente conseguido al utilizar un FRNN es muy peligroso, siempre y cuando el nivel de actividad se vea disminuido, ocasionando una desestabilización en nuestro sistema previsional y de financiación de la actividad. En caso contrario, no existiría ningún problema y siempre que mantengamos nuestro periodo de cobro más corto que el periodo de pago, pues con lo que se cobra actualmente, puedo hacer frente a los compromisos de

pago de periodos anteriores (a tener en cuenta, según lo estipulado en el periodo de pago).

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ MELCÓN, S. y URÍAS VALIENTE, J.: Análisis Contable Superior. Edita. UNED. 4ª edición. Madrid, 1989.

BUENO CAMPOS, E. Y CAÑIBANO CALVO, L.: La empresa en la sociedad actual. Edita APD, Madrid, 1976.

CAÑIBANO CALVO, L. y BUENO CAMPOS, E.: Autofinanciación y Tesorería en la empresa: El Cash Flow. Edita Pirámide. Madrid, 1983

CONSEIL SUPERIEUR DE L'ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DE COMPTABLES AGREES. Del Cuadro de financiamiento al Cuadro de Flujos. Versión castellana de LUENGO MULET, P., Edita. Instituto de Planificación Contable.

CONSO, P. y LAVAUD, R.: Fondo de maniobra y política financiera. Edita tecniban, s.a. Madrid, 1975.

CONSO, P.: La Gestión Financiera de la empresa. Tomo I. 5ª Edición. Edita Hispano Europea, S.A. Barcelona, 1984.

GARCÍA MÉRIDA, J.: “El sistema contable integral: Una solución a la limitación de información en la elaboración del Análisis de Estados Financieros”. Revista de Contabilidad y Tributación. Madrid. Agosto 2000.

MONTRONE, A.: “Consolidated Financial Statements. Significance and reliability”. Paper presentado en el XX Congreso de la European Accounting Association (EAA). Gratz, 1997.

RIVERO TORRE, P.: “El balance y la representación contable de la actividad media o típica de la empresa”. Revista española de financiación y contabilidad. Editorial de derecho financiero. Vol. VI, número 19.

RIVERO TORRE, P.: Análisis de Balances y estados complementarios. Ed. Pirámide. 1991.

ROMAN, I.: “Acerca del Período Medio o de Maduración”. Comunicación presentada al VII Congreso de ASEPUC. Barcelona 1996.

URÍAS VALIENTE, J.: Los Flujos Financieros en la Empresa: Un Modelo Económico-Contable de Planificación Financiera. Edita Instituto de Planificación Contable. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid 1983.

# **LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LOS CONSUMIDORES**



# LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LOS CONSUMIDORES<sup>1</sup>

Por

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

*Catedrático E.U. de Derecho Mercantil*

**SUMARIO: ABSTRACT-RESUMEN.** 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.- 2. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD.- 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD.- 4. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LA OFERTA.- 5. PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD.- 6. PUBLICIDAD ENGAÑOSA.- 7. PUBLICIDAD DESLEAL.- 8. PUBLICIDAD SUBLIMINAL.- 9. PUBLICIDAD CONTRARIA A NORMATIVA ESPECÍFICA.- 10. LA PUBLICIDAD EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO. 10.1. Planteamiento. 10.2 Publicidad y consumidor. 10.3. Prácticas frecuentes en Internet.- 11. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE LA PUBLICIDAD. 11.1. Concepto de consumidor. 11.2. Tutela judicial. 11.2.1. Planteamiento. 11.2.2. Autorregulación. 11.2.3. Solución extrajudicial. 11.2.4. Soluciones judiciales. A) *Las acciones de cesación y rectificación.* B) *Acción penal.* C) *Acciones civiles:* a) *Medidas cautelares;* b) *Otras acciones;* c) *Efectos de las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios.* D) *Acciones administrativas.* 12. REFLEXIÓN FINAL.

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en la apertura del Curso de la Universidad Popular de Plasencia, el día 16 de octubre de 2005.

## **ABSTRACT**

*Publicity es necessary in a mass society. It forms the great engine in economic development, generated by employer's wish and need to offer their goods and service into the market.*

*Publicity shapes our economic system in such a way that its suppression could not only collapse the Economy but also change a lot of people's behaviour because that advertising activity has a multiple influence upon society and consumers in particular.*

*Publicity has to bow to certain requeriments so that, aiming to the consumer's protection it will have to fulfil several requeriments to limit and regulate itself, too.*

*In the last part of this study, consumer's legal actions are analiyzed to protect against Publicity abuse.*

## **RESUMEN**

La actividad publicitaria es necesaria en una sociedad de masas. Constituye un gran motor en el desarrollo económico, producido por el deseo o la necesidad de los empresarios de ofertar sus bienes y servicios en el mercado.

La publicidad conforma de tal manera nuestro sistema económico que su supresión podría no sólo colapsar la economía, sino cambiar muchos comportamientos, dado que la actividad publicitaria tiene una múltiple incidencia sobre la sociedad y, de manera especial, sobre el consumidor. La publicidad se proyecta en el aspecto económico, en el arte, y también afecta el ámbito de la libertad humana.

Pero la publicidad debe someterse a ciertas normas, de ahí que, de cara a la protección del consumidor, sea necesario establecer unas reglas que limiten y regulen la publicidad. En la parte final del trabajo se analizan las acciones legales que tiene el consumidor para protegerse de los abusos de la publicidad.

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La publicidad es un tema recurrente, no en vano vivimos en una sociedad de masas y el progreso y el bienestar social la han venido conformando como una sociedad en el que el consumo –y a veces, el consumismo–, representa un gran exponente del desarrollo económico, motivado por el designio de los operadores económicos –principalmente, empresarios o comerciantes– de colocar sus productos y servicios en el mercado.

Tradicionalmente, en los estudios sobre publicidad se ha partido de posiciones encontradas, incluso con partidarios –cada vez menos– de suprimirla o reducirla a la que pudiéramos catalogar como necesaria o justificada, de caras a evitar los conocidos abusos en los mensajes.

La defensa de las posturas encontradas con la actividad publicitaria, llevadas a sus últimas consecuencias, podría originar la causación de más inconvenientes que ventajas. En efecto, tal como está estructurado nuestro orden económico y social, la publicidad es de todo punto necesaria. Hoy en día es prácticamente imposible concebir nuestras relaciones sociales y económicas sin publicidad; y la satisfacción de nuestras necesidades sin la oferta publicitaria. La publicidad conforma de tal manera nuestro sistema económico que su supresión podría no sólo colapsar la economía, sino cambiar muchos comportamientos, y que la publicidad tiene una múltiple incidencia sobre la sociedad y, de manera especial, sobre el hombre. La publicidad se proyecta en el aspecto económico, en el arte, y también toca el ámbito de la libertad humana.

La publicidad es un motor en el orden económico: crea empleos, en multitud de facetas (anunciantes, agencias, actores, artistas, directores, productores, empresas auxiliares técnicas, etc.). Por ende, genera riqueza. Pero, además, permite la existencia de medios de información que, en principio, se dicen libres y que, en muchos casos, responden a estas expectativas, habida cuenta que sin la publicidad, medios de comunicación como prensa escrita, radio o televisión no podrían financiarse.

Algunas facetas de la publicidad constituyen auténticas manifestaciones de obras de arte: fijémonos como mayor exponente en la publicidad de base fotográfica o audiovisual para exhibirse en cines o

televisión. Hay anuncios que son deslumbrantes, que constituyen auténticas obras de arte, con gran acogida entre el espectador-consumidor porque tiende a satisfacer sus apetencias psicológicas. El ejemplo más patente lo tenemos en el spot de televisión o del cine. Es una historia generalmente contada en veinte segundos. Estas historias captan la atención del destinatario porque entretienen, transmiten mensajes de felicidad y prometen más bienestar físico, psíquico o económico. Para lo cual solo hay que recordar los anuncios sobre productos de belleza, perfumes, electrodomésticos, concursos loterías, etc.). En definitiva son promesas de felicidad que garantizan el triunfo social, que es lo que desea el hombre, pues, en palabras de J. Benthan, el hombre siempre busca la felicidad y el placer.

La publicidad también tiene otro aspecto positivo: nos ayuda a ser más libres en la sociedad de consumo. Nos informa y nos concede el derecho de optar, de elegir los productos que creemos mejores para satisfacer nuestras necesidades.

Ahora bien, la publicidad no es una actividad que pueda calificarse exclusivamente de positiva. También tiene aspectos negativos. Se ha dicho que con la publicidad se intenta hacer valer lo que vale y lo que no vale. Así, el verdadero arte publicitario consistiría en vender lo imposible y, pese a lo que pueda creerse, lo normal es que se consiga.

Es meridiano que la publicidad puede manipular al consumidor y hacer que se cree necesidades ficticias, olvidándose de las propias. También puede afectar al desarrollo psíquico de personas especialmente sensibles, como los niños. Asimismo, puede perjudicar al individuo por cuanto al crearse necesidades falsas, se obliga a consumir con desmesura. Y, finalmente, existe otro peligro en la publicidad que puede afectar a la libertad de expresión, al correr el riesgo de que muchas informaciones dispensadas por medios de comunicación queden mediatizadas o sometidas a las presiones o demandas de los anunciantes.

Todas estas razones abogan por la búsqueda de una juridicidad en los mensajes publicitarios. La publicidad debe reglarse. Es de todos conocidos que vivimos en una economía de mercado, aunque deberíamos decir con mayor rigor que estamos en una economía de mercado del Estado social, y la cláusula social, consagrada en el artículo 1 de nuestra Constitución, justifica la intervención del Estado a fin de ordenar las

relaciones económicas. De esta forma, como complemento y ejecución de referida cláusula social, el artículo 51 de nuestra Carta Magna sienta el principio de protección de los consumidores, de donde se deduce la necesidad de normar la publicidad.

La comunicación que se produce entre el emisor o anunciante debe, pues, someterse a unos principios éticos, deontológicos o jurídicos, dado que la interrelación que se suscita en la publicidad puede afectar negativamente a los consumidores y a otros operadores económicos que intervienen en el mercado. Así, los propios consumidores necesitarán defenderse frente a falacias o manipulaciones de los anunciantes, pero también los empresarios tendrán que ser protegidos frente a los competidores desleales para que el mercado funcione correctamente, haya una concurrencia perfecta y se eviten situaciones de monopolio.

Sentado que la publicidad tiene aspectos positivos y negativos y que, por ende, es necesario reglar la publicidad, vamos a abordar el concepto y la caracterización del término publicidad para poder comprender mejor las normas que regulan esta actividad.

## **2. CONCEPTO DE PUBLICIDAD**

El término publicidad no es unívoco; alberga varias acepciones. En un primer sentido la publicidad se vincula con la idea de hacer público algo; se relaciona con el deber de información de determinados hechos, actos o informaciones de interés público. En muchos casos viene impuesto por una obligación legal, como es la publicación de las normas en el Boletín Oficial del Estado.

En un segundo sentido la publicidad se refiere a la difusión de un mensaje publicitario, como mensaje informativo discrecional con un carácter y fin persuasivo que se realiza y difunde de acuerdo a técnicas específicas. Dentro de este apartado podríamos mencionar, de un lado, la publicidad pública, que se produce a través de campañas institucionales, electorales o bien comunicaciones de la actividad administrativa. Y, de otro, la que es objeto de nuestro análisis, que es la encaminada a difundir determinados mensajes comerciales.

El mensaje publicitario no comercial no tiene por objeto la difusión de ideas persuasivas relacionadas con el consumidor, para la promoción

de un servicio o producto, sino que se realiza para cumplir determinados fines sociales o administrativos, y puede estar ejecutada tanto por órganos públicos en el desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público como por entes privados en el ejercicio de actividades de patrocinio publicitario no comercial, como cuando se difunde un mensaje referido a un sujeto a través del fomento de una determinada actividad de interés general con una finalidad inmaterial.

La publicidad realizada por órganos públicos se rotula como *institucional*, entendiéndose por tal la publicidad no gratuita promovida por el Estado o las Administraciones públicas y contratada con los medios de comunicación social. Se regula por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que expresamente en su artículo 1.2, excluye las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen las entidades públicas pertenecientes al sector estatal en el cumplimiento de los fines que le son propios.

El mensaje publicitario comercial se realiza por la empresa o por cuenta de sujetos que actúan en ejercicio de su libre voluntad, por tanto sin deber jurídico, como medio para promover la contratación de bienes o servicios, y sin que en todos los casos se espere una respuesta inmediata del destinatario, ya que puede hacerse con fines a largo plazo. En este punto se incluye tanto la publicidad directa: el mensaje publicitario referido a un producto que tiene como objeto único el aumento de ventas; y la publicidad indirecta, de retorno o social, que también se denomina publicidad institucional privada, y se relaciona con la idea de sponsorización o patrocinio publicitario de carácter comercial. En estos casos, el mensaje publicitario va referido al empresario y no a bienes y servicios, y la finalidad es ponderar la labor social del mismo.

Lo que a nosotros nos interesa desde el punto de vista jurídico de la protección de los consumidores es la publicidad comercial. El desarrollo normativo de este tipo de publicidad lo encontramos tanto a nivel nacional como europeo. Ambos ordenamientos se refieren a este tipo de publicidad, por ser la que mayores problemas jurídicos plantea en relación con la defensa de los consumidores y usuarios y la libertad de empresa

La Ley general de publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, define la publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad

comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. El concepto que se recoge en este artículo se refiere a la publicidad comercial, que es la que se trata de tutelar, extremo que tiene en cuenta el propio legislador, pues en el artículo 9 señala que serán de aplicación las normas contenidas en el Título III de la Ley a todos los contratos publicitarios aún cuando versen sobre actividades distintas a las comprendidas en el artículo 2; por lo cual la Ley de publicidad sólo es general en materia de contratos publicitarios.

La definición que da el legislador español de publicidad es prácticamente igual a la que se recoge en la Directiva 84/450, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, en la que se dice que publicidad es “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. La diferencia que presenta la Ley española con la Directiva comunitaria es mínima y se refieren a aspectos muy concretos. Así, la Ley española especifica que el sujeto que realiza la comunicación puede ser tanto público como privado, por lo que, aunque se trate de un ente público el que realice una actividad de publicitaria de índole comercial, quedará regulada por las normas legales aplicables.

La Directiva señala la promoción de suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones. En cambio la Ley española se refiere a la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones tanto de forma directa como indirecta. Se colige, pues, que la expresión que utiliza el legislador español es más amplia y engloba el suministro de productos, sin necesidad de mención expresa.

En consonancia con todo lo que hemos indicado, podemos definir la publicidad como toda forma de comunicación realizada por una persona en el ejercicio de una actividad mercantil o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación los bienes y servicios que oferta en el mercado.

De esta noción colegimos la existencia de dos elementos que

configuran el concepto. De una parte, un elemento objetivo, consistente en una comunicación o mensaje informativo, que tiene un contenido netamente comercial y que da a conocer a los destinatarios, potenciales usuarios y consumidores y otros empresarios, las características o utilidades de los productos o servicios que se ofertan; y de otro, un elemento subjetivo, que conlleva una intencionalidad persuasiva. Este *animus* subjetivo comporta la utilización de técnicas lingüísticas, visuales, auditivas y psicológicas con las que se pretende influir en la decisión del receptor del mensaje, así como el empleo de técnicas artísticas que dotan a la publicidad del carácter de obra o creación artística y que puede protegerse como una obra de la inteligencia (cfr. art. 23 Ley General de publicidad). El carácter persuasivo va ínsito en el propio mensaje, por lo que la conjunción de ambos conforma el mensaje (masaje) publicitario.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD

La publicidad comercial se configura como una forma de comunicación que tiene una finalidad lucrativa, no en sí mismo, dado que dicha comunicación no está condicionada a ninguna contraprestación, sino en cuanto se pretende generar con la misma beneficios, que son los resultados que persigue el mensaje a través de un aumento en la contratación de los bienes o servicios que se ofertan. La publicidad no se configura como información, dado que ésta se difunde con el ánimo objetivo de comunicar, extender o difundir noticias o conocimientos, sin intención de obtener un lucro a virtud de dicha comunicación, si bien es verdad que en determinadas ocasiones para obtener tal información debemos prestar una compensación. Tal ocurre cuando debemos abonar un precio para adquirir un diario de información o ver un noticiero de una cadena de pago. Por el contrario, nunca debemos satisfacer una contraprestación para conocer mensajes publicitarios.

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han entendido que la publicidad no puede considerarse asimilable a la actividad o función informativa; la publicidad no se traduce en la mera expresión de pensamientos, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier medio de reproducción, como indica el artículo 20 de la Constitución

Española, sino que la publicidad se traduce en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad.

En otro orden de ideas hay que hacer constar que el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que la publicidad, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cambio, no comparte esta opinión y entiende que la libertad de expresión se debe garantizar a todas las personas, sin distinguir la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido, abarcando a la expresión artística, a las informaciones de carácter comercial y a los mensajes publicitarios. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que los mensajes publicitarios como hecho comunicativo propio están amparados en el ejercicio de la libertad de expresión.

La publicidad comercial como hecho comunicativo se desenvuelve en el ejercicio del derecho de libertad de expresión, pero a la vez en la libertad de mercado. Sin embargo, sus valores preponderantes deben ser ponderados en atención al fin que persigue y su inclusión dentro del juego de la libre competencia y de la protección de los consumidores, sin que la libertad de expresión afecte a la publicidad como tal. Otra cosa es que, tangencialmente, como forma de expresión pueda tener relevancia dicho derecho, pero nunca de forma directa, y este parece ser el sentido que predica el Tribunal Constitucional en sentencias de 17 de abril de 1989 y 4 de octubre de 1993, que llega a anular la sentencia del TS de 22 de octubre de 1990 al estimar que faltaba una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, entre ellos el de la libertad de expresión.

#### **4. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y LA OFERTA**

La oferta es una actividad comercial de una parte contratante encaminada a que se produzca la perfección de un contrato; es, en síntesis, un

acto de una persona que confiere a otra el poder jurídico de crear el negocio jurídico. No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales, y tiene un carácter eminentemente comunicativo o transitivo.

Como requisitos generales de la oferta suelen mencionarse, en primer lugar, que debe incluir la intención de obligarse del oferente. En segundo lugar, ha de ser completa, de tal forma que contenga todos los elementos esenciales que sean necesarios para la conclusión del contrato. Por otra parte, debe tener un carácter definitivo: no debe expresarse bajo confirmación o con reserva de aprobación. Ha de estar emitida de manera que el oferente no deba realizar ningún acto adicional para concluir el contrato, para el supuesto que el receptor la acepte, aunque puede estar sometida a condición o término. Y, finalmente, debe estar dirigida a la persona o personas con las que el oferente desea concluir el contrato.

La actividad publicitaria la hemos definido como un mensaje informativo de carácter persuasivo que se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos promoviendo la contratación de bienes o servicios. La publicidad como modo de comunicación es uno de los medios que garantiza la toma de contacto entre empresario y consumidor, y entre empresarios entre sí. El anunciante emite un mensaje con dos elementos claros que configuran el objeto de la publicidad: el elemento objetivo, con el que el emisor quiere dar a conocer un producto o servicio normalmente identificado por una marca; y el elemento subjetivo impregnado de un ánimo persuasivo consistente normalmente en la ponderación *ad maiorem* de tales productos. Para que se cumpla el fin perseguido por la publicidad comercial el receptor del mensaje debe ser impulsado a la perfección del contrato.

Desde el momento en el que se emite el mensaje publicitario aparece una relación entre los sujetos partes (vendedor-consumidor). Sin embargo, no existe un vínculo jurídico entre las partes hasta que no se ha perfeccionado el contrato. Por ello, debemos preguntarnos si la publicidad es una auténtica oferta de contrato (cuya aceptación daría lugar al nacimiento de un contrato) o si, por el contrario, es una simple invitación a negociar

La doctrina clásica ha venido sosteniendo que una propuesta de

contratar dirigida a sujetos indeterminados no es una verdadera oferta, ya que para que ello se produzca debe desarrollarse entre sujetos individualizados. Esta teoría ha sido superada por la dogmática, y hoy se considera que es posible la oferta a una pluralidad de personas indeterminadas o al público. Así las cosas, surge la cuestión de tener que diferenciar entre oferta y publicidad, pues toda actividad que esté encaminada a dar a conocer un producto o servicio sin los requisitos propios del contrato, no entrará dentro de la propuesta u oferta. Existe así el riesgo de que se alegue por parte del oferente el carácter de meras invitaciones a contratar de éstas para eludir el efecto vinculante de una aceptación emanada de un receptor. En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico cabe considerar la validez de ofertas indeterminadas y públicas, siempre que reúnan todas las características del contrato, teniendo en cuenta que, en todo caso, las condiciones más beneficiosas del contrato siempre prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad, y así se contiene en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Sin embargo, la determinación de un mensaje transmitido como oferta o como publicidad dará lugar a una relación jurídica totalmente distinta. La finalidad de la publicidad comercial es fomentar directa o indirectamente la perfección de ese contrato; la finalidad de la oferta es ofrecer una cobertura a la contraparte para perfeccionar el contrato, de ahí que el alcance jurídico de ambos mensajes sea bien distinto.

## **5. PRINCIPIOS DE LA PUBLICIDAD**

El artículo 51 de nuestra Constitución establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Estas garantías constitucionales se pueden ver afectadas por la actividad publicidad como consecuencia de la vinculación que tiene la misma tanto con los intereses económicos de los consumidores como con otro tipo de bienes inmateriales: la salud o la intimidad.

Para la defensa de los consumidores y usuarios en materia de publicidad el Estado ha articulado un marco normativo en el que

sobresalen la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley General de Publicidad, junto a la normativa específica que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y la publicidad en determinados medios de difusión. Este conjunto de leyes contiene una aplicación efectiva de los principios jurídicos de la publicidad mediante la tipificación de los supuestos de ilicitud publicitaria y sus consecuencias jurídicas. La publicidad ha de estar fundada en principios sólidos. Ya en el Estatuto General de la Publicidad de 1964, normativa precursora de la actual Ley de General de Publicidad de 1988, se recogían una serie de principios que, *mutatis mutandis*, podemos considerar vigentes y que, por tanto, informan nuestro ordenamiento jurídico.

a) *El principio de veracidad*

Se basamenta este principio en la idea de que todas las afirmaciones contenidas en los mensajes publicitarios deben ser veraces. Deberá respetarse la veracidad en las comunicaciones, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Se prohíbe, por consiguiente, la publicidad falaz o engañosa. Este principio tiene su reflejo en los artículos 4 a 6 de la actual Ley General de Publicidad.

La determinación del cumplimiento de este principio no resulta fácil en la práctica por la propia composición del mensaje publicitario en el que la persuasión tiene una función fundamental, de tal modo que la información publicitaria aún siendo veraz en su contenido puede tener algún planteamiento que induzca a error. Por esta razón, se impone la necesidad de realizar constantemente una interpretación del mensaje publicitario antes de proceder al análisis y enjuiciamiento del mismo.

Se ha venido distinguiendo siempre entre lo que se considera el *dolus malus*, que es la intención de engañar, y el conocido como *dolus bonus*, que suele tolerarse, en cuanto viene a representar una ponderación, si se quiere exagerada, de la bondad de un producto, y que se da por hecho que todo consumidor sabe discernir. Ya los pretores romanos no concedían acción por engaño en lo que calificaban actuaciones comerciales *ad pompam vel ostentationem*, cuando se exhibían en el exterior de las tiendas las mejores frutas del establecimiento para atraer la atención de los

potenciales clientes. Esta idea suele responder a lo que en derecho anglosajón se denomina *motivation*.

#### b) *Principio de legalidad*

Por su parte el principio de legalidad, que puede hoy considerarse integrado en los artículos 1 y 3.a) y e) de la Ley General de Publicidad, hace referencia a la necesidad de que el mensaje publicitario no contravenga ninguna norma del ordenamiento jurídico.

La norma que sirve de referente a la publicidad es la Constitución española. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley General de Publicidad es ilícita toda publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

La dignidad humana se diversifica jurídicamente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; derechos que quedan garantizados constitucionalmente en el artículo 18.1, y que actúan como límite a la libertad de expresión. La protección de la dignidad de las personas en relación con los mensajes comunicativos es siempre un punto de conflicto en el que el derecho a la información (en este caso publicitaria) tiene que ceder, en principio, en pro de la dignidad humana, tal y como se reconoce en el artículo 20.4 de la Constitución.

Como sabemos, la infancia y la juventud son conceptos jurídicos indeterminados con los que entendemos que se está haciendo referencia al menor de edad, en tanto que es el menor de edad el sujeto materialmente protegido por la legislación publicitaria que desarrolla al Texto Constitucional y a la Ley General de Publicidad. En este sentido la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en el desarrollo del marco jurídico de protección reconocido constitucionalmente, dedica especial atención a los derechos del menor en el campo de la información y de la comunicación. Por su parte, la Ley 22/1999, de 7 de junio, concreta lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Constitución y señala que la publicidad no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores debiendo respetar los principios básicos que enumera, como que no debe incitar a los menores a la compra de un producto; no debe explotar la especial confian-

za de los niños en sus padres y profesores, no podrá sin justificación presentar a los niños en situaciones peligrosas. Y en el caso de publicidad. En el caso de publicidad o venta a distancia de juguetes (en cualquiera de las modalidades que puedan producirse), éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daños para sí o para terceros.

En relación con la publicidad sexista, se resalta la prohibición de mensajes publicitarios de alto contenido discriminatorio hacia la mujer y que la presenten en situación de inferioridad o reglada a determinados puestos de trabajo o funciones.

### *c) El principio de autenticidad*

La autenticidad hace referencia a la necesidad de que la actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal, a fin de evitar que se confunda con noticias o informaciones no publicitarias. En suma, que la publicidad sea claramente reconocible y se diferencie del resto de la información. No se trata explícitamente de combatir la publicidad engañosa, ya que esta parte del supuesto de que se reconoce como publicidad pero se falta a la verdad en el contenido del mensaje publicitario. La autenticidad de la publicidad hace referencia a que no se enmascare el mensaje publicitario con otro tipo de mensajes, que pueda provocar en el receptor un error sobre el alcance del mismo. La Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (en la que se recogen las reglas formales sobre la presentación, tiempo de emisión e interrupciones publicitarias), especifica que la publicidad debe ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos, acústicos o ambos. En el mismo sentido se manifiesta el legislador en la Ley 34/2002, de 11 de noviembre, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, al disponer en el artículo 20.1 que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente

identificables como tales y en el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico o equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”.

d) *El principio de libre competencia*

Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes y servicios, la que tiende a producir descrédito de los competidores o de los productos mismos, y, de modo más genérico, aquella que sea contraria a las buenas costumbres o a la corrección que debe presidir el tráfico económico en el mercado. Por tanto, este principio implica la relación de la publicidad con las leyes del mercado, particularmente con las leyes de libre competencia y prohibición de la publicidad desleal. Este principio, que se vincula directamente con la protección de los consumidores por la relación existente entre la publicidad desleal y engañosa, ha tenido reconocimiento legal en materia publicitaria en la Ley General de Publicidad (el art. 6 es un ejemplo), en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

La publicidad que no se ajuste a estos parámetros es publicidad ilícita. Por consiguiente, será publicidad ilícita aquella que infrinja principios fundamentales normativos de nuestro ordenamiento jurídico, así como la que atente contra la dignidad de las personas o vulnere derechos reconocidos en la constitución o en las leyes. También es ilícita la publicidad engañosa, desleal, sublimizar, y aquella que vulnere lo dispuesto en las normas sobre comercialización y consumo de determinados productos por sí o en relación con determinadas personas, como es el caso de los niños.

## 6. PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Por publicidad engañosa se entiende todo aquel mensaje publicitario que, por faltar a la verdad, puede inducir a error a sus destinatarios, causándoles o pudiéndoles causar un perjuicio económico. La Ley general de publicidad la define expresamente como: “la publicidad que de cualquier modo, incluida su presentación, induce o puede inducir a erro-

res a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca error de los destinatarios”.

Atendiendo a esta definición la publicidad será engañosa en distintos supuestos: a) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la presentación del mensaje, ello se producirá a través de expresiones ambiguas o con varios significados; b) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la información que transmite el mensaje publicitario: por ejemplo en relación a los precios a la calidad; c) cuando induzca a error al destinatario como consecuencia de la omisión de información en el mensaje publicitario: se omiten datos sobre peligrosidad, contraindicaciones, etc. Además de por la información que se transmite, el error se puede desencadenar por la omisión de datos fundamentales en la información. La Ley emplea la expresión “datos fundamentales” para exigir la veracidad de la información. Es patente que se trata de un concepto genérico e indeterminado que impone la necesidad de una interpretación para poder dilucidar con acierto el auténtico significado del concepto. Por eso se ha propuesto como solución que la interpretación de los datos y del conjunto del mensaje publicitario se realizará teniendo en cuenta la mentalidad del consumidor medio y de la posible interpretación que éste pueda hacer. Bien es cierto que, si atendemos a la interpretación de un consumidor medio puede ser que lo que para él sea un dato fundamental no lo sea para el anunciante, por lo que se produciría cierta inseguridad. De ahí que la Ley tenga que descender a realizar un catálogo abierto sobre los elementos fundamentales a tener en cuenta para determinar el engaño: origen y procedencia geográfica, calidad, identidad, categoría de fabricación, resultados que puedan obtenerse, nocividad o peligrosidad, etc. (cfr. art. 5.1).

Ya hemos comentado que es práctica usual admitir una cierta exageración en la publicidad que constituye el “dolos bonus”, que es lo que la doctrina norteamericana entiende como “motivation”, y que los romanos ya entendían como actuaciones “ad pompam vel ostentationem”. La exageración publicitaria, pues, no debe confundirse con la engañosa,

pues en aquella se utilizan expresiones tendentes a ensalzar la actividad el producto o servicio que se publicita, de forma tal que los destinatarios del mensaje lo reconocen como carente de una base objetiva y comprende en auténtico alcance del mismo.

Sin embargo, la ponderación favorable debe tener un límite, dado que en otro caso nos encontraríamos con una verdadera intención de engañar. No es necesario para que la publicidad sea engañosa que el error efectivamente se produzca sino que basta con que pueda inducir a error. La inducción al error se da desde el mismo momento en el que se pueda afectar a la información transmitida, por el contenido del mensaje o por los datos omitidos en el mensaje, o al comportamiento económico del destinatario en cuanto pueda perjudicar al mismo. No es necesario, por tanto, para que la publicidad se considere engañosa, que el daño efectivamente se produzca sino que resulte potencialmente susceptible de producirse.

La publicidad engañosa, que en la mayoría de los casos no se hará con una clara evidencia, puede detectarse a través de ciertos indicios que determinan el carácter falaz o tendenciosamente falaz de la misma. Así, se consideran indicios claros de publicidad engañosa: a) La utilización de expresiones ambiguas, desconocidas, o con una pluralidad de significados puede desencadenar el engaño. Cuando una expresión posee varios significados y la comúnmente entendida por los destinatarios del mensaje no se corresponde con la realidad, existe el riesgo de que el destinatario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponde con la realidad. b) El uso de expresiones que siendo veraces conducen a extraer conclusiones que no se corresponden con la realidad. c) La utilización en el mensaje de la promesa excesiva. En ella el anunciante realiza una suma de varias promesas publicitarias que serían razonables aisladamente pero que son inalcanzables en su conjunto.

Pese a la gran prolijidad del artículo 5 de la LGP no hay que olvidar que el precepto tiene un carácter meramente indicativo, que se manifiesta mediante el uso de la expresión “tales como”, por lo que el error determinante de engaño puede recaer sobre cualquier otro extremo que en el supuesto concreto pueda influir en la decisión del consumidor. En cualquier caso, como han señalado Massaguer y Palau el anunciante no está obligado a adoptar una posición neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria. Sí lo está, en cambio, a evitar o en

su caso completar las manifestaciones, indicaciones o alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo de inducción a error, como resultado de informaciones anteriormente emitidas o de conocimientos o experiencias propias de los destinatarios. El carácter persuasivo del mensaje publicitario imposibilita la emisión de información objetiva e impone, en su defecto, el cumplimiento del principio de veracidad que se ve satisfecho cuando no existe discordancias entre el mensaje publicitario y la oferta propiamente dicha en la que se han de cumplir los requisitos mínimos de información objetiva. Como precisa el Tribunal Supremo “no existe publicidad engañosa cuando el modo de anunciar más bien se encamina a inducir a la lectura de la total oferta en la que se dan los detalles de la veracidad complementarios”.

## **7. PUBLICIDAD DESLEAL**

Entendemos por publicidad desleal aquélla que resulta contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas y buenos usos mercantiles. La publicidad afecta en primer lugar el anunciante, que es el emisor del mensaje publicitario y que se configura como la persona en cuyo interés se realiza. El anunciante podrá ser en principio un operador económico (empresario o profesional), pero también puede suceder que cualquier otra persona a título privado –y por lo tanto no profesional- formule ofertas publicitarias. En este supuesto esta actividad quedaría excluida del régimen jurídico de la publicidad por mor de la delimitación conceptual que establece la Ley, y que determina la exclusiva aplicación de referido régimen a los operadores económicos.

La publicidad desleal se aborda de forma prioritaria desde la vertiente de la tutela de libertad y corrección de los operadores en el tráfico económico, de forma tal que el mercado funcione de acuerdo a criterios de eficiencia. Sin embargo, aunque podríamos entender que la prohibición de la publicidad desleal nos se relaciona con la protección de los consumidores, esta afirmación no es del todo exacta, dado que, como es fácil suponer, un medio fundamental para proteger a los consumidores es el funcionamiento correcto del mercado, tanto en lo que se refiere a la libre competencia como a la lealtad de los concurrentes.

Es meridiano que la competencia desleal, instrumentada a través de

la publicidad desleal, puede perjudicar de forma clara y directa a los consumidores, pues, además de poder generar confusión entre los productos y servicios que le ofertan los operadores económicos, también puede afectar a las tomas de decisiones de los consumidores, dado que una competencia desleal también puede generar engaño. Ello provocaría que, aunque sea de forma indirecta, puedan originársele daños y perjuicios, no solo en cuanto al aspecto económico, sino porque se impide a los consumidores acercarse al mercado con total libertad y se cercena su libertad de elección. Por ello, el artículo 10 del Estatuto de Publicidad de 1963 reconocía que “la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en mercado. Igualmente la Ley General de Publicidad proyecta su regulación al ámbito de la competencia desleal declarando ilícita la publicidad desleal.

En el ordenamiento jurídico español la regulación de la publicidad desleal esta materializada en dos textos normativos: la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), y la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Competencia Desleal (LCD). Ambas leyes tuvieron puntos de confrontación en lo que respecta al concepto de publicidad desleal, discrepancias que fueron salvadas por la doctrina mediante la aplicación del principio “ley posterior deroga a ley anterior”, en cuya virtud la regulación de la Ley general de publicidad se interpretaba y completaba con la Ley de competencia desleal. Sin embargo, la aprobación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la que se modifica la Ley General de Publicidad, permite dudar de la condición de ley posterior a la Ley de Competencia Desleal y en consecuencia de su primacía sobre la Ley General de Publicidad.

Dentro del concepto de publicidad desleal podemos diferenciar tres exponentes indicativos de este tipo de actividad publicitaria, los cuales analizaremos de forma somera a continuación de acuerdo con la exégesis de los textos normativos, dado que la referencia a los mismos se hace necesaria para atender a los posibles daños que puede sufrir el consumidor tanto en la publicidad clásica como en la publicidad realizada en el comercio electrónico, que también abordaremos.

1. *Publicidad denigrante*: El artículo 6 de la LGP, en su redacción originaria, señalaba como publicidad denigrante aquella que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades se considera desleal. Tras la promulgación en 1991 de la Ley de Competencia Desleal la interpretación acerca del concepto de publicidad denigrante se vio modificada en el sentido de entender que no hay denigración cuando la publicidad se apoye en alegaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En cualquier caso, la excepción contemplada en la LGP carece de virtualidad en materia de consumidores. La publicidad desleal afecta a los consumidores de un modo concreto desde el momento en que se puede producir un engaño que puede afectar a su decisión final. Es patente que minusvalorar o inducir a error a los consumidores provocándoles la opinión de que determinados productos o bienes no reúnen ciertas cualidades o pueden causar daños provocaría que el consumidor dejase de consumir los mismos. Si la afirmación sostenida por la publicidad es falaz, se estaría minusvalorando la capacidad de decisión del destinatario, lo que provocaría un engaño, por lo que debe tal práctica debe prohibirse.

2. *Publicidad comparativa*: Se viene entendiendo por publicidad comparativa aquella en la que el anunciante basa su mensaje en comparar la oferta de sus bienes, productos o servicios con uno o varios de los de la competencia, identificados o inequívocamente identificables, con el fin de destacar las ventajas de sus propios productos o servicios frente a los ajenos. La publicidad comparativa puede ser buena para el consumidor, por cuanto se le pueden suministrar conclusiones o consecuencias en las cuales el mismo no había reparado. Ahora bien, no se nos escapa que la publicidad comparativa puede resultar peligrosa, si no se atiende a unas reglas de lealtad o deontología profesional, de ahí que la LGP exija una serie de requisitos para que la misma pueda considerarse como lícita.

La publicidad comparativa ha de apoyarse en características esenciales, esto es en aquellas que se refieran a la función principal del productor o servicio. Además, éstas características deben tener una rela-

ción mutua; esto es, que sean bienes sustituibles y tengan análoga incidencia en el mercado. También las conclusiones deben ser fácilmente demostrables y constatables (cfr. art. 6 LGP). El artículo 6 bis de la Ley 39/2002 mantiene la excepción, y señala expresamente en el punto 2 del citado artículo que la comparación estará permitida si se realiza entre bienes o servicios con la misma finalidad o que satisface las mismas necesidades, siempre que se realice de un modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativa de los bienes o servicios entre las cuales podrá incluirse el precio. La conclusión a la que llegamos en este punto se asemeja a lo que ya hemos dicho, pues entendemos que en materia de consumidores la publicidad comparativa estaría prohibida en cualquier caso (lo dijera expresamente la Ley o no) cuando produzca engaño en el receptor del mensaje, dado que la interpretación de la publicidad se realiza de acuerdo con la interpretación del consumidor medio.

3. *Publicidad que produce confusión por explotación de la reputación ajena.* En relación con la publicidad confusionista, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ha tomado literalmente el precepto que se recogía en la LGP y ha añadido el matiz que lo diferenciaba de la Ley de Competencia Desleal, resultando ilícita la publicidad “que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o (aquí se añade el matiz) de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores”. Como hemos venido sosteniendo, el principal designio del legislador con este precepto es tutelar los intereses de los empresarios, si bien de forma indirecta lo que se produce es una protección de los consumidores y usuarios, habida cuenta que la publicidad que explota la reputación ajena en beneficio propio produce una confusión en el consumidor y le inclina a consumir productos no contrastados y a los cuales se les lleva equivocadamente a consumir. Puede darse este tipo de publicidad incluso incidiendo en la infracción de derechos de propiedad industrial, como los de marca, dado que utilizando marcas parecidas o de difícil distingo, puede producir confusión al consumidor.

## 8. PUBLICIDAD SUBLIMINAL

La utilización de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos que pueden actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida constituye la publicidad subliminal. Es patente que la principal característica de este tipo de publicidad es que no existe percepción como tal. El destinatario, consumidor o usuario, no percibe que está recibiendo un mensaje publicitario y, por tanto, no pone en funcionamiento los mecanismos de alertas que su conciencia y voluntad pueden instaurar. Es manifiesto que la publicidad subliminal se creó para “engañar al destinatario”, buscando una forma de franquear el subconsciente.

Con la prohibición de la publicidad subliminal lo que hace el legislador es reforzar la eficacia del principio de autenticidad de la publicidad. Como hemos sostenido más arriba, el destinatario debe discernir en todo momento que el mensaje o información que recibe se debe a la actividad publicitaria. Ello conlleva que ponga en cuarentena la objetividad del mensaje. Si no lo hiciera así, podría pensar que son noticias o indicaciones de expertos o conocidos por lo que más fácilmente llegaría a sus destino.

La consideración genérica de publicidad engañosa por el modo de presentación, hubiese bastado para entender que la publicidad subliminal es ilícita. Sin embargo y dada las características técnicas especiales que se necesitan para la realización de este tipo de publicidad, el legislador entendió que era necesaria una prohibición expresa y específica para que no se suscitase dudas sobre su interpretación.

## 9. PUBLICIDAD CONTRARIA A NORMATIVA ESPECÍFICA

Con la declaración de ilicitud de la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, que hace el artículo 8.6, la Ley General de Publicidad establece un régimen especial en el que la ilicitud viene determinada por la infracción de una norma reguladora de un supuesto específico de publicidad.

Los regímenes especiales de publicidad son los citados en el referido

precepto de la Ley y que se refieren a: 1) la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias; 2) la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o su patrimonio; 3) la publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar; 4) productos especiales como alcohol, tabaco, etc.

El régimen especial de este tipo de bienes es el previsto en las normas especiales. Dicho régimen podrá establecerse también cuando la protección de los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

## 10. LA PUBLICIDAD EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

### 10.1. PLANTEAMIENTO

La globalización de la economía ha hecho que cambien las formas de gestionar los negocios. La revolución digital, que posibilita nuevas relaciones a través de conexiones remotas a otros terminales, ha supuesto –y va a suponer aún más– un gran cambio en los comportamientos de los consumidores. Un aspecto importante y destacable en el comercio electrónico es la creación de mercados libres, de alta productividad, donde acceden nuevos competidores en igualdad de condiciones, con la eliminación de las barreras geográficas para trabajar y acceder a la información. El uso de nuevas tecnologías supone la utilización de nuevas técnicas de comercio y sobre todo de *marketing*, donde la publicidad va a ser decisiva.

La publicidad en el comercio electrónico puede realizarse de dos formas: la tradicional, que utilizará los medios usuales (prensa, radio, televisión), y que a la postre puede no resultar operativa teniendo en cuenta los destinatarios; y la específica, que tenderá a realizar la promoción en los medios específicos en que se va a producir la contratación. En la propia *Red* podríamos, a su vez, diferenciar varias formas de realizar la oferta publicitaria. Una de ellas pasaría por darse a conocer en otras páginas *Web* más conocidas y de mayor prestigio. Otra, podría servirse de la creación y presentación de iconos y de *banners* en otros *sitios*, normalmente portales y buscadores, de forma que mediante la

técnica del hipertexto, pueda dirigirse al navegante, posible consumidor, hacia la página deseada, en suma, el establecimiento virtual publicitado. Una tercera forma, que ha tenido gran impacto, consiste en dirigirse directamente al terminal de recepción electrónica del consumidor para darle a conocer productos y servicios. Esta forma de *marketing* directo ha tenido gran éxito y cuyo abuso ha generado lo que se ha dado en llamar *spam*, del cual nos ocupamos más adelante de una forma más pormenorizada.

En cualquier caso, teniendo en cuenta las cautelas existentes, la publicidad en el comercio electrónico tiene que realizarse de una forma agresiva, para que sea eficaz. Hay que dar a conocer, en primer lugar, el establecimiento virtual donde se puede producir la contratación con el objeto de promocionar los productos y servicios. El siguiente paso será captar la clientela, para lo cual será necesario conservar el tráfico hacia nuestro “establecimiento” a fin de consolidar el negocio en el ciberespacio.

## 10.2. PUBLICIDAD Y CONSUMIDOR

La publicidad, cualquiera que sea el medio en que se lleve a cabo, debe ajustarse a unas reglas jurídicas. La comunicación que se produce entre el emisor y el destinatario debe someterse a unos principios éticos, deontológicos o jurídicos, porque esta interrelación que se suscita afecta de forma directa a terceros competidores pero también repercute en los consumidores. Por tanto, la actividad publicitaria como fenómeno social, en cuanto afecta a intereses varios, debe estar regulada por el ordenamiento jurídico, dado que puede poner en peligro o lesionar distintos bienes jurídicos.

La publicidad comercial o privada, como hemos dicho más arriba, está regulada de una forma general por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Sin embargo, existen otras disposiciones legales que, desde distintos puntos de vista, contienen normas sobre publicidad, en la medida que la heterogeneidad de la materia hace bastante difícil confiar su regulación a una única norma.

Desde el punto de vista de la publicidad, son los destinatarios los que deben ser prioritariamente protegidos por el ordenamiento jurídico. Este aserto justifica el hecho de que las normas publicitarias incrementan paulatinamente la protección de los consumidores y demás personas –

débiles en el tráfico- a los que puede afectar el mensaje publicitario.

En el ámbito del comercio electrónico no existe una regulación específica sobre publicidad. El artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico remite, en materia de contratación electrónica, a las disposiciones que les sean de aplicación, por lo que resulta una remisión general a la normativa sobre publicidad. La LSSICE se decanta por regular la forma que se considera más idónea para emitir los mensajes publicitarios en este medio, como son las ofertas promocionales y comunicaciones comerciales. Así, el artículo 19 de la LSSICE establece que las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán por la LSSICE y por su normativa específica en materia comercial y publicidad. Por consiguiente, es claro que, independientemente del régimen jurídico aplicable a la publicidad, que sigue el general, la LSSICE se ha visto en la necesidad de reglamentar unas formas específicas de publicidad que no estaba contemplada en la Ley general y que ha resultado una práctica incómoda, dañina y reiterada en el ámbito del comercio electrónico.

De lo dicho se infiere que, en materia de publicidad, en el ámbito del comercio electrónico habrá que tener en cuenta, en primer lugar, los preceptos que de modo general deben aplicarse en la protección de los consumidores y usuarios. Y a tal respecto nos encontramos con el artículo 8 de la LGDCU, que debe cohonestarse con los artículos 4 de la LGP y 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. Tampoco habrá que soslayar otras normas más específicas, como la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, donde existen diversos preceptos relativos a ofertas comerciales que pueden tener incidencia en el aspecto publicitario, o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que en su artículo 1 sienta como objeto de la misma proteger los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente los del honor e intimidad personal y familiar. Asimismo, el Código Penal reprime conductas especialmente graves en relación con las prácticas publicitarias.

Es palmario que, como acto previo a la contratación en el campo de la negociación entre empresas y consumidores –sobre todo en materia de comercio electrónico-, está la oferta contractual. Aquí el ángulo de

análisis es distinto. Nos enfrentamos a la regulación legal y a la ética o corrección de la publicidad, sobre todo desde el punto de vista de protección de la defensa de los consumidores, puesto que en el ámbito de la libertad de competencia y corrección en el tráfico la publicidad puede y debe tener otro enfoque.

La duda que se suscitó sobre la publicidad como oferta contractual, por cuanto que habría que diferenciar si se trata de una mera invitación o es una propuesta que cumple todos los requisitos esenciales para poder perfeccionarse el contrato una vez el consumidor acepte la misma, quedó definitivamente solventada con el artículo 8 de la LGDCU que estableció que “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características y condiciones o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos”. El número 3 de referido artículo contempla que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude.

Este precepto deja claras varias ideas respecto a lo que representa la publicidad para los consumidores o usuarios:

a) Se resalta la necesidad de una publicidad veraz, en el sentido de que la oferta de productos y servicios debe ajustarse a su naturaleza y contenido. Se pone así de relieve que la Ley General de Publicidad se ha dictado también con el objeto de proteger a los consumidores y que, por tanto, no nació con la exclusiva finalidad de regular el tráfico entre empresarios desde la óptica de la competencia en el mercado.

b) El contenido de la publicidad integra la oferta negocial y la misma obliga y forma parte del contrato, aunque después, a la hora de contratar, no se contemple de forma expresa en las distintas condiciones o pactos que se entreguen al consumidor. El consumidor puede exigir que el contenido de la publicidad integre la oferta obligacional del operador económico (empresario o profesional), compeliéndole a su cumplimien-

to. Además de exigírsele su cumplimiento en virtud del ejercicio de las pertinentes acciones judiciales, es claro que también, de no cumplirse por el oferente lo ofrecido en la promoción, podría considerarse una publicidad falsa o engañosa, que comportaría, en su caso, otros posibles efectos que vemos a continuación.

c) Desde el punto de vista de protección de los consumidores y usuarios, la publicidad falsa o engañosa, aparte de los efectos que pueda tener respecto a otros competidores, se considera como un fraude; o lo que es lo mismo, supone un infracción del ordenamiento jurídico e, independientemente de las posibles acciones reparadoras o indemnizatorias al que la sufre, lleva aparejada un sanción para aquél que la ponga en práctica, y que en casos graves se le da relevancia penal.

Dado que la publicidad conforma la parte normativa y obligacional de un contrato, hay que tener en cuenta que el artículo 5.4 de la LCGC establece la necesidad de que en la contratación electrónica conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma contractual, remitiéndose justificación escrita al consumidor. La alusión a la determinación reglamentaria quedó cumplida con la publicación del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

Hemos indicado que la protección por la que aboga la ley es la tutela a ultranza de los demandantes o consumidores, sujetos contratantes más débiles, sin perjuicio del otro fin prioritario de velar por la corrección en el tráfico. La vulneración de normas de publicidad en perjuicio de los intereses de los consumidores y usuarios se tipifica como sanción administrativa que lleva aparejada su correspondiente sanción. Pero el Ordenamiento jurídico ha querido prestar una protección asaz eficaz llegando a criminalizar la publicidad falaz o engañosa. De esta forma el artículo 282 del Código Penal establece que los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Finalmente, signifiquemos que las controversias derivadas de la publicidad ilícita, que serán sometidas a la jurisdicción ordinaria, podrán resolver todo tipo conflictos, y, además de ejercitar las acciones que pueda corresponder, los usuarios y consumidores y, en su caso, las organizaciones de los mismos podrán ejercitar las acciones de cesación y rectificación correspondiente (Disposición Adicional 3ª de la LGDCU; artículo 29 LGP; artículo 12 LCGC, etc.).

### 10.3. PRÁCTICAS FRECUENTES EN INTERNET

La publicidad en la Red, además de los problemas propios de la actividad publicitaria, plantea problemas específicos. El primero de ellos es la posibilidad de que la promoción de productos y servicios tenga lugar de forma individualizada a través de las comunicaciones comerciales, que cuando no son solicitadas pueden dar lugar a la abusiva práctica del *spam*. Una segunda cuestión es la relativa a la posibilidad de que la recepción del mensaje por el destinatario se haga de forma inconsciente cuando se navega en la Red a través de enlaces abusivos (*links*), conocidos como hipervínculos, de forma aislada o bien utilizando un marco, que permite dejar permanentemente habilitados accesos preferenciales, o servicios especialmente promovidos para distintos fines, como utilizarlo publicitariamente, lo que lleva consigo que el destinatario no pueda percibir que está en presencia de un mensaje publicitario, por lo que conculca de forma meridiana un principio de la publicidad que es la identificación de la publicidad (principio de autenticidad) y que, por ende, hace que la misma sea ilícita. Un tercer problema se deriva de la “deslocalización” de muchos sitios o páginas que repercuten en problemas sobre *lex causae*, fuero competente, etc.

Descendiendo al catálogo de conductas concretas de publicidad en la Internet que pueden afectar negativamente, aunque sea de forma indirecta, a los consumidores y usuarios, hemos de citar el *spam*, los *metanames*, los *banners* y las *cookies*.

La facilidad y economía para realizar actividades publicitarias en la Red ha dado lugar al abuso en las comunicaciones electrónicas que, tal como después veremos, perjudican directa o indirectamente a usuarios o proveedores. Estas actividades suelen quedar englobadas bajo el rótulo

genérico de “abuso en las comunicaciones electrónicas” o *spam*, expresión con la que nos referimos a todo mensaje de tipo comercial o publicitario enviado a persona o personas determinadas o indiscriminadas, sin que medie solicitud expresa de los receptores o sin su consentimiento, remitidos a direcciones de correo electrónico o a terminales de telefonía móvil.

Del análisis de este concepto, colegimos que para que estemos en presencia de la práctica del *spam* es preciso que concurran una serie de requisitos, los cuales sintetizamos a continuación: a) Debe tratarse de un mensaje con un contenido comercial o publicitario. b) El envío ha de hacerse por un profesional u operador económico. No tendrían la consideración de *spam* las comunicaciones procedentes de un particular, en cuanto que las mismas no quedarían englobadas en el concepto de comunicación comercial que nos suministra el Anexo de la LSSICE. c) Es indiferente que sea enviado a una o a una pluralidad de personas. Para que se produzca esta práctica no requiere, por ende, que sea masivo. d) Ha de remitirse sin consentimiento del receptor. Esta ausencia de consentimiento no debe ser expresa, sino que es suficiente que no se haya solicitado o autorizado tal correo, salvo en los casos en que exista una relación contractual previa y se hubiera dado la oportunidad al receptor de oponerse. e) El mensaje ha de ser remitido bajo el sistema de llamada automática sin intervención humana; es decir, por un medio de comunicación electrónica. El *spam* se regula en los art.s 19 a 22 de la LSSICE y en otros preceptos de la misma Ley, dada su falta de sistemática en la material.

La práctica de los *metanames* consiste en introducir en lenguaje reconocible por los ordenadores (por ejemplo, *html*), pero que no se muestra a simple vista para los usuarios, una serie de términos denominados *metatags* o *metanames*, que los buscadores reconocerán cuando se introduzca una palabra clave al tratar de encontrar páginas que contengan información sobre un concepto determinado. Esta práctica puede considerarse, desde el punto de vista que nos afecta, como publicidad ilícita al resultar engañosa. El Código Ético de Publicidad en Internet (de 14 de abril de 1999), en su artículo 8.3, prohíbe la introducción de estos nombres ocultos en los códigos fuentes, si bien la regulación se hace desde la óptica de la protección de la propiedad industrial.

Los *banners* se entroncan con la problemática de la identificación de la publicidad. El *banner* es un programa informático con finalidad publicitaria que consiste en gráficos, imágenes, textos, normalmente formando una combinación de todos a algunos de dichos elementos, que permite guiar al navegante o usuario de la Red hasta la página o el sitio de un anunciante, donde éste da a conocer de una forma más detallada sus productos o servicios. El programa suele tener una animación y dinámica en su presentación que le hace más atractivo para llamar la atención del usuario. Desde el punto de vista de protección del consumidor, como sistema o programa publicitario no sería relevante, salvo por algunos reparos que pueden hacerse en algunos casos. Así, porque a través de los mismos se pueden producir grandes fraudes con las tarifas telefónicas de conexión a la red, al poder dichos programas desviar al usuario a otras páginas accesibles por llamadas que se realizan automáticamente mediante la simple pulsación de teclas. Lo más grave, desde el punto de vista que nos ocupa, es que dichos desvíos se suelen disfrazar bajo otras apariencias sin que conste realmente que estamos en presencia de actos publicitarios, con lo que se obviaría el principio de autenticidad de la publicidad. También debe tenerse en cuenta que algunos de estos programas dificultan la navegación en Internet, produciendo molestias, gastos y pérdida de tiempo al usuario.

En cuanto a las *cookies*, señalar que consisten en ficheros de datos que se crean mediante instrucciones que los servidores de páginas *web* han alojado en un directorio específico de los programas de navegación de los usuarios. Los datos de los ficheros permiten conocer las rutas de navegación más usuales del usuario y, por ende, sus preferencias comerciales o realizar un perfil de los gustos del consumidor. El titular de los datos puede negociar con determinadas empresas la transmisión de los mismos, que será utilizado en campañas publicitarias específicas dirigidas contra esos más que seguros potenciales consumidores.

La ilicitud de esta práctica reside, en primer lugar, en la invasión de la esfera personal y, por consiguiente, en la vulneración del derecho a la intimidad de una persona, cuyos datos están almacenados en un fichero contraviniendo la normativa de protección de datos de carácter personal. Además, una vez obtenidos esos datos de forma ilícita no podrá controlar nunca el fin para que el que podrían ser utilizados, que incluso

podrían trascender el mero ámbito publicitario. La posibilidad de que, una vez conocidas sus preferencias, el sujeto pueda ser objeto de comunicaciones comerciales no solicitadas ni deseadas agrava dichas conductas. Desde la óptica de la competencia, también dichas acciones son totalmente ilícitas, dado que pueden suponer prácticas desleales.

El posible uso lícito de estas acciones podría producirse siempre que el usuario tuviera que prestar su consentimiento de forma explícita, al ser advertido de la existencia de *cookies* al entrar en determinadas páginas o portales.

## 11. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS ANTE LA PUBLICIDAD

### 11.1. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

Antes de analizar los mecanismos que arbitra el ordenamiento jurídico para proteger a los consumidores y usuarios se impone la necesidad de delimitar el concepto de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico.

Partimos, pues, de la idea de que el consumidor es siempre destinatario de la publicidad; pero no todo destinatario tiene necesariamente que ser consumidor. Ahora bien, cuando en el destinatario concurre la condición de consumidor la Ley le confiere una tutela especial.

No existe unanimidad doctrinal ni legal a la hora de concretar la noción de consumidor. Las causas son múltiples: desde el hecho de que la idea puede contemplarse desde distintas ópticas hasta la discusión de la amplitud que deba darse al concepto. También coadyuva a la dificultad de perfilar una definición concluyente la circunstancia de que la misma puede ser abordada desde distintas disciplinas. Así, una primera aproximación al concepto podemos obtenerla desde el punto de vista de la actividad económica, en virtud de la cual se considera al consumidor como el *sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios, como destinatario final, para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares*. El término consumidor subsume, en sentido lato, al de usuario.

De la noción económica, por vía de concreción, podemos pasar a abordar una noción jurídica que, como veremos, también puede ser

objeto de distintos enfoques, en función de cuál sea el ordenamiento, comunitario o nacional, o la óptica desde la que se analice, llegando, a la vista de este último distingo, a hablar de concepciones subjetivas y objetivas. A su vez, en las objetivas podemos diferenciar entre concepto abstracto y noción concreta de consumidor, que a su vez nos permite particularizar entre consumidor jurídico y consumidor material, además de otras posibles nociones dependiendo de la perspectiva desde la que se aviste la cuestión.

Desde un punto de vista objetivo, tendríamos que el consumidor es el sujeto final de los bienes y servicios ofertados por los sectores productivos, idea que, a su vez, puede acoger una noción abstracta de consumidor en la que se incluiría, de forma amplia, a todos los ciudadanos, por cuanto que son sujetos que hay que proteger en su fin o anhelo de mejorar su calidad de vida.

La amplia y vaga noción anterior precisa matizarse, puesto que así lo exige la necesidad de determinar el ámbito objetivo de aplicación de las normas especiales de protección de consumidor. Y en el empeño de concretar el concepto de consumidor debemos también distinguir, a su vez, otras dos concepciones: una, más amplia, que identifica al consumidor con “el cliente de productos y/o servicios”, y por tanto una de las partes de la relación de consumo; y otra más estricta, que se refiere al “consumidor final”, esto es, a la persona, física o jurídica, que haya adquirido un producto o servicio o lo use, aun no habiéndolo adquirido personalmente, siempre que sea destinado a satisfacer sus necesidades personales y familiares, y nunca a su negocio o empresa.

Las nociones abstractas y concretas son de gran utilidad, toda vez que la noción abstracta sirve a los poderes públicos para diseñar los programas de protección de los consumidores, que se desarrollarán, a la hora de atribuir derechos individuales, mediante la noción concreta de consumidor en cada relación de consumo.

Además de la distinción entre noción concreta y noción abstracta de consumidor, la doctrina también diferencia entre los conceptos de consumidor jurídico y consumidor material. Consumidor jurídico será aquél que contrata la adquisición del producto o del servicio, en tanto que consumidor material será aquél que, sin haber realizado dicho contrato, puede utilizar el bien o servicio. La protección debe ser igual

para ambos tipos de consumidores, y se fundamentará en la realización del *acto de consumo*, entendido como acto jurídico que permite al consumidor estar en posesión de producto o disfrute de un servicio, o como acto material consistente en utilizar el bien o servicio.

Desde el punto de vista subjetivo tampoco encontramos un criterio unitario ya que para algunos, que se alinean con las concepciones contractualistas, identifican al consumidor con el cliente, contratante, comprador o demandante directo, en posición contraria a la de empresario u oferente, con irrelevancia del destino de los bienes y servicios; en tanto que para otros, que tienen una visión más amplia, generalizan el concepto incluyendo sujetos no contratantes para atender a la idea del consumidor como destinatario final o afectado, directa o indirectamente, por el acto de consumo.

Una singularidad en la normativa comunitaria respecto al concepto de consumidor es que, con carácter general, sólo se reconoce como consumidores, a los efectos de aplicar la normativa sobre su protección, a las personas físicas, quedando fuera de su ámbito las personas jurídicas.

Los tratados comunitarios no contienen un concepto de consumidor. La alusión a los mismos se hace de forma indirecta y solo como punto de referencia u objeto de una política o medida comunitaria, lo que significa que la ausencia en el Derecho comunitario originario de una definición del concepto de consumidor haya influido posteriormente en el propio desarrollo de la política comunitaria de consumidores. Por ello, el acercamiento al concepto de “consumidor” debemos hacerlo a través de las Directivas comunitarias.

En la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, se considera consumidor a “toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional” (art. 2).

La Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de créditos al consumo, establece que a los efectos de la presente Directiva se entenderá por consumidor a “la persona física que, en las operaciones regula-

das por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión” [art. 1.2.a)]. Similar acepción se contiene en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que entiende por consumidor “toda persona física que, en los contratos regulados por aquella [la Directiva], actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” [art. 2.b)]. Se limita, por tanto, a las personas físicas, tal y como ha sido aclarado posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En idéntico sentido la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo del 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contiene el siguiente concepto de consumidor: “toda persona física que actué con un propósito ajeno a su actividad profesional” (art. 2.2). Coincidente con la anterior es la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, que define al consumidor como “cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.

También la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, aborda la acepción del consumidor prácticamente de la misma forma que la Directiva 97/7/CE, al decir en el artículo 1.2.a) que se entiende por consumidor “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva actúa con fines que entran en el marco de su actividad profesional”.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), si bien sigue en la misma línea matiza algo más el concepto: “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión” [art. 2.e)]. No obstante, como hemos dicho anteriormente, hay que tener en cuenta que, al lado del concepto de consumidor, se contempla otra figura cuyos derechos e intereses también son objeto de protección: el “destinatario del servicio” [art.

2.d)], incluyéndose aquí a las personas jurídicas.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, nos proporciona un concepto de usuario en el artículo 2.a), caracterizándolo como la “persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio”.

La Directiva del Parlamento y del Consejo 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE, 97/7/CE y 98/27/CE, en su artículo 2 define al consumidor como “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”. Sin embargo, en el Considerando 29 sienta que “la presente Directiva no menoscaba el derecho de los Estados miembros a ampliar, con arreglo a la legislación comunitaria, la protección que en la misma se establece respecto a las organizaciones sin ánimo de lucro o de terceros que recurran a servicios financieros para establecerse como empresario”.

De lo anterior se infiere que en las diferentes acepciones que nos van proporcionando las Directivas comunitarias laten dos ideas fundamentales que caracterizan claramente al consumidor:

1º) Que sea persona física. De esta forma se aparta del concepto de consumidor que se recoge en el seno del Consejo de Europa, en la Resolución 543, adoptada el 17 de mayo 1973, conteniendo una “Carta de Protección del consumidor”, donde se define al consumidor como “una persona física o jurídica a la que se venden bienes o se proporcionan servicios para un uso privado”. Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que deben incluirse ciertas entidades, como asociaciones no lucrativas, sociedades civiles, agrupaciones, etc., debiendo centrarse la distinción entre personas jurídicas que pueden considerarse consumidores y aquellas otras que no, con fundamento en la existencia o no de una situación que justifique la protección especial del consumidor como categoría jurídica específica, basada en el desequilibrio en el poder de negociación de cada una de las partes del acto de consumo.

2º) Que actúe en el ámbito de su vida particular; se excluye, por tanto,

del concepto, aquel destinatario de un bien o servicio que lo utilice en el ámbito de su vida profesional, o de su negocio. Para aplicar la normativa especial de protección del consumidor es necesario que el bien o servicio esté destinado al “uso privado”, tal y como se contiene en la definición del consumidor que se contienen en el Programa Preliminar sobre Política de Protección e Información de los Consumidores, de la Comunidad Europea, de 14 de abril de 1975, donde se define al consumidor como “un comprador y usuario de bienes y servicios para un uso personal, familiar o colectivo”. Este “uso privado” no debe entenderse exclusivamente como uso personal del adquirente, sino que también cabe que puedan haber sido adquiridos los objetos de consumo para otras personas, o para algún grupo familiar o social.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incluyendo en su tenor las personas físicas y jurídicas, se decanta por la noción concreta basada en un criterio o servicio, dentro de sus necesidades personales y/o familiares, y comprende tanto el concepto de consumidor jurídico: “quienes adquieren”, como el concepto de consumidor material: “quienes utilizan o disfrutan”, como destinatarios finales, bienes o servicios (cfr. art.1.2). La Ley excluye expresamente, en el apartado tercero del artículo 1, a “quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. El término usuario es análogo a consumidor, pero referido al sujeto que es beneficiario de un servicio. La LSSICE, en el apartado e) del Anexo sobre definiciones, se remite al concepto que proporciona, en su artículo 1, la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Como hemos señalado más arriba, la LSSICE viene a reforzar el principio de protección de los intereses de los destinatarios de los servicios de la información, sin olvidar el más tradicional principio de protección de los intereses de los consumidores (destinatario-consumidor). La diferencia entre ambos conceptos queda clara en Derecho comunitario, donde el primero se aplica tanto a las personas físicas como a las jurídicas, en tanto que el segundo se refiere exclusivamente a las personas físicas. El concepto de destinatario de servicio sigue siendo en nuestro ordenamiento jurídico más amplio que

el de mero consumidor, en cuanto resulta aplicable a cualquier destinatario, sin necesidad de que sea el destinatario final. La LSSICE recoge igualmente ambos principios tuitivos, pero la normativa sobre comercio electrónico se vuelca, a efectos de tutela, en los intereses de los consumidores, en respuesta a los recelos que experimentan los consumidores ante esta forma de contratación. Las normas tuteladoras de derechos en el comercio electrónico se promulgan, pues, de forma prioritaria en defensa de los consumidores (cfr. arts. 27.2, 28,3 LSSICE).

En definitiva, a efectos de la noción del consumidor podemos extraer dos conclusiones importantes. De una parte, se destaca la diferencia en el ámbito de amplitud en la tutela entre el derecho interno y derecho comunitario, en cuanto que en este segundo ordenamiento no se contempla la protección de las personas jurídicas como consumidores; y de otra, tal como señala A. Bercovitz, hay que concluir con la inexistencia de una noción legal omnicomprendiva de consumidor, pues ésta es configurada sectorialmente por la norma protectora al delimitar su ámbito de aplicación respecto del sujeto y de la relación producto o servicio al que pretende extender sus reglas tuitivas como acto de consumo.

## 11.2. TUTELA JUDICIAL

### 11.2.1. *Planteamiento*

Como hemos indicado anteriormente la publicidad no forma parte de la relación contractual entre empresario y consumidor sino que se sitúa en una fase previa de iniciación o acercamiento a la oferta. No podemos afirmar que todo destinatario del mensaje publicitario sea consumidor ni que todo consumidor se haya visto influenciando previamente por la publicidad. Sin embargo, la protección del receptor de la información publicitaria en su papel de consumidor es uno de los principios básicos de toda legislación publicitaria, puesto que el acto comunicativo va encaminado a la consecución de una reacción específica del público: la compra y adquisición de bienes y servicios. Como señala Rodríguez Pardo, el papel del público del mensaje publicitario no puede considerarse estrictamente desde el punto de vista de un receptor de

información, puesto que los mensajes informativos y publicitarios presentan finalidades dispares. Por ello se habla con mayor generalidad de los consumidores y usuarios, puesto que esas son las actitudes perseguidas por los mensajes y esos son los auténticos roles del receptor de la información publicitaria.

Por esta razón la LGDCU entiende en el mismo sentido la inclusión de la publicidad dentro del ámbito de protección del consumidor, tal como hemos explicado anteriormente al comentar el artículo 8.

Por su parte LGP reconoce implícitamente al consumidor como destinatario del mensaje publicitario. Pero, el consumidor no es el único destinatario del mensaje publicitario por ello el artículo 2 de la Ley, a diferencia de la Directiva de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, no habla en principio de consumidores sino de destinatarios en general. Sin embargo, no hay duda alguna sobre la protección que la Ley General de Publicidad pretende dar a los consumidores como destinatarios del mensaje publicitario. Muestra de ello es el reconocimiento que en la propia Ley se hace a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender a sus representados de los mensajes publicitarios que contraríen la Ley, y a los propios consumidores cuando resulten afectados de una forma concreta.

De este modo en la protección del consumidor frente a la publicidad podemos diferenciar dos planos principalmente. De un lado la protección directa o previa al daño, dirigida por las asociaciones de consumidores y usuarios frente a todo tipo de publicidad ilícita; y de otro, la protección indirecta o posterior al daño, dirigida por el consumidor que sufre el daño.

Una protección eficaz del consumidor en el ámbito de la publicidad debe trascender las propias fronteras de cada país. Es patente que la demanda transfronteriza aumenta la presión negocial dentro del mercado interior y favorece un mercado más competitivo y eficiente que, a la postre, se traduce en ventajas de precios para los consumidores. Mas los consumidores solo disfrutarán de esas ventajas si el marco regulador vigente impulsa a los oferentes y a las empresas a participar en un comercio más abierto. Las diferencias entre legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales y tutelas de derecho en lo que se refiere a las relaciones entre las empresas y los consumidores pueden impedir esta evolución, habida cuenta que este factor puede determinar que un

consumidor desconozca sus derechos o la forma de ejercitar los mismos fuera de su país. Se impone, pues, la necesidad de que el consumidor se sienta completamente protegido tanto en el comercio interior como en el que tiene lugar allende sus fronteras.

### 11.2.2. *Autorregulación*

Los esfuerzos realizados recientemente para desarrollar la autorregulación a escala comunitaria han dado escasos resultados. Y si bien en algunos textos legislativos de la Unión Europea se hace referencia explícita a los códigos de conducta, éstos no han tenido el auge auspiciado debido a la diversidad de las legislaciones nacionales y a la incertidumbre sobre la situación de los compromisos adoptados en los códigos y su posible carácter ejecutivo. Y todo ello, a pesar de que se ha podido comprobar que la autorregulación puede ser un complemento útil de la reglamentación, y que puede reducir la necesidad de una legislación muy pormenorizada aportando beneficios a los consumidores. Sabemos que, cuando hay restricciones transfronterizas para las prácticas comerciales entre empresas y consumidores, entre las que se encuentran la publicidad, un mayor grado de armonización de las normas que las rigen es esencial para el desarrollo de un mercado interior de consumo que funcione plenamente.

Los conflictos que pueden suscitarse entre las partes tienden a solventarse en los tribunales de justicia, en procedimientos caros y lentos. De ahí que el peculiar contexto de las relaciones privadas derivadas de la publicidad y la necesidad de soluciones rápidas determinan que se promueva una tutela extrajudicial como cauce adecuado para la resolución de los conflictos que se plantean en la materia, lo que ha motivado un fomento de esta vía tutelar, independientemente de la estricta solución jurisdiccional.

En la protección de los consumidores también se ha abogado por la implantación de códigos de autorregulación y códigos de conducta dirigidos a obtener una protección indirecta de los sujetos débiles contratantes. El uso de códigos de autorregulación y de conducta varía sensiblemente de un Estado miembro a otro. Así, en Dinamarca, Suecia y Finlandia se fomenta la utilización de códigos para completar la

legislación general. La participación de los organismos responsables de los aspectos de consumo es más significativa en la elaboración de estos códigos. La práctica de códigos también está muy extendida en el Reino Unido, Irlanda y Holanda, aunque los organismos competentes en los asuntos de consumo tienen una función menos formal. La utilización de la autorregulación como complemento de la normativa general está menos desarrollada en otros países, como es el caso de España.

Es posible que la acción reglamentista no sea la más idónea para solventar muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos objetivos de protección de los consumidores, especialmente en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por competidores desleales. Una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de la reglamentación o de la correulación. Actualmente no existe ningún medio para garantizar una autorregulación eficaz a escala de la Unión Europea en el ámbito de la publicidad a fin de proteger a los consumidores. Otra opción sería que la Directiva marco lo hiciera posible, permitiendo así a las empresas adherirse a un único código de conducta en lugar de a cada uno de los pertenecientes a los Estados miembros. Las diferencias en las legislaciones nacionales y las obligaciones generales no permiten, por el momento, el desarrollo de auténticos códigos de ámbito comunitario.

Se señala en el Libro Verde de 2001 que para que funcionara la opción de una autorregulación a escala de la Unión, serían precisos dos presupuestos. De un lado, cualquier obligación general tendría que definir el incumplimiento de un compromiso voluntario por parte de una empresa para con los consumidores como una práctica engañosa o desleal. Para el tema que nos ocupa es positivo, dado que solo es posible adoptar medidas contra el incumplimiento de un compromiso voluntario si se refiere a la publicidad, ya que puede aplicársele la Directiva sobre publicidad engañosa. Es posible que la introducción de una consecuencia jurídica para los compromisos contraídos en virtud de códigos de conducta u otros compromisos voluntarios ayudara a las empresas y a los consumidores, puesto que estos confiarían en que los organismos

públicos de ejecución actuaran como “la última instancia de aplicación”. El respeto más riguroso de los compromisos contraídos mediante la autorregulación sería un argumento a favor de una reglamentación menos importante.

De otro lado, el ámbito de aplicación de la obligación general haría que no se limitara a las empresas que mantienen relación con los consumidores, sino que alcanzaría también a las asociaciones profesionales y a otras organizaciones que formulan recomendaciones sobre prácticas comerciales y elaboran códigos.

Los mecanismos estudiados podrían establecer vías adecuadas de carácter extrajudicial para la resolución de conflictos entre consumidores y empresarios. En el Libro Blanco sobre la gobernanza, la Comisión ha recomendado hacer un mayor uso de los “mecanismos de corregulación” y las “directivas marco”, por lo que cualquier propuesta para la protección del consumidor que incluya la corregulación deberá cumplir las condiciones que el Libro Blanco establece para ella. El cometido y la responsabilidad de los propietarios de un código en lo que se refiere a la elaboración de códigos y la función de las autoridades públicas en su aplicación podrían verse reforzados. La combinación de una directiva marco y una base de autorregulación a escala de la Unión podrían considerarse como un planteamiento corregulador, de acuerdo con los términos del Libro Blanco.

En España la LSSICE dedica el Capítulo III del Título II (art. 18) a códigos de conducta. El código de conducta se erige en el ámbito de las comunicaciones electrónicas e Internet como la solución al conflicto entre la pretensión de mantener la red como un espacio deslegalizado y la necesaria regulación de un instrumento de comunicación cuyo uso tiene trascendencia patrimonial y personal, pudiendo afectar a derechos fundamentales. También el artículo 32 se refiere a la posibilidad de aplicar códigos de conductas a la solución de conflictos entre consumidores y operadores económicos.

### 11.2.3. *Soluciones extrajudiciales*

Una de las soluciones que pudieran derivarse de la publicidad, tanto en lo que se refiere a la protección de competidores como de destina-

rios, es someter los problemas planteados a los arbitrajes provistos en la legislación específica o a aquellos regulados en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios, así como a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de regulación.

En este aspecto, la ley española se hace eco de las recomendaciones comunitarias para establecer cauces extrajudiciales adecuados para la resolución de conflictos. Es de ver a tal respecto el artículo 32 de la LSSICE.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encomendó al Gobierno, en su artículo 31, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendiera y resolviera con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que no existiesen daños personales graves o indicios de delito. Optar por un sistema de arbitraje como medio de resolución de los conflictos de los consumidores era una decisión innovadora para la tradición que en nuestro país tenía el arbitraje, dado que inicialmente estaba pensado para otro tipo de conflictos y se había venido desarrollando sobre todo en el ámbito empresarial para resolver los problemas suscitados en este tráfico jurídico económico en el que los sujetos afectados parten, en cierto sentido, de una situación de igualdad.

Es meridiano que si se reconoce a los consumidores una serie de derechos y garantías, el ordenamiento jurídico les otorgará una protección formal, pero que en la práctica se manifestará absolutamente ineficaz, dado que hay que tener en cuenta que en los conflictos de consumo concurren una serie de connotaciones especiales, como es el desequilibrio de las partes y la existencia mayoritaria de contratos de pequeña cuantía que no invitarán a los consumidores a iniciar la vía judicial.

Tras la aprobación de la LGDCU y una vez producido nuestro ingreso en la entonces Comunidad Europea, surge la necesidad de una regulación legal del sistema arbitral adaptado a los nuevos tiempos. Desde el punto de vista legislativo se produce la sustitución de la Ley arbitral de 22 de diciembre de 1953 por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Esta nueva ley removía los obstáculos que presentaba la Ley de 1953

para admitir la solución de los conflictos de consumo, a la vez que contemplaba explícitamente el sistema arbitral de consumo en su Disposición Adicional Primera, declarándolo gratuito y liberando a los laudos arbitrales de la obligación de protocolización notarial. Además, la Disposición Adicional Segunda encomendaba al Gobierno de la Nación la reglamentación de la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984 General de Protección de Consumidores y Usuarios.

En cumplimiento de dicho mandato se aprueba el Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, estableciendo el modo de constitución de las Juntas Arbitrales de Consumo y desarrollando el procedimiento a seguir. La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, es de aplicación supletoria desde el 26 de marzo de 2004, tras la derogación de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 (cfr. Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003 y artículo 1 del Real Decreto 636/1993). El Sistema Arbitral de Consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación con los derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y la tutela judicial. En definitiva, pueden ser objeto de este arbitraje todas las controversias sobre materias de consumo que sean de libre disposición conforme a Derecho.

El ordinal primero del artículo 17 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, encomienda a los Estados la misión de velar porque las legislaciones de los Estados miembros no obstaculicen la utilización de mecanismos de solución extrajudicial, “incluso utilizando vías electrónicas adecuadas”. Este reto es recogido por la LSSICE que en su artículo 32.2 establece que, en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, podrá hacerse uso de medios electrónicos en los términos que establezca la normativa específica.

El Sistema de Información sobre Tramitación Arbitral (SITAR) permite gestionar y explotar en su totalidad la administración y procedimiento de arbitraje de consumo a través de Internet.

El sistema está enfocado al tratamiento de las reclamaciones deriva-

das del comercio convencional como de comercio electrónico. La fórmula de solución extrajudicial de los conflictos por medios electrónicos está prevista en el artículo 32.2 de la LSSICE. El empleo de tales medios está gestionado sólo por la Junta Arbitral Nacional y aquellas juntas arbitrales de ámbito inferior que haya autorizado, en virtud de convenios, el Instituto Nacional de Consumo, siguiéndose el procedimiento previsto en el Real Decreto 636/1993.

En cuanto al funcionamiento del SITAR hemos de decir que el mismo permite gestionar el procedimiento de arbitraje de consumo de manera electrónica, a través de Internet, de forma manual o mediante una mezcla de ambas formas, según voluntad de las partes. Las partes pueden presentar la solicitud de forma electrónica, participar en el procedimiento y consultar el estado de sus expedientes en sus domicilios desde su propio ordenador o terminal electrónico que puedan manejar.

También se facilita a los posibles usuarios un directorio en el que se da información sobre juntas arbitrales, censos de empresas adheridas al sistema, asociaciones empresariales y de consumidores. Adicionalmente el sistema posibilita la comunicación *on-line* entre todas las juntas arbitrales incorporadas para el intercambio de datos.

El acceso al SITAR es restringido. Permite el acceso a las funcionalidades dirigidas a los usuarios profesionales que intervienen en la administración del procedimiento (miembros de las juntas arbitrales, personal del Instituto Nacional de Consumo, asociaciones de consumidores o empresarios, etc.), así como a las empresas que deseen formalizar una oferta pública para someterse al sistema arbitral. Los consumidores también pueden acceder para realizar solicitudes, comparecer en los procedimientos arbitrales, consultar el expediente, etc. El acceso, pues, viene determinado por lo que establece la legalidad vigente y cada parte podrá acceder a las funcionalidades que se le autorice.

#### 11.2.4. *Soluciones judiciales*

##### A) *Las acciones de cesación y rectificación*

Como solución judicial específica la LGP contempla la acción de cesación y rectificación (art. 25). La primera está encaminada a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contra-

ria a la Ley y a prohibir su reiteración de modo inmediato. Prevé la ley la iniciación mediante una solicitud voluntaria al autor de la conducta, que podrá utilizarse desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. El requerido tiene quince días para notificar fehacientemente al requirente su deseo de cesar en dicha actividad. Si así no lo hiciera o no contestara quedará expedita la acción judicial de cesación (arts. 26 y 29).

Estarán legitimados para solicitar la cesación cualquier persona natural o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo. Además, cuando afecte a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios podrá solicitarse por el Instituto Nacional de Consumo y los órganos y entidades correspondientes a las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en la materia de defensa de los consumidores. También lo podrán solicitar las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en las Ley 26/1984, de 19 de julio, y en la legislación autonómica, así como otras entidades extranjeras.

Esta solicitud no es requisito *sine qua non* para ejercitar la acción de cesación de forma directa, que podrá ejercitarla las mismas entidades que hemos referenciado anteriormente, los titulares de un derecho o de un interés legítimo y el Ministerio Fiscal, lo cual resulta una novedad en relación con la regulación anterior (art. 29).

La LGP también prevé el ejercicio de la solicitud de rectificación, que podrá solicitarse desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizada la misma. El anunciante tiene hasta tres días desde la recepción del escrito para notificar fehacientemente al remitente su disposición a proceder a la rectificación o su negativa. Si la respuesta es positiva se le conceden siete días para llevarla a cabo. Si no se hiciera o se hiciera en forma satisfactoria, queda expedita la vía judicial, acreditando haber agotado la vía previa de la solicitud. Para el ejercicio de esta acción están legitimadas las mismas personas que lo están para la rectificación (arts. 25 y 27).

Como requisito previo al ejercicio de las acciones de cesación y rectificación exige la ley que los legitimados resulten afectados por una publicidad ilícita. Por tanto, no se contempla el ejercicio de una acción pública, sino que se debe tener interés legítimo por resultar afectados.

Además, la publicidad debe ser ilícita. Ya hemos comentado lo que entiende la Ley como publicidad ilícita, por lo que nos remitimos a lo dicho más arriba.

La acción de cesación o de rectificación se ejercitarán conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del mismo modo, las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán derimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria (28).

No existe ningún procedimiento especial sumario para ejercitar estas acciones, lo que supone haya de acudirse al procedimiento declarativo ordinario que por su cuantía corresponda (arts. 248 y 249 de la LEC) para solicitar tales efectos y, lo que es más grave, esperar a la firmeza de la resolución para obtener su efectividad, salvo que se solicite ejecución provisional de sentencia, con todos los inconvenientes y posibles cargas financieras que ello representa (arts. 524 y ss. LEC). Somos de la opinión que, regulándose en este artículo efectos que tienen todas las características de medidas cautelares, podría haberse establecido un procedimiento especial sumario o abreviado que permitiera al perjudicado obtener cautelarmente algunos de estos efectos. Bien es cierto que dichas acciones también podrán ejercitarse como medida cautelar, en cuyo caso los efectos son provisionales, pero es más efectiva.

La sentencia estimatoria de la acción específica de cesación deberá contener –nótese que es imperativo- alguno de los siguientes pronunciamientos: a) conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad; ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad; c) ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante; y d) exigir la difusión de la publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinado el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión.

## **B) Acción penal**

Independientemente de las acciones de cesación y rectificación previstas específicamente en la LGP, hemos de tener presente que cualquier titular que se considere lesionado en su derecho podrá ejercitar todo tipo

de acciones ordinarias que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico. En esta parte de nuestro trabajo, una vez afrontado el ámbito material de protección frente a la publicidad ilícita, debemos completar el estudio de los medios de tutela con los que, desde el punto de vista procesal, cuenta el perjudicado. La protección judicial puede ser doble: civil y penal, ya que determinadas conductas que vulneren gravemente los derechos del consumidor están tipificadas y sancionadas en la ley penal. En efecto, la sección 3ª del capítulo XI, Título XIII del Libro II, del Código Penal, se refiere a los “delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en la que los artículos 282 y siguientes tratan cuestiones específicas de protección de consumidores que pueden afectar a la publicidad, en los supuestos de que sea engañosa. El ejercicio de las acciones penales podrá realizarse en virtud de denuncia o mediante querrela, sin perjuicio de que la actividad procesal puede iniciarse de oficio o a virtud de iniciativa del Ministerio Fiscal. Aunque, a primera vista, la penal se considera como la más enérgica y eficaz de las acciones, y es siempre la que, en principio, se elige por las posibles víctimas para buscar amparo contra las infracciones de sus derechos, no debemos olvidar que no todas las violaciones de derechos del consumidor están tuteladas por normas penales. De ahí que en la mayoría de los casos debamos acudir directamente al ejercicio de las acciones civiles, máxime cuando lo que principalmente interesa a los consumidores es el cese de la actividad ilícita y el condigno resarcimiento de los daños y perjuicios. Otra cuestión a tener en cuenta es la aplicación que de las medidas o remedios procesales hacen los juzgados y tribunales y la falta de especialización judicial que determina que, en algunos casos, queden desamparados los perjudicados, máxime cuando en este ámbito se produce cada vez más un incipiente tráfico transfronterizo o internacional, que pone de relieve la necesidad cada vez mayor de una protección supraestatal.

En el ámbito penal, el consumidor, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la publicidad ilícita, exigir la indemnización de daños y perjuicios, así como solicitar la adopción de medidas cautelares.

### **C) Acciones civiles**

El ejercicio de las acciones civiles tiene todos los inconvenientes

derivados del proceso civil: la justicia es rogada, con lo que el *onus probandi* incumbe a aquél que intente hacer valer sus derechos, sin posibilidad de aportación de medios probatorios por parte del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal, y el proceso civil es generalmente lento y carece de la economía que, por ejemplo, tiene el penal, sin embargo es patente que en el ámbito de la publicidad muy pocas conductas podrán tipificarse de delictivas, por lo que serán más útil y adecuado el ejercicio de las acciones civiles, de las cuales nuestro ordenamiento jurídico presenta un gran elenco.

a) *Medidas cautelares*

Aunque de una forma directa la LGP no prevé la adopción de medidas cautelares específicas, es lo cierto que del carácter general que a esta iniciativas procesales da la LEC puede colegirse su posibilidad de utilización en materia de publicidad, además que el artículo 28 de LGP remite con carácter general a los tribunales ordinarios para dirimir las contiendas en materia de publicidad ilícita.

Las medidas cautelares pueden calificarse de protección urgente o de tutela preventiva, lo que se traduce en la dualidad de aseguramiento de la ejecución y protección anticipada de derechos, y se regulan con carácter general en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose un rol de medidas en el artículo 727, si bien con carácter de *numerus apertus*.

Para que puedan adoptarse medidas cautelares se exige como regla general que concurran, entre otros, los siguientes presupuestos: 1) Inminencia, al menos, de infracción de un derecho del consumidor, lo que supone que, si no se ha infringido ya, exista el temor racional y fundado de que va a producirse de forma inmediata; 2) *fumus boni iuris*; esto es, que por parte del solicitante presente un principio de prueba que justifique, *ab limine*, la adopción de tal medida; 3) *periculum in mora*, entendido como el riesgo o peligro que puede suponer la dilación en la resolución judicial en el proceso.

La Ley procesal civil instituye una serie de medidas para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare (art. 721.1 LEC). El éxito de la aplicación de estas medidas dependerá en muchos casos de la oportunidad de su

solicitud, de la forma en que se solicite y del criterio abierto de la autoridad judicial.

De una hermenéutica cabal de los preceptos de la Ley adjetiva civil se colige que la adopción de las medidas deberá estar basada en tres principios: 1) *adecuación* a las circunstancias del caso; por ejemplo: infracción consumada o peligro inminente de infracción; 2) *congruencia*, o lo que es lo mismo, que guarde relación con el objeto del debate del proceso principal y que esté destinada a salvaguardar el interés tutelado en la litis; 3) *proporcionalidad*: habrá de valorarse el alcance de los efectos de la medida con la trascendencia y resultados de la infracción que se pretende evitar o conjugar, sin que ello suponga romper el equilibrio que debe existir entre la partes intervinientes en el proceso.

En cualquier caso hay que tener en cuenta sobre su naturaleza jurídica que las medidas cautelares son potestativas del órgano judicial; su adopción es a instancia de parte, y nunca podrán acordarse medidas más gravosas que las solicitadas; c) pueden ser previas, simultáneas o posteriores al proceso que se incoe; d) están encaminadas a proporcionar una protección urgente y preferente, para, en unos casos, proteger anticipadamente los derechos de una infracción actual o potencial, y para, en otros, asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare; e) variabilidad: Las medidas pueden modificarse o incluso revocarse a lo largo del procedimiento en atención al cambio de circunstancias o valoración posterior de otros elementos no tenidos en cuenta a la hora de su adopción; f) son de duración limitada: su vigor debe extenderse como máximo al período necesario para que se ejecute la sentencia que se dicte en el procedimiento principal o se desestime la demanda; g) son de *numerus apertus*: el juez puede adoptar cuantas sean necesarias según las circunstancias sin limitarse a las recogidas en la ley (art. 727,1º).

La autoridad judicial cuenta, pues, con total libertad para adoptar medidas necesarias, según las circunstancias y el caso, ya que se trata de un régimen abierto. Sin embargo, ha de pensarse que las medidas que no estén especialmente regladas contarán con mayores dificultades a la hora de ser admitidas por el órgano judicial competente. En cualquier caso, debemos concluir que el juez tendrá en este supuesto un gran margen de discrecionalidad. Como medidas concretas más específicas

que pueden arbitrarse estarían las de cese provisional de una actividad publicitaria así como la rectificación. Además, y, con carácter general, se prevén otras en el artículo 727 de la LEC que podrían tener eficacia, como el embargo preventivo de bienes, el depósito de bienes, la intervención o administración judicial de productos publicitarios, la anotación preventiva de demanda y otras anotaciones registrales que procedan, la suspensión de acuerdos sociales impugnados, así como cualesquiera otras que, para la protección de derechos del consumidor, puedan prever expresamente las leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio.

En cuanto al procedimiento: momento oportuno, legitimación, trámites, modificación, alzamiento, caución sustitutoria y otros extremos, nos remitimos a lo previsto en los artículos 721 y siguientes de la LEC, que es donde se contiene la regulación adjetiva.

#### b) *Otras acciones*

El artículo 28 de la LGP establece que las controversias derivadas de la publicidad ilícita serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria, lo que dará lugar a que el consumidor o usuario que vea conculcados sus legítimos derechos o intereses económicos pueda ejercitar otro tipo de acciones que desgranamos a continuación. Asimismo, el artículo 32 de la LGP establece que el ejercicio de las anteriores acciones será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan, sin perjuicio de la persecución de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes.

De todo ello se colige que, en materia de publicidad, podrán ejercitarse, además de las acciones especiales que se contemplan en la Ley General de Publicidad, todas aquellas ordinarias que tengan encaje en nuestro ordenamiento jurídicos. Hagamos a continuación una somera referencia que nos sirva de guía general.

#### 1) *Acción en reclamación de daños y perjuicios*

Es usual que la acción de reclamación de daños y perjuicios se ejercite posteriormente o acumulada a una acción declarativa, dado que, para

que pueda admitirse, será requisito previo haber obtenido una declaración o constatación de una actividad publicitaria ilícita.

Los daños y perjuicios pueden ser tanto patrimoniales como morales. Al ser la fijación de los daños y perjuicios una cuestión pretoriana, serán los tribunales los que, mediante valoración pericial o por apreciación directa, puedan fijar el *quantum* adecuado en cada supuesto, sin que quepa revisarse en casación, salvo cuando el montante indemnizatorio resulte ilógico, disparatado, improcedente o inexacto (SSTS de 26 de diciembre de 1984, 8 de julio de 1986, 23 de marzo de 1987, 4 de febrero de 1988, 2 de julio de 1998, entre otras). También puede ser objeto de revisión casacional la cifra fijada por el tribunal de instancia cuando supere la reclamada por las partes; esto es, exista incongruencia, o resulte ilógica por no respetar las reglas de la «sana crítica».

La acción para reclamar los daños y perjuicios que pudieran derivarse de un incumplimiento contractual será de quince años (art. 1964 CC) - para el supuesto de que la responsabilidad fuese contractual-. En los casos de culpa o negligencia extracontractual la acción prescribe al año (art. 1961 CC).

## 2) Acciones “ad exhibendum”

El artículo 256,7º de la LEC prevé la posibilidad de incoación de diligencias preliminares y averiguaciones para la protección de determinados derechos que prevean las leyes especiales. A este respecto, del análisis de la Ley General de Publicidad y leyes especiales sobre competencia y corrección en tráfico pueden colegirse algunas situaciones o reconocimiento de derechos que podrían dar lugar a estas acciones por vulneración de derechos reconocidos en dichas leyes.

## 3) Acciones de Derecho común

Ya dentro del derecho común los perjudicados y las entidades legitimadas por la ley, podrán ejercitar un elenco de acciones según sean los derechos lesionados y en orden a obtener el condigno resarcimiento de los mismos o la restitución a la situación violada.

Entre ellas tendríamos la acción declarativa, que tiene por objeto la mera constatación por un órgano judicial de la vulneración de un derecho en la materia o el reconocimiento de una determinada facultad. Esta

acción se detiene en los límites de una mera declaración judicial del derecho alegado, sin pretender la ejecución en el mismo pleito, aunque pueda servir de base para obtenerla en otro distinto. Dada su intrascendencia práctica, normalmente se ejercitará acumulada con alguna otra acción.

Otra acción que podrá ejercitarse será la derivada del incumplimiento contractual, en los supuestos de que se tratase de relaciones entre empresarios u operadores económicos. La trasgresión o incumplimiento de pactos contractuales tiene articulada protección jurídica a través de los procedimientos ordinarios, mediante el ejercicio de las acciones declarativas o de condena que procedan. En materia de publicidad el nacimiento de las obligaciones puede venir determinada por las disposiciones contenidas en las leyes sobre la materia, teniendo en cuenta el gran número de normas imperativas existentes, o por la propia voluntad de las partes, para el supuesto de que se traten de normas dispositivas o ausencia de normas obligatorias (art. 1089 CC).

En materia de publicidad, podrá asimismo ejercitar el perjudicado la acción basada en culpa o negligencia, y que se reconoce en el artículo 1902 del CC. La acción aquiliana representa la forma más general de protección de intereses jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico, y constituye un auténtico cajón de sastre, al que puede recurrirse en los supuestos de lesión de cualquier interés o derecho, dado que la protección no se dispensa en base a un derecho subjetivo, sino en virtud del principio *nemo neminem laedere*.

Este medio de defensa podría ejercitarse por cualquier consumidor o usuario; sin embargo, hay que concluir que, existiendo una amplia tutela en nuestro ordenamiento jurídico, sería impensable que una titular pudiera verse compelido a ejercitar esta acción, máxime cuando la misma prescribe al año (art. 1968,2º).

En estos supuestos las indemnizaciones seguirían la vía de los artículos 1106 y 1107 del CC.

#### 4) *Acciones civiles derivadas de delito*

El afectado por publicidad ilícita cuenta, además, con la posibilidad de ejercitar acciones civiles derivadas de delito. Las obligaciones, según el artículo 1089 del vigente Código Civil, nacen de la ley, de los contratos

y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Por lo tanto, son fuentes de obligaciones las acciones u omisiones tipificadas en las leyes penales. Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Código penal (art. 1092 del CC).

Por su parte, el artículo 116.1 del CP establece que «*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*», precepto que hay que poner en concomitancia con el artículo 109.1 que dispone: «*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*». El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil (art. 109.2 CP). La responsabilidad que pueda solicitarse, con carácter general, comprenderá: 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

En lo atinente a responsabilidad civil derivada de delitos en los que resulten afectados consumidores por publicidad ilícita no se establece un régimen específico por lo que se seguirá el general contemplado en los artículos 110 y ss. de dicho texto punitivo.

En otro orden de ideas, hay que tener en cuenta que la exención de responsabilidad penal en los supuestos de concurrencia de las circunstancias eximentes, no supone extinción de la responsabilidad civil, dado que en estos supuestos se transmite a las personas que se establecen en el artículo 118 del Código Penal.

La acción para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de los delitos contra los consumidores puede ejercitarse de dos formas: 1) Ejercicio conjunto de la acción civil y de la penal ante el órgano jurisdiccional que conozca del delito. 2) Ejercicio independiente de la acción civil ante los juzgados y tribunales civiles. En todo caso, debe tenerse en cuenta el carácter semipúblico de la acción penal en determinados supuestos, a tenor del artículo 287 del CP.

De conformidad con el artículo 112 de la LECr, el ejercicio de la acción penal lleva consigo el de la acción civil, sin necesidad de manifestación expresa del perjudicado, a menos que medie renuncia o reserva expresa de la misma por dicho perjudicado. En el procedimiento penal es el

Ministerio Público o la parte interesada, como acusador particular o actor civil, quienes ejercitan la acción civil, cuya regulación se contempla en los artículos 109 y ss. de la LECr.

La acción civil -como hemos indicado más arriba- también puede deducirse separadamente de la penal, siempre que la parte perjudicada haya hecho reserva de acciones para ejercitarlas en el procedimiento civil correspondiente. Sin embargo, en este supuesto, aparte de los inconvenientes fácticos, tiene unas limitaciones legales: 1º) Mientras esté pendiente la acción penal no podrá ejercitarse la civil hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme (art. 111 LECr). 2º) Si la acción penal termina por sentencia firme declaratoria de que no ha existido hecho de la que la civil pudiera originarse, no podrá ejercitarse la acción civil (art. 116 LECr).

Es claro que el ejercicio separado de la acción civil y de la penal es un camino tortuoso para obtener un justo resarcimiento en las infracciones contra los derechos de los consumidores, por lo que es desaconsejable el ejercicio separado de referidas acciones, salvo casos excepcionales en los que puntualmente o por razones de oportunidad se hiciera necesario.

En materia de delitos contra los consumidores, cabe también la posible indemnización de daños morales. A este respecto hay que significar que la parte perjudicada tiene una gravísima carga, cual es la probanza de un mayor o menor daño moral, con los inconvenientes que toda cuantificación material de daños morales conlleva. El tribunal debe valorar objetiva y subjetivamente la naturaleza del derecho moral violado y la transcendencia de esos perjuicios, para lo cual será necesario analizar en cada caso concreto las circunstancias particulares que concurren.

### *c) Efectos de las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios*

Es normal que cuando se ejercite una acción por una asociación de consumidores con la legitimación prevista en el artículo 11 de la LEC se plantee el problema del alcance de dichas sentencias, habida cuenta la indeterminación de los afectados. El artículo 222 de la LEC ha resuelto la cuestión estableciendo al respecto las siguientes reglas:

1ª) Si la condena es dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica

o genérica, la sentencia estimatoria deberá determinar individualmente los consumidores o usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. En el supuesto de que la determinación individual resulte imposible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos para poder exigir el alcance de la resolución.

2ª) Si la sentencia declara ilícita una actividad, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en la litis correspondiente.

3ª) Si se hubieran personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

4ª) En las sentencias estimatorias de acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores, el tribunal, si lo estima procedente y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia, o cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

## D) ACCIONES ADMINISTRATIVAS

Ni que decir tiene que también podrán ejercitarse acciones administrativas, ante los órganos competentes. La acción puede ser pública, si bien la incoación de los correspondientes expedientes competará a las administraciones.

## 12. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo expuesto parece colegirse que en la publicidad casi siempre parece existir algo que podemos calificar de impúdico o indecente. También se ha venido manteniendo de forma tradicional que la publicidad está reservada generalmente a mercancías o bienes materiales que tienen un precio sobre el que se puede negociar, y no a los servicios o prestaciones que dependen de cualidades o aptitudes imponderables o morales, difícil de traducir a valores económicos *per se*, como ocurre, por ejemplo, con los servicios que nos proporcionan los profesionales liberales

Encontramos así explicación al hecho de que los profesionales liberales no hayan caído bajo la seducción de la publicidad, y hayan mantenido una actitud esquivada ante tales prácticas negándose a su aceptación. Escritores, médicos, artistas, abogados, en suma, todos los que de verdad tratan de prestigiar su persona procuran evitar la publicidad. Pues no está bien visto en estos profesionales y, en algunos casos, podría incluso producir hilaridad determinados anuncios.

En los supuestos en los que los honorarios son libres, no reglados, se confía en la conciencia y deontología del profesional, dado que sólo él puede valorarse. En estos supuestos, el médico, el abogado, el profesional, en suma, no expresa cuál es el “precio” de sus servicios, habla de “honorarios”, palabra que deriva del honor, y si existe honor no debe caber mentira o engaño.

Pero en los últimos tiempos se han abandonado estas concepciones una tanto idealistas y se ha extendido la publicidad a ámbitos inusuales, y algunos piensan que quizá ello no sea deseable.

Si primara en todas las profesiones y sectores económicos el honor y la lealtad no sería necesaria la publicidad. Pero la publicidad se impone como algo necesario en esta sociedad cada vez más mercantilizada, por lo que, si como mal menor hay que aceptarla, al menos debemos procurar que discurra por cauces éticos.

Hemos comprobado que la publicidad hoy es consustancial a nuestra economía. La publicidad sirve para ayudarnos a liberarnos, al menos en cuanto al deseo, de ciertos problemas que falsos o reales se nos plantean. Nos ofrece la satisfacción de apetencias psicológicas. Ello supone un riesgo: la posibilidad de manipulación. De este riesgo debemos protegernos.

El Estado tutela, con mayor o menor acierto, ciertos abusos. Mas debemos comprender que somos los ciudadanos los que hemos de procurar defendernos, ejercitando todas las acciones que el ordenamiento jurídico arbitra en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, que son los sujetos más débiles que intervienen en el mercado.

**LA FIGURA DEL APAREJADOR  
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC**



# LA FIGURA DEL APAREJADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

POR  
BALTASAR DE LA CRUZ RODRÍGUEZ  
*Arquitecto Técnico y Doctor en Derecho*

**SUMARIO.** 1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ES UN RECURSO DE AMPARO?.- 2. LAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA DEL TC.- 3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.- 4. EL APAREJADOR EN LAS SS DEL TC:.- 4.1. El aparejador obtiene Amparo Constitucional.- 4.2. El aparejador en otro tipo de situaciones.

## RESUMEN

Este trabajo analiza los aspectos jurídicos, en los órdenes civil, penal o administrativo, que pueden darse en el ejercicio profesional de un aparejador, en tanto de los mismos se deriva, finalmente, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Estudia en qué consiste un Recurso de Amparo, cómo opera la “nueva” Jurisprudencia Constitucional y su relación con la Jurisdicción Ordinaria, y el alcance de la tutela judicial efectiva ejercitada por un aparejador en diversas situaciones. Tratándose casos concretos en los que obtiene amparo constitucional, dentro de la instrucción de causas penales; y viéndose finalmente otras cuestiones como la competencia para establecer su título profesional, su edad de jubilación en determinados casos, su actuación como agente notificante, como mero testigo en un proceso, como demandante de sus honorarios, o como autor de un Informe o un Proyecto en la edificación.

## ABSTRACT

This work studies the legal aspects, in the civil, penal, or administrative orders, that may arise in the professional practice of an *aparejador* (*civil engineer*), from which a pronouncement of the Constitutional Tribunal is finally derived. It studies what constitutes an appeal, how the “new” constitutional jurisprudence operates and its relation with the ordinary justice, and the reach of the effective judicial trusteeship as exercised by an “aparejador” in different situations. It deals with concrete cases in which he obtains constitutional protection from within the directions of penal causes; and finally it discusses other matters such as the competence to establish his professional degree, his retirement age in determined cases, his role as a “notificador” agent, as a mere witness in a process, as a claimant of his earnings, or as an author of a report or a project on edification.

## 1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ES UN RECURSO DE AMPARO?

El nombre de este trabajo quiere transmitir, de partida, que las pretensiones de nuestro estudio deben ser modestas, por lo limitado del espacio en el que nos vamos a desenvolver en relación a los múltiples aspectos jurídicos, en los órdenes civil, penal o administrativo en el que se puede ver envuelta la actuación de un aparejador, que luego obtiene un pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal en garantías constitucionales. Veremos que las Sentencias del Tribunal Constitucional (SS del TC en adelante), aquí analizadas, son SS que resuelven Recursos de Amparo (RR de A), por tanto trataremos las circunstancias, naturaleza y alcance de este tipo de procedimiento y resolución, y sólo ocasionalmente citaremos otras cuestiones y argumentos, también competencia del TC, que directa o indirectamente afectan a los aparejadores. Por citar un ejemplo de aspectos que no tocaremos, nos limitamos a recordar las múltiples SS del Pleno del TC que resuelven RR de Inconstitucionalidad en materia de Urbanismo y Vivienda (desde la capital 61/1997, de 20 de marzo, la 164/2001, de 11 de julio, etc) por las que las atribuciones de los aparejadores (¿futuros Ingenieros en Edificación?), su actuación dentro de la elaboración, aprobación y ejecución de las figuras de planeamiento urbanístico y subsiguientes escalones de urbanización y edificación, se ven afectadas por la notable dispersión o diversidad en las distintas CC. AA. de nuestro Estado.

Hasta la aparición de la Constitución (en adelante CE) de 1978, el significado y la fuerza normativa que acarrea la jurisprudencia eran bien distintos a la actual. España ha cambiado mucho desde entonces, sobre todo en la estructura de su sistema de fuentes normativas. En la reforma del Título Preliminar del Código Civil (CC) de 1974 aparece en su art. 1.6 la jurisprudencia, como complemento del Ordenamiento Jurídico con la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo (TS) al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los Principios Generales del Derecho. Partiendo de la base de que el TS no elabora normas en sentido propio y pleno, sino criterios que suponen un desarrollo normativo, que alcanza trascendencia normativa, pero que no son fuente directa. Aunque en muchos casos luego el Parlamento los recoge en las reformas legislativas.

Con la CE de 1978 se produce la aparición de la Jurisprudencia del TC, que da nuevo sentido a los Principios de Funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 117.1 CE que nos refiere el sometimiento de los Tribunales al imperio de la ley), y cambia de alguna manera el Principio de División de Poderes: el TC está por encima de los 3 poderes clásicos, en defensa de la CE que vincula a todos. La Jurisprudencia Constitucional rompe el sistema de fuentes que tenía como monopolista de la creación del Derecho al legislador. Aparece el TC como legislador negativo y, no siempre bien recibido, como legislador interpretativo (las *SS interpretativas*)<sup>1</sup>, que da sentido a la frase: “*las leyes son lo que el TC dicen que son*”.

El cambio lo hace la CE y la LOTC, el TC pasa a ser el sumo intérprete de la CE, es independiente a los demás órganos constitucionales, sólo se somete a la CE y a su Ley Orgánica, es único en su orden y su jurisdicción abarca toda España. Por su carácter supremo puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y otras disposiciones, y su interpretación prevalece sobre la del legislador. De manera que sus *Ss* modifican y crean el Ordenamiento Jurídico, tienen el valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales (*erga omnes*) desde su publicación en el BOE. Por ello, en armonía a lo indicado, los jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según la CE, según la interpretación que de ellos haga el TC en sus resoluciones en todo tipo de procesos.

Ahora bien, la Jurisprudencia del TC la crea el Pleno (art. 10 LOTC), sus 12 Magistrados (con el voto de calidad de su Presidente en algunos casos), pero el TC a la hora de resolver los RR de A trabaja en 2 Salas (arts 6 y 11 LOTC), de 6 Magistrados cada una, y para el despacho ordinario y la decisión de admisión de RR en Secciones (de 3 Magistrados). Y en la resolución de un R de A si la Sala cree necesario apartarse de la Doctrina Constitucional deberá someter la cuestión al Pleno.

---

<sup>1</sup> Son Fuente del Derecho por las que el TC declara en sus Fundamentos Jurídicos (FF JJ) la validez, la constitucionalidad, de un precepto siempre que se interprete según el sentido que indica, o no se interprete según los que excluye. Sienta la interpretación válida con más fuerza que la ley porque vincula al legislador ante posibles modificaciones.

Nuestra CE declara en su art. 53.2 que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (hoy regulado en los arts. 114 a 122 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa) y, en su caso, a través del R de A ante el TC. Recurso aplicable también a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

La garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas está encomendada, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, a través de las vías y remedios que ofrecen las leyes procesales. Subsidiariamente, la CE ha establecido un sistema específico y último de tutela de varios de tales derechos, mediante el Recurso de Amparo constitucional, que se sustancia en el TC. De esta manera, el Tribunal se configura como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y, por ello último garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

Únicamente cabe interponer el R de A frente a vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los arts. 14 al 29 CE, más el derecho a la objeción de conciencia citado. Este recurso no es, por tanto, un medio impugnatorio en defensa de cuestiones de simple legalidad.

Las vulneraciones alegadas han de tener su origen en disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos, así como de sus funcionarios y agentes. Pueden impugnarse tanto actuaciones administrativas (art. 43 Ley Orgánica del TC) como judiciales (art. 44 LOTC), así como aquellos actos parlamentarios que no tengan “valor de ley” (art. 42 LOTC).

La legitimación para recurrir en amparo es muy amplia, ya que esta vía queda abierta a toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo. Igualmente están legitimados para interponer este recurso el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (Mº F). Este último, además, interviene en todos los procesos de amparo para defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley.

La tramitación del recurso de amparo constitucional está recogida, en lo fundamental, en los arts. 48 a 58 LOTC<sup>2</sup>. El proceso se inicia mediante demanda del interesado, el cual ha de acudir al Tribunal representado por Procurador y asistido por Abogado. La demanda ha de exponer con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los derechos fundamentales que se estimen infringidos y fijará con precisión el amparo que se solicita. El art. 49 LOTC enumera la documentación que se precisa aportar con la demanda.

Por hacernos una idea cuantitativa, por reseñar un año, en el 2001 ingresaron en el Tribunal 6786 RR de A. Durante ese año, el Tribunal inadmitió 5329 amparos (5237 mediante Providencia y 122 mediante Auto); simultáneamente, admitió a trámite 172 asuntos. Por consiguiente, del total de decisiones de admisión adoptadas a lo largo del año, 3'23 % dieron lugar a la tramitación del R de A para resolver mediante S, y 96'77 % fueron de inadmisión del recurso.

---

<sup>2</sup> El demandante de amparo cuenta con un plazo de veinte días hábiles para presentar su queja. Este plazo corre a partir de la notificación de la última resolución judicial recaída. Los recursos de amparo contra actos parlamentarios sin valor de ley deben interponerse dentro de los tres meses siguientes a su firmeza.

Cabe destacar, por su trascendencia, lo que dispone el art. 50 de la LOTC con respecto a la posible inadmisión del recurso en los siguientes supuestos:

1. Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los arts. 41 al 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el art. 4.2.
2. Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.
3. Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del TC.
4. Que el TC hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual.

Si los tres Magistrados que componen la Sección aprecian, por unanimidad de sus miembros, que concurre en el recurso alguno de los anteriores supuestos, se acuerda la inadmisión del mismo mediante providencia, que cierra definitivamente el procedimiento, salvo que el M<sup>o</sup> F interponga recurso de súplica, en cuyo caso se resolverá sobre la admisión o inadmisión por Auto motivado.

También se podrá resolver por Auto la inadmisión a trámite de un recurso si la Sección, tras oír al interesado y al Fiscal, aprecia la concurrencia de algunas de las causas de inadmisión arriba reseñadas.

Si el recurso de amparo es admitido a trámite, se asigna a un Magistrado Ponente. La Sala requerirá con carácter urgente, en su caso, al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento previo para que, en plazo de diez días, remita las actuaciones, emplazando a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente.

Una vez recibidas las actuaciones se dará vista de las mismas al promotor del amparo, a los personados en el proceso, al M<sup>o</sup> F y, si estuviera interesada la Administración pública, al Abogado del Estado. Cumplido este trámite, el proceso queda pendiente de señalamiento para S.

Las Ss del TC se notifican a las partes del correspondiente procedimiento y se publican en el “Boletín Oficial del Estado” dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. Contra dichas Ss no cabe recurso alguno.

El procedimiento ante el TC es gratuito. No obstante, el Tribunal podrá imponer el pago de las costas o sanciones pecuniarias si apreciare temeridad, mala fe o abuso de derecho en la formulación de los recursos.

## **2. LAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA DEL TC**

Veremos que los pronunciamientos del TC y de los Jueces y Tribunales Ordinarios no son independientes, no están comunicados. Si bien no es simple la relación entre ambos planos. No es que las SS del TC están estricta y solamente en el plano de la constitucionalidad y las SS de los Tribunales limitadas al plano de la legalidad, porque ambos planos dan sentido, dan unidad al Ordenamiento Jurídico. La supremacía de la CE no permite que ambos ámbitos de jurisdicción sean independientes. Ni las SS de los Tribunales Ordinarios pueden ignorar las del TC, ni las de éste olvidar aquellas. El análisis de las SS de los Tribunales Ordinarios es necesario para el TC a la hora de comprender si se ha vulnerado, o no, la CE (STC 50/1984, 5 de abril). Por otra parte el art. 123.1 de la CE señala que salvo en materia de garantías constitucionales, el TS es el Supremo en todos los Órdenes Jurisdiccionales.

El TC no es ajeno al enjuiciamiento de los Tribunales de la legalidad ordinaria, no sólo al apreciar su constitucionalidad, también al valorar su interpretación y aplicación (SS del TC 123/83, 109/87, entre otras),

porque ha de revisar si la decisión judicial se adecua a la exigencia constitucional del art. 24 de la CE (tutela judicial efectiva), si no pudiera hacerlo no estaría cumpliendo su función. Por tanto, puede y debe examinar el Juicio de Legalidad que ha realizado el “juez ordinario”. Y lo cierto es que el encaje de esta labor es tortuoso en ocasiones, ha recibido numerosas críticas por las fricciones (¿excesos?) del TC a la hora de revisar SS del TS (de sus Salas 1ª, 2ª y 3ª, especialmente); ejemplo de ello lo encontraríamos en sus SS del TC 185/90, 7/94, 37/95, 115/2000, entre otras).

En las relaciones poco armoniosas aludidas, entre las causas que provocan dichas tensiones, se destacan la abundancia de derechos y libertades fundamentales constitucionalizados (arts. 14 a 30 CE) la amplitud de la configuración del R de A (arts 41 a 44 LOTC ya citados), y la interpretación expansiva del TC con el art. 24 CE (“cajón de sastre” que muchos abogados encuentran en el mismo). Los puntos de fricción parten de los pronunciamientos del TC sobre la legalidad ordinaria, fiscalizando la interpretación judicial sobre la norma elegida y la interpretación que se ha hecho de ella, por otra parte los juicios del TC sobre la valoración de la prueba, sobre los hechos del proceso, ventilados en la jurisdicción ordinaria, y que las SS del TC, tras anular la Resolución recurrida, declaran firme una anterior que había sido anulada (sobre la cual no cabe recurso)<sup>3</sup>.

Lo cierto es que el TC utiliza en muchas ocasiones conceptos indeterminados como parámetros de análisis que crean desconfianza en el aplicador de las leyes, juicios de razonabilidad o proporcionalidad a la hora de ponderar bienes e intereses, con criterios de utilidad, necesidad, conveniencia, etc, que provocan en ocasiones inseguridad jurídica, por los amplísimos márgenes de discrecionalidad que algunos encuentran en sus pronunciamientos, aplicando criterios jurídicos incontrolables, demasiado flexibles, por ejemplo a la hora de anular una S del TS porque éste no ha ponderado los bienes y derechos en conflicto, o los ha ponderado mal.

---

<sup>3</sup> Aunque, en realidad, se han dado todos los RR, y ello evita que siga siendo recurrida y vuelva, pudiera ser, otra vez al TC en Amparo.

Las tiranteces entre el TS y el TC llegaron a un punto álgido con la STS de su Sala 1ª, de 23 de enero de 2004 (¿la jurisprudencia reducida al absurdo?), en la que por primera vez los Magistrados del TC fueron condenados como responsables civiles por incurrir en negligencia en el ejercicio de sus funciones<sup>4</sup>. Este asunto y no sabemos si las críticas a ciertos pronunciamientos del TC, que venía experimentando fricciones sonoras en casos en los que aparecían personajes muy populares, la tensión vivida en las relaciones entre la cúspide de la jurisdicción ordinaria y el mismo TC, tiene llamativa, elocuente y hasta cierto punto sorprendente, respuesta por parte de este Tribunal en su Acuerdo de 3 de febrero de 2004, cumpliendo con su deber de preservar la jurisdicción que tiene atribuida en materia de amparo constitucional por los arts. 123.1 y 161.1.b) de la CE, conforme al principio que se desprende de lo dispuesto en art. 4.1 en relación a los arts. 2.1 h) y 10 k) de su LOTC, en el que en tres puntos viene a resumir determinados hechos que son dignos de ser recordados aquí en Nota aparte<sup>5</sup>. Y por todo ello acordó

---

<sup>4</sup> Con motivo de los recursos que, inicialmente en el TS, Don J.L. M.C., abogado, interpuso frente a la inactividad del TC a la hora de no sacar a concurso todas las plazas de letrado de dicho TC, ello desencadenó una guerra de recursos que tras ser denegado en Amparo y Súplica, finalmente fue admitido a trámite en el TS, que viene a condenar a 11 de los Magistrados del TC.

<sup>5</sup> 1º. La S dictada por la Sala de lo Civil del TS el 23 de enero de 2004 declara incursos en responsabilidad civil y condena a indemnizar a todos los miembros que formaron el Pleno del TC que, en julio y septiembre de 2002, dictó las resoluciones de inadmisión en determinado proceso constitucional en el que se formulaba una pretensión de amparo. Tal y como se recoge en la S citada, se presentó un escrito ante este Tribunal formalmente dirigido “Al TC. Sustituido por formación que garantice un examen imparcial”. En dicho escrito, se formulaba recurso de amparo “1. Contra el propio TC”, se recusaba a todos los Magistrados Constitucionales y se interesaba que por el propio Tribunal se instara al Gobierno “la tramitación de una norma legislativa que disponga la formación de un tribunal o formación que garantice con independencia e imparcial [*sic*] el examen presente asunto” [*sic*]. Es decir, se formulaba amparo contra el TC, recusando a sus componentes y solicitando la creación legislativa de otro TC. A la vista de lo anterior, el TC, tras examinar el escrito en Sección y Sala y elevarlo por ésta al Pleno, acordó: “por unanimidad la inadmisión del mismo, por cuanto que el recurso no se dirige a este TC sino a otro hipotético que le sustituya. En su consecuencia procede el archivo de las presentes actuaciones”. La S de la Sala de lo Civil del TS, tras rechazar la falta de jurisdicción alegada en su momento, examinó respecto al fondo la acomodación a Derecho de las decisiones jurisdiccionales de este Pleno, y lo hizo en términos de grave e inequívoca censura de la corrección jurídica de aquellas, a las que se imputó quebrantamiento de la prohibición del *non liquet*, es decir,

declarar que las resoluciones dictadas por el TC en los RR de A no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a ese Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica resolver tales recursos; y asimismo declaró que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en RR de A, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida al TC por la Constitución.

---

una ausencia de respuesta, y también, con evidente contradicción, una respuesta falta de lógica y de motivación suficiente, calificándose la conducta profesional de los Magistrados demandados de “negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable” de normas imperativas.

Basta el breve resumen de lo acontecido, expuesto anteriormente, para poner de manifiesto el sentido de la S, como punto de partida de este Acuerdo; pero no es el acierto o error de la resolución de fondo contenido en la misma lo que aquí interesa destacar, sino que la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que sólo al TC corresponden. Pues no se enjuicia la hipotética concurrencia de algún elemento añadido a las resoluciones mismas y diferenciable de éstas, en cuanto eventual posible soporte de la responsabilidad reclamada, sino única y exclusivamente dichas resoluciones. 2º. Es sabido que, en virtud de lo dispuesto por el art. 413.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las decisiones jurisdiccionales a las que se imputa el agravio determinante del daño, permanecen inalterables y firmes, condición ésta que ha de predicarse respecto de las dictadas por este Pleno en el proceso constitucional de referencia, y que hemos de considerar, por ello, concluso.

Ello no obstante, y con independencia del plano jurídico-procesal en el que nuestras resoluciones fueron adoptadas, no podemos dejar de constatar en el ámbito de la defensa de la jurisdicción que la Constitución nos atribuye, y desde esa perspectiva, que la S referida realiza, sin reserva alguna, un escrutinio de las decisiones que recayeron en dicho proceso constitucional, propio del que corresponde a este Tribunal, de tal modo que *de facto* la Sala de lo Civil del TS parece situarse en la posición de un Tribunal de grado superior, asumiendo funciones de control o revisión de nuestras resoluciones dictadas en el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional que, de manera exclusiva y excluyente, nos viene atribuida por la Constitución.

El examen o enjuiciamiento acerca de si se hallan o no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por este Tribunal en los procesos constitucionales de los que conoce, y en este caso en el de amparo, es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, incluido el TS, sin que, por tanto, pueda éste, con ocasión de pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad civil, y cualquiera sea el resultado al que llegue sobre la procedencia de la acción resarcitoria, enjuiciar en cuanto al fondo la juridicidad de las resoluciones de este Tribunal de las que se hace derivar el daño invocado por el particular perjudicado.

Ello es así, por cuanto la delimitación entre la jurisdicción ordinaria, que culmina el TS, y

### 3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En más del 90 % de las SS, que serán aquí abordadas, el “macro” derecho y/o conjunto de garantías que ella supone, versarán sobre la tutela judicial efectiva. Puesto que, de partida, en muchas ocasiones se asimila ella a otros derechos que debieran ser diferenciados en la dinámica procesal de los Juzgados.

Este derecho, o conjunto de derechos, viene recogido en el art. 24 de la CE, de manera que todos podemos invocarlo y exigirlo en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Comprende igualmente el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas con todas las garantías, a utilizar medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

---

la jurisdicción atribuida a este TC aparece contenida en el art. 123.1 de la Constitución, a cuyo tenor: “El TS, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Declaración que se completa con lo dispuesto en el art. 161.1 b) CE, en el que se atribuye al TC la jurisdicción para conocer del recurso de amparo, en los casos y formas que la ley establezca. Esta referencia a la ley lo es, obviamente, a la LOTC. Pues bien, conforme al art. 4º.1 de dicha Ley Orgánica “En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al TC”, mandato claramente orientado no sólo a impedir la formal promoción de conflictos sino también a preservar y hacer inmune a cualquier injerencia el ámbito jurisdiccional que la Constitución y nuestra Ley Orgánica acotan en términos inequívocos, y cuya defensa y afirmación nos viene impuesta.

El desconocimiento de esta clara delimitación por la Sala de lo Civil incurre en una invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este TC.

3º. Esta constatación que, con toda objetividad pero también con seria preocupación realizamos, nos lleva a calificar de clara extralimitación competencial, y correlativa invasión de nuestras exclusivas competencias y atribuciones constitucionales, el enjuiciamiento de cualquiera de nuestros pronunciamientos, efectuado en vía de amparo constitucional, por cualquier Órgano de la jurisdicción ordinaria. No entenderlo así privaría al Tribunal de la calidad de supremo intérprete de la Constitución que le reconoce el art. 1 de la LOTC, expresando con ello la posición de supremacía que la Constitución española le reconoce, y podría enervar el amparo constitucional tal y como lo configura aquélla.

Desde la perspectiva analizada, hemos, pues, de reafirmar nuestra jurisdicción rechazando, con serenidad pero también con rigor la invasión de nuestra jurisdicción que supone la utilización de la vía civil como indebida prolongación del recurso de amparo.

Este precepto será seguramente, junto con la problemática del Estado Autónomo, el mayor campo de pronunciamientos del TC. Vía de Amparo, desde luego, hasta el punto de poderse afirmar que la inmensa mayoría de los recursos de una u otra manera, se tratan de fundamentar sobre él.

El TC ha distinguido entre los dos apartados del art. 24 CE, reseñando que no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la CE, a pesar de su operatividad jurídica inmediata que le distingue claramente de otros derechos “menos protegidos” (*v. gr.* para los profesionales que intervienen en su ejecución: la vivienda) se trata de un derecho de configuración legal, debiendo el legislador respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE)<sup>6</sup>. Y a partir de ello, el TC ha analizado lo regulado en las normas procesales para filtrarlas bajo ese condicionante o conjunto de exigencias contenidas en el art. 24 CE.

En cuanto a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión el TC ha precisado este concepto y ha derivado de ello el acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la exigencia de motivación de las SS, el derecho a su ejecución, el Principio *pro actione* o de interpretación más favorable para la efectividad del derecho constitucional del actor, la necesidad de que el Juez examine de oficio los requisitos procesales de orden público, la interpretación de la legitimación para recurrir en vía contenciosa exigiendo sólo un interés legítimo, y no ya directo como decía el viejo art. 28 de la LJCA, el derecho al emplazamiento personal, etc. Muchos de los cuales serán tratados en este trabajo.

Igualmente el TC ha fijado también que la exclusión legal de ciertos recursos, su limitación o el establecimiento de requisitos no es necesariamente incompatible con el art. 24.1 CE. En cuanto al acceso a la jurisdicción el TC ha señalado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no protege el acceso de los poderes públicos a la jurisdicción en defensa de sus potestades y actos, la CE otorga derechos fundamentales a los ciudadanos frente a los poderes públicos, pero no permite que éstos se apoyen en derechos fundamentales para defender

---

<sup>6</sup> Sobre el concepto de su contenido esencial véase, entre otra, el F J 8º de la temprana STC 11/1981, de 8 de abril.

sus actos, especialmente cuando se trata de actos que imponen una sanción a un ciudadano (SS 197/1988 o 129/1995, entre otras<sup>7</sup>).

En cuanto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, para el TC ello se incardina con los problemas derivados de su recusación o la composición de los Tribunales, con la exigencia de diferenciación entre instructor y juzgador en el proceso penal, etc; del derecho a la defensa y asistencia de letrado el derecho a intérprete en todo tipo de procesos; el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas con todas las garantías lo interpreta en sintonía o acuerdo con la doctrina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; sobre el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes para su defensa ha extendido su alcance al Derecho Administrativo sancionador y ha precisado sutilmente las consecuencias de la prueba ilícitamente obtenida; y en el ámbito del derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia, ha aceptado su extensión al campo sancionador, con derivaciones sobre el valor de las diligencias y atestados policiales.

Es amplísima la Jurisprudencia del TC y los tratamientos de la doctrina científica, en monografías y revistas, sobre aspectos diferenciados que concretan algunos de los derechos citados, que perfilan, critican o elogian la doctrina del TC. Sólo con ánimo de mencionar algunos citaremos algunas SS en materia de emplazamiento personal (SS 48/1982, 46/1987 o 58/1990), ejecución de SS contencioso-administrativas (SS 32/1982, 149/1989 o la de 15 de julio de 1998), suspensión de actos administrativos (SS 66/1984 y 78/1996), la doctrina sobre los supuestos en que el cómputo de los plazos deja de ser una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria (SS 201/1992, 322/1993 o 160/1997), etc, etc. Ahora bien, en general, sobre las derivaciones de la tutela judicial efectiva que conectan con la organización y principios de actuación de los Tribunales y sus procesos, debe ponerse en relación lo recogido con la Jurisprudencia que deriva del art. 117 y stes de la CE y las diversas leyes Procesales, Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), Criminal (LECRim)

---

<sup>7</sup> Muy interesante en esta línea es el Auto del TC de 12 de enero de 1998, que con esos términos viene a inadmitir un R de Amparo sobre un asunto en el que un Colegio Profesional impugnaba un Acuerdo de su Consejo General en materia sancionatoria que había estimado el recurso de un colegiado sancionado por aquél.

y de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que en repetidas ocasiones surgirán más adelante.

#### 4. EL APAREJADOR EN LAS SS DEL TC

##### 4.1. EL APAREJADOR OBTIENE AMPARO CONSTITUCIONAL

En primer lugar vamos a ver una S de un asunto en el que M<sup>o</sup> F solicitó que se tomase declaración de lo ocurrido al ahora solicitante de amparo, a la sazón Arquitecto técnico, Don J.R.A.A. contratado para la realización de una obra, en la que como consecuencia de un accidente laboral producido en la misma, que se realizaba en abril de 1990 en la localidad de Linares, falleció uno de los trabajadores. Luego se incoaron Diligencias Previas (DP) y dentro de la investigación penal el Juzgado practicó la declaración solicitada. Tras esta declaración inicial, se le notificó el Auto de apertura del juicio oral, en el que con carácter previo el solicitante de amparo alegó la violación del art. 24 CE, solicitando la suspensión del juicio. El Juzgado de lo Penal (Jdo P.) acordó, sin embargo, la continuación del mismo, indicando que esta cuestión se resolvería en la S. El 30 de septiembre de 1993 recayó S en la que el aparejador fue condenado como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte. Interpuesto recurso de apelación en el que, entre otros extremos, se denunció la vulneración del art. 24 CE, la Audiencia Provincial (Aud. Prov.) de Jaén dictó S, de fecha 28 de marzo de 1994, en la que estimó parcialmente el recurso al calificar los hechos sólo como constitutivos de una simple falta, pero no apreció la lesión del art. 24 CE.

El aparejador que pide amparo considera que a lo largo del procedimiento han resultado lesionados el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la asistencia de Letrado y el derecho a ser informado de la acusación. Tales derechos habrían resultado vulnerados porque, con anterioridad a la apertura del juicio oral, en ningún momento se le informó de su condición de imputado, habiéndosele tomado declaración con el simple carácter de testigo a pesar de que ya se había solicitado su hoja histórico-penal. Esta circunstancia motivó una clara indefensión, ya que la declaración fue prestada sin que se le informara sobre ninguno de sus derechos constitucionales y sin que se le ofreciera la posibilidad

de nombrar Letrado. Continúa el recurrente reseñando que estas irregularidades fueron reconocidas por la propia S de la Aud. Prov., aunque ésta consideró que dicha indefensión inicial había resultado subsanada por el resto de las actuaciones, que sí se practicaron con las formalidades legales exigibles.

También alegaba el recurrente la quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la Ley en conexión con el derecho a la presunción de inocencia, habida cuenta de que la S de la Aud. Prov. condenó al solicitante de amparo en tanto que absolvió al Arquitecto superior a pesar de que ambos fueron acusados por los mismos hechos y se practicaron en el procedimiento las mismas pruebas, y mantenía en su Demanda que se había vulnerado el art. 25.1 CE en conexión con el art. 9.3 CE, puesto que la Aud. Prov. estimó responsable del accidente al solicitante de amparo y no al Arquitecto superior al considerar aplicable el Real Decreto (RD) 84/1990, de 19 de enero, que exige, para el tipo de obras en que se produjo el accidente, la elaboración, por parte del Arquitecto técnico, de un estudio especial de seguridad e higiene, así como su seguimiento. A juicio del recurrente, dicha disposición se aplicó con efectos retroactivos, ya que al tiempo de contratarse sus servicios la norma vigente era el RD 555/1986, que encomendaba la redacción del estudio de seguridad e higiene al Arquitecto superior y no al Arquitecto técnico.

La parte contraria pedía que se desestimara el R de A, entre otras razones porque no cabe la vulneración del principio de igualdad, pues esta vulneración corresponde a respuestas judiciales distintas a supuestos de hecho diferentes, lo que, a la vista de la propia titulación y competencias profesionales de uno y otro (el recurrente en amparo es Arquitecto técnico y el ahora alegante Arquitecto superior), no se da en el presente caso. La razón de su absolución en segunda instancia, donde por el contrario se ratificó la condena al aparejador, entiende que tiene su razón de ser, precisamente, en esta distinción, en cuanto a la legislación aplicable a los cometidos profesionales de uno y otro<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En consecuencia, alega que resulta intrascendente lo que se dice en la demanda de amparo en cuanto a la irretroactividad de las normas, pues, ya sea en aplicación del RD 84/1990, de 19 de enero, que impone al Arquitecto técnico la firma y seguimiento de un estudio de seguridad e higiene en obras de presupuesto superior a 100.000.000 de pesetas o la

El M° F interesó se estime el amparo por entender que las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el art. 24 CE, respecto de la condición de imputado del recurrente de amparo.

Manifestó el Fiscal que el Juzgado de Instrucción recibió declaración como testigo y no como imputado al ahora recurrente en amparo y éste no tuvo más intervención procesal hasta que, abierto juicio oral y formulada acusación, hubo de evacuar el pertinente escrito de defensa. Por tanto, entiende el Fiscal, la quiebra de su derecho de defensa y su indefensión material parece evidente y en paralelo con el amparo concedido en la STC 128/1993.

Es muy importante lo que subraya el M° Público, cuando señala que lo que también se demanda de amparo y pretende es reexaminar en esta vía la valoración probatoria e incluso su conexión con la normativa profesional y de seguridad en el trabajo concurrente en el caso de autos. Pero esas son facultades que competen en exclusividad a Jueces y Tribunales según lo dispuesto en el art. 117.3 CE.

Y el TC, su Sala 2ª, en la S 149/1997 que venimos tratando, otorga el amparo al aparejador recurrente y le restablece en su derecho, anulando la S de la Aud. Prov. y del Jdo P. y repone las actuaciones al momento en que se recibió declaración por el Juez instructor. Argumentaba en su F J 2º que es su doctrina en la STC 186/1990, «que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido *ab initio* o no las D P) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts.

---

legislación anterior aplicable al desempeño de la profesión de Arquitecto técnico, plasmada en el Decreto de 29 de febrero de 1971, llegaríamos a una misma conclusión condenatoria para el técnico señor A.A., al encontrarse en uno y otro caso entre sus exclusivas competencias profesionales la del seguimiento, control y vigilancia de todo lo concerniente a seguridad e higiene en la construcción.

Tampoco cree que haya existido violación del principio constitucional de legalidad ni del de presunción de inocencia. La Sala de apelación confirma la condena a constructor y aparejador como únicos responsables por tales hechos, al ser la conducta de éstos la única constitutiva de una falta de imprudencia simple con infracción de Reglamentos.

788 y 118.4 LECrim) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes, con independencia de que hubiere prestado otras declaraciones en el sumario. De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada...». «... En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (confróntense arts. 299 y 789.3. LECrim, en cuya virtud constituye objeto de las D P determinar “las personas que en él hayan participado”), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial...»<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Y concretando la anterior doctrina, ya en supuestos similares al presente (SS 128/1993, 129/1993, 152/1993 y 277/1994), ha declarado el TC que la tutela del derecho constitucional a la defensa en el ámbito del procedimiento penal abreviado conlleva una triple exigencia: 1. que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado; 2. que nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez con anterioridad a la conclusión de las D P, garantía que, en lo que aquí interesa, se traduce en que no pueda clausurarse la fase de instrucción sin que el Juez haya ilustrado al imputado de sus derechos y particularmente sin la designación de Abogado defensor, y sin haber dado lugar a la posibilidad de alegar su exculpación en la «primera comparecencia» contemplada en el art. 789.4 LECrim, y 3. que no debe pedirse al imputado simple declaración testifical cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él ya existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible.

El Juez está obligado, pues, a poner de manifiesto al sujeto el hecho punible que se le imputa, para que pueda exculparse, y debe también informarle de sus derechos, sin que pueda darse valor de declaración como imputado a la recibida como testigo antes de la imputación, dada la distinta posición y diferencia de obligaciones y derechos que en una u otra situación ostenta quien, a diferencia del testigo, puede callar total o parcialmente y no está obligado a ajustarse a la verdad como aquél, pues hasta ahí llega el derecho de defensa (STC 129/1996, entre otras).

En esos mismos criterios de constante doctrina ha insistido la STC 100/1996 F J 3º, según la cual «... el art. 24 CE en cuanto reconoce los derechos a la interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado los principios de contradicción e igualdad, lo que impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto

En nuestro caso el aparejador no pudo asumir el status de imputado hasta el momento de la notificación del Auto de apertura del juicio oral, pues durante la instrucción el Fiscal había solicitado su declaración y el Juez al practicarla no la recibió en calidad de imputado sino como testigo. El restablecimiento, pues, en el disfrute de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión exige la anulación de las SS citadas.

En la segunda S de Amparo que vamos a tratar nos encontramos con distintas cuestiones, suscitadas en torno a la tutela judicial efectiva que el TC otorga al aparejador recurrente, de manera que inicialmente por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Ayamonte se incoaron D P como consecuencia del desplome de una pared de una obra en construcción sita en La Redondela (Huelva) ocurrido en diciembre de 1994, que produjo el fallecimiento de una persona. Tramitadas las oportunas diligencias, en las que se personaron los hijos de la fallecida en calidad de acusación particular, se celebró el juicio de faltas en enero de 1997, en el que comparecieron como denunciados el aquí recurrente en amparo Don A. M. F., en calidad de Arquitecto redactor del proyecto de ejecución de la obra; el Aparejador Don J.M.C.C., solicitante del otro recurso de amparo acumulado; y Don T.M.A., promotor de la obra. El Mº F instó únicamente condena para este último, como autor de una falta de imprudencia, consistente en una multa de 50.000 pesetas y al abono a los perjudicados de una indemnización de 16.000.000 de pesetas.

Por S de 10 de enero de 1997, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Ayamonte declaró extinguida la responsabilidad criminal de los acusados por prescripción de la falta, al valorar que las actuaciones judiciales habían estado paralizadas desde el 21 de julio hasta el 10 de octubre de 1996. Se dan como hechos probados que en mayo de 1994 el constructor

---

punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión. Y por ello el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada, con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa y una efectiva y equilibrada contradicción...», (y otro tanto se ha señalado en la STC 273/1993, F J 2º *in fine*).

paralizó las obras por falta de recursos económicos, manifestándolo a los dos técnicos, quienes no anotaron la paralización en el libro de obras, ni volvieron a visitarlas. El constructor las reinició en otoño de ese año, para lo cual levantó dos paredes laterales sin supervisión de los técnicos, a los que no avisó de tales trabajos. El derrumbe de uno de esos muros fue el que provocó la muerte de la persona citada.

La anterior resolución fue recurrida en apelación por los perjudicados, afirmando la responsabilidad de los tres denunciados, para los que solicitaron su condena como autores de una falta de imprudencia y el pago de 16.000.000 de pesetas a los herederos de la fallecida. Los hoy demandantes de amparo impugnaron el recurso de apelación, pidiendo la confirmación de la S de instancia. La Aud. Prov. de Huelva dictó S el 30 de julio de 1997, en la que estimó el recurso de los perjudicados, revocando la de instancia, al no considerar acreditada la prescripción, y condenando al promotor de la obra, Don T.M.A., como autor de una falta de imprudencia con resultado de muerte, y como responsables civiles subsidiarios al Arquitecto y al Aparejador, hoy demandantes de amparo.

El aparejador recurrente en Amparo entendía, lo hace luego en su escrito presentado el 21 de diciembre de 1999, que se vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por incongruencia y por violación del derecho a conocer la acusación. La resolución de la Aud. Prov. contendría un pronunciamiento sorpresivo al condenarle como responsable civil subsidiario, cuando la única parte que formuló acusación le imputó la comisión en concepto de coautor de una falta penal, atribuyéndole una responsabilidad civil directa, pero no una responsabilidad civil subsidiaria, por la que ha sido condenado. Ello le habría generado indefensión en el proceso, por cuanto no pudo prever en su escrito de impugnación de la apelación la posibilidad de una declaración de responsabilidad civil subsidiaria. Invoca igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva por la revocación que la S de apelación realizó de la prescripción acogida por la S de instancia.

El Mº F interesó el otorgamiento del amparo por considerar que la S de la Aud. Prov., partiendo de los mismos hechos declarados en la de instancia, introdujo un factor de valoración nuevo, a saber, deducir la apreciación de una responsabilidad civil subsidiaria de los técnicos de las obras como consecuencia de no haber anotado la suspensión de

aquellas en el libro correspondiente. De este modo, la S de apelación habría modificado el objeto del proceso al introducir *ex officio* y valorar una cuestión jurídica nueva que no había sido abordada ni en 1ª instancia, ni en el debate de apelación, por lo que no pudo ser contradicha por el recurrente. La resolución ahora recurrida habría resuelto pues una cuestión no pretendida, resultando incongruente con el debate procesal sustanciado previamente. Por ello solicita la anulación de la S de la Aud. Prov. de Huelva en lo relativo a la declaración como responsable civil subsidiario del recurrente, dejando subsistente el resto de los pronunciamientos contenidos en la misma.

Pues bien, dice la Sala 2ª del TC, en el F J 3º de su S 227/2000, de 2 de octubre que la S de instancia, que declara extinguida por prescripción la posible responsabilidad criminal de los recurrentes en amparo, establece como hecho probado que la paralización de la obra “no se apuntó en libro de obras, y a partir del referido momento ni el Arquitecto ni el Aparejador volvieron a visitar la obra”. En el recurso de apelación los recurrentes -hijos de la fallecida en el accidente- exigieron la responsabilidad del Aparejador con el argumento de que el muro se construyó “con su presencia y anuencia” y la del Arquitecto “por su obligación de exigir y vigilar el fiel reflejo de la obra en el correspondiente libro, y al no ser éste aportado, es obvio que su inexistencia prueba la falta de atención a la obra”. En el suplico del recurso de apelación se solicitaba de la Sala que condenase “a los acusados como autores de una falta del art. 586 bis del anterior Código Penal (CP) de la que son autores los tres acusados, condenando a cada uno de ellos a la pena de 50.000 pesetas de multa, y solidariamente al pago de 16.000.000 de pesetas a los herederos”.

En su respuesta al recurso de apelación el Arquitecto alega que “las alegaciones de la parte apelante para intentar implicar al Arquitecto carecen de la menor fundamentación, pues la simple circunstancia de no haberse aportado el Libro de Ordenes de la obra, ni prueba su inexistencia, ya que dicho documento debe permanecer en la obra y su extravío no puede ser responsabilidad del Arquitecto, ni ello puede constituir elemento probatorio de la supuesta falta de atención del mismo, pues no se comprende cómo tal circunstancia, caso de ser cierta, hubiera podido impedir el accidente, y que lo que resulta evidente es que, si el

propietario decide suspender la obra, no puede exigírsele al Arquitecto que esté constantemente pendiente de la reanudación, pues para ello tendría que visitar la obra a diario, obligación que ni siquiera es exigible cuando la ejecución de la construcción se desarrolla con normalidad y sin interrupciones”. La representación del Aparejador insistió en que la conducta de su patrocinado “es ajena por completo al resultado del derrumbe parcial (las obras fueron paralizadas por falta de medios económicos del Promotor-Constructor, Sr. Martín Angulo, sin que por entonces se hubiera ejecutado el muro de la segunda planta derrumbado) tanto por no corresponder la ejecución material a sus atribuciones, su palmario desconocimiento de la reanudación de las obras y, en fin, por las causas directas del derrumbe causante que dimanen de circunstancias climatológicas extraordinarias, constitutivas de fuerza mayor como se halla acreditado en las actuaciones”.

La S de la Audiencia dictada en apelación condenó a los recurrentes en amparo como responsables civiles subsidiarios con el argumento de que “la imprevisión de los técnicos consiste en no anotar la suspensión de las obras en el libro correspondiente, dejando abierta su continuación en cualquier momento, como así ocurrió, solo determina su responsabilidad civil subsidiaria, pues en definitiva seguían ‘abiertas’ las obras, siguiendo el principio objetivo de que quien está a las ganancias debe ser a las pérdidas, que inspira el art. 22 del CP de 1973, porque en el desempeño de la actividad el dependiente genera unas ventajas con riesgo de desventajas, este peligro de eventos desfavorables es el que deben asumir los técnicos que dejan que la actividad continúe, o que sea posible su continuación, porque ninguna medida adoptaron impidiendo su reanudación sin aviso previo para garantizar la supervisión de la ejecución en todo momento, sin períodos incontrolados posibles”.

De lo dicho se desprende que, aunque los hechos que dieron lugar a la condena civil -el no reflejo de la paralización de las obras en el correspondiente libro- pudieron ser debatidos y en realidad lo fueron a lo largo de las dos instancias, no es menos cierto que la pretensión sufrió una modificación sustancial al dictarse la S de apelación puesto que en ningún momento los recurrentes solicitaron la responsabilidad civil subsidiaria de los condenados, sino la responsabilidad penal como coautor de una falta de imprudencia con resultado de muerte y la responsabilidad

civil directa. De este modo se alteró de oficio el objeto del debate procesal al introducir una pretensión nueva frente a la cual los recurrentes en amparo no pudieron defenderse ni entablar un debate contradictorio.

Esta constatación llevó al TC a otorgar el amparo solicitado, reconociendo que se había vulnerado la tutela judicial efectiva del arquitecto y aparejador y declaró la nulidad de la S de 30 de julio de 1997 de la Sección Segunda de la Aud. Prov. de Huelva, dictada en el Recurso de Apelación (Rollo nº 75/97), en el particular relativo a la declaración como responsables civiles subsidiarios de los recurrentes<sup>10</sup>.

La tercera S de R de A que analizaremos, 75/2003, de 23 de abril, de la Sala 1ª del TC, trata igualmente la figura de un aparejador que obtiene el Amparo de su derecho a un proceso con todas las garantías, declarando

---

<sup>10</sup> En esta S el TC analizó la incongruencia *extra petitum* se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y la causa del pedir o el *petitum* (SSTC 98/1996, de 10 de junio, FJ 2º; 220/1997, de 4 de diciembre, FJ 2º; 9/1998, de 13 de enero, FJ 2º; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º; 85/2000 de 27 de marzo, FJ 3º; 86/2000, de 27 de marzo, FJº 4). Ahora bien, la incongruencia *extra petitum* sólo tiene relevancia constitucional y lesiona el art. 24.1 CE en la medida en que provoque indefensión al defraudar el principio de contradicción. Sólo si la S modifica la *causa petendi* o el *petitum* alterando la acción ejercitada, se habría dictado sin oportunidad de debate, ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* (STC 98/1996, FJ 2º).

En este punto, debe recordarse que el órgano judicial únicamente está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (STC 9/1998, FJ 2º). En otras palabras, lo constitucionalmente decisivo desde las coordenadas procesales esenciales que exige el art. 24 CE, es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en relación con todos los aspectos esenciales del conflicto en el que se halla inmerso y que van a ser objeto de pronunciamiento judicial. Y ello sucederá claramente en relación con los aspectos expresa y formalmente suscitados por las partes y con los que lógica o legalmente se hallan anudados a ellos, pero también podrá suceder con pretensiones implícitas de tal naturaleza que hagan “razonablemente previsible” su inclusión en el contenido del fallo (STC 144/1996 de 16 de octubre, FJ 4º).

nula la S de la Aud. Prov. de palma de Mallorca de 17 de mayo de 2000, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar S a fin de que por el órgano judicial se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado

Todo arranca por el fallecimiento de una persona en un accidente de trabajo, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Eivissa incoó D P en averiguación de las circunstancias en las que se había producido el mencionado accidente. Concluidas las diligencias de investigación que se consideraron oportunas, el Mº F interesó el sobreseimiento provisional y alternativamente para el supuesto de que se acordara abrir el juicio oral formuló sus conclusiones provisionales interesando la absolución. No obstante, se formuló acusación por la acusación particular ejercida por Dña C.T.M. La defensa del recurrente en amparo (nuestro aparejador) presentó escrito de defensa, y los autos fueron remitidos para enjuiciamiento al Jdo P. nº 2 de Eivissa.

En el acto del juicio oral, el Mº F, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y consecuentemente solicitó la absolución del recurrente. En el mismo trámite, la acusación particular, elevando también a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitó se condenara al recurrente a “la pena de tres meses de prisión como autor de un delito del art. 317 CP y de 1 año de prisión y 3 de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de aparejador, como autor de un delito del art. 142, aps. 1 y 3, del CP, accesorias y costas”.

Esta calificación jurídica tenía como base fáctica según la acusación particular un accidente de trabajo en el que falleció Don E. A. T. al precipitarse al vacío cuando se encontraba realizando trabajos de impermeabilización de la cubierta del Hotel Bahía en Sant Antoni de Portmany, como consecuencia de la ausencia de medidas mínimas de protección que debían de consistir en unas determinadas barandillas u otro sistema de protección colectiva de seguridad. Al recurrente, Don L.G.N. le imputaba concretamente que en su calidad de aparejador de la obra “ordenó que se hicieran dichos trabajos en una zona que carecía de medidas de seguridad”.

El 31 de diciembre de 1999 se dictó S absolviendo al demandante (así como al resto de los acusados). Se declaró probado que el fallecimiento del esposo de la acusadora particular se ocasionó por la

caída desde la cubierta del edificio por motivos desconocidos. También se consideró acreditado que en el plan de seguridad elaborado por Don J.A.R.T., que también compareció en este recurso de amparo, se preveía la obligación de utilizar cinturones de seguridad de sujeción que no eran usados por ninguno de los que en ese momento se encontraban trabajando en la cubierta. En los fundamentos de Derecho se estableció expresamente que “el accidente no se produce por el hecho de que Don J.A.R.T. omitiera... en la elaboración del Plan de Seguridad la previsibilidad del riesgo de caída... sino porque la víctima... no hace uso del cinturón de seguridad” (F J 2º), lo que lleva a la absolución porque mientras que “la obligación de velar por el trabajador hasta el punto de protegerlo de sus propias imprudencias, tiene su amparo en el derecho social o en otra jurisdicción”, en el derecho penal, se sostiene, “es necesario que la conducta de la empresa a través de sus encargados o personal superior, por su falta de previsión sea la causa eficiente del daño sufrido por el trabajador” (F J 4º).

Contra esta S se formuló recurso de apelación la acusación particular. No así el Mº F que en el trámite correspondiente solicitó expresamente la absolución del recurrente.

El 17 de mayo de 2000 se dictó S por la Sección 1ª de la Aud. Prov. de Palma de Mallorca. En la S, por lo que respecta al recurrente y al ámbito del R de A, se considera probado (modificando los hechos apreciados por el Juez de lo Penal y en lo que respecta al demandante) que éste era, además de Arquitecto Técnico de las obras, representante legal de la empresa contratista. Que el accidente se produjo al perder el equilibrio el fallecido mientras se extendía grava en la cubierta del edificio. Además, que no se establecieron medidas de seguridad concretas de protección en la cubierta, aunque sí se preveía para los trabajos a realizar en la estructura y que pese a que el plan establecía como medidas de seguridad la colocación de redes de horca y barandillas en general, posteriormente se retiraron por la empresa constructora con la aquiescencia de los acusados dejándose un pretil de 50 centímetros, cuando reglamentariamente era exigible una altura de 90 centímetros. Finalmente, que el fallecido Sr. A.T., en su calidad de empresario subcontratista no exigió de la empresa constructora la colocación de las barandillas y redes protectoras, que fueron retiradas antes de realizarse

los trabajos de impermeabilización de la cubierta, ni el cumplimiento de la legislación vigente, ni hizo uso del cinturón, ni tampoco lo facilitó a sus trabajadores.

Partiendo de estos hechos, la S condena a los dos acusados (el recurrente en amparo y el otro técnico), como autores de un delito contra la seguridad de los trabajadores del art. 316 CP, y como autores de una falta de imprudencia del art. 621 CP. En cuanto a la pena por delito, se les impone a ambos acusados la mínima prevista de seis meses de prisión y seis meses de multa con cuota diaria de 2.000 pesetas y arresto sustitutorio de tres meses en caso de impago.

El aparejador demandante de amparo considera que la resolución dictada por la Aud. Prov. de Palma de Mallorca vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE por infracción del principio acusatorio y por haberse producido una *reformatio in peius* en la S de la Aud. Prov. Considera en síntesis el demandante que el Tribunal, sin haber planteado la tesis de desvinculación del art. 733 LECrim, ha infringido dicho principio porque la única acusación (la acusación particular) le imputaba la comisión imprudente de un delito contra los derechos de los trabajadores previsto y penado en el art. 317 CP, en concurso medial con un delito de homicidio imprudente del art. 142, aps. 1 y 3, del mismo Código, y sin embargo ha sido condenado por la comisión dolosa de dicho delito en concurso con una falta de imprudencia. No existiendo homogeneidad entre los tipos dolosos e imprudentes, el demandante no pudo defenderse adecuadamente de la pretensión acusatoria, ni presuponiendo todas las tesis alternativas, pudo articular prueba sobre la cuestión planteada. Por ello terminaba suplicando se reconociera al demandante su derecho a la tutela judicial efectiva y se acuerde la nulidad de la S dictada el 17 de mayo de 2000 por la Aud. Prov. de Palma de Mallorca.

El M<sup>o</sup> F entiende, entre otras cuestiones, que no cabe hablar de *reformatio in peius* en sentido estricto pues el demandante se aquietó con lo sucedido en 1<sup>a</sup> instancia que le fue favorable y se limitó a interesar su confirmación, lo que elimina cualquier posibilidad de existencia de esta forma de incongruencia. Finalmente el M<sup>o</sup> F alegó que en su opinión la demanda no carece de contenido. Sostuvo el Fiscal que el delito doloso, en primer lugar y como resulta obvio, está castigado con pena de mayor

gravedad que la modalidad imprudente. Por lo tanto, una primera limitación del principio acusatorio es la prohibición de imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, que únicamente ha sido matizado en el sentido de que tal prohibición no impide la imposición de la pena en mayor extensión o duración siempre que el tribunal sentenciador lo haga dentro de los límites de la señalada por la Ley al tipo penal incriminado. En todo caso, para el Fiscal, los conceptos de homogeneidad y heterogeneidad entre delitos han de ser precisados pues así como puede entenderse que el tipo comprendido en el art. 317 CP es homogéneo respecto del previsto en el 316 CP, no sucede lo mismo al contrario; es decir, el delito doloso contra la seguridad de los trabajadores no es homogéneo respecto de la modalidad imprudente<sup>11</sup>.

Por todo ello el Fiscal interesó la admisión a trámite del recurso de amparo, al entender que la condena por un delito distinto del que fue objeto de acusación y castigado con pena más grave evidencia que la demanda no carece manifiestamente de contenido constitucional.

Por parte de las alegaciones del técnico Don J.A.R.T., por lo que se refiere a los motivos de amparo, parte del tenor literal del art. 794.3 LECrim que prohíbe al Juzgador imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones o condenar por delito distinto cuando conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado<sup>12</sup>.

Tras otros razonamientos la Sala 1ª del TC entra en el análisis de su doctrina sobre el principio acusatorio y las vulneraciones alegadas por

---

<sup>11</sup> Y aunque el TC ha declarado reiteradamente que lo que es objeto de acusación y en su caso de condena no es tanto un delito como un *factum* ello no significa necesariamente que solo haya de atenderse a los aspectos objetivos de los tipos delictivos: la descripción objetiva de los arts. 316 y 317 CP es la misma, pero lo que diferencia a ambos tipos penales es que el art. 316 exige una conducta dolosa, según se desprende a *contrario sensu* del art. 12 CP en tanto que el art. 317 CP queda circunscrito a los supuestos de imprudencia grave. La concurrencia de dolo o imprudencia en el sujeto activo del delito constituye por tanto un *factum* que ciertamente no podrá ser objeto de prueba directa pero sí de una injerencia razonada y fundada sobre la base de otras circunstancias concurrentes en los hechos y la exigencia de dolo en el art. 316 CP y de imprudencia en el 317 CP determina que aquél no sea un hecho homogéneo respecto de éste y en consecuencia que tampoco desde la perspectiva del concepto de homogeneidad la demanda carezca manifiestamente de contenido constitucional.

el aparejador que tienen como telón de fondo no solamente la vulneración del derecho de defensa, sino también la garantía de imparcialidad del órgano judicial (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4º)<sup>13</sup>.

Resumiendo, a la vista de los hechos enjuiciados por el TC, se le dio la razón al aparejador recurrente pues había sido condenado por delito distinto y heterogéneo del que fue acusado, como condenado a pena superior a la correspondiente al delito por el que era acusado y a la pedida por la única acusación. La acusación contra el recurrente en amparo siempre se contrajo al delito culposo previsto y penado en el art. 317 CP para el que se pidió la pena correspondiente, es decir la inferior en grado a la señalada al delito doloso<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Argumentaba que el principio acusatorio es una garantía típica del procedimiento penal recogida expresamente en el art. 24.2 CE respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que esta dimensión constitucional deriva de la prohibición de indefensión que se produciría en el caso de una condena dictada *extra petitum* al no ser pretendida por ninguno de los apelantes en la apelación. También deriva del régimen de garantías procesales y de los recursos en el que debe entenderse incluida la limitación de la *cognitio* del Juez superior y, finalmente, de la idea misma de la tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses en la medida en que constituyendo el interés de la impugnación uno de los presupuestos de la admisibilidad misma, la apelación única del condenado no puede conducir a los resultados que estén en contraste o en contradicción con dicho interés (con cita de las SSTC 54/1985, 84/1985 y 115/1986). Aplicado lo anterior al supuesto enjuiciado consideraba que la exigencia del principio acusatorio, así como la exclusión de la *reformatio in peius* han sido desconocidas por la S impugnada que por ello ha vulnerado los arts. 24.1 y 24.2 CE al no otorgar a los recurrentes la tutela judicial efectiva, produciéndoles indefensión, privándoles del derecho a la defensa y a no ser condenados sin haber sido acusados de forma jurídicamente viable empeorando su situación sin que ninguna de las partes del recurso de apelación lo hubieran solicitado.

<sup>13</sup> Ciñéndose a las peculiaridades del supuesto enjuiciado, en el que no se cuestiona por el demandante el conocimiento de los términos de la acusación en la 1ª instancia, sino exclusivamente la introducción de elementos fácticos y jurídicos en la S de apelación de los que consecuentemente no pudo defenderse, y la condena a pena superior de la pretendida por la única acusación, su doctrina ha afirmado de modo continuado en el tiempo que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas y se refiere no solamente a la 1ª instancia, sino también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4º; 104/1986, de 17 de julio, FJ 4º; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3º; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3º; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5º; y 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4º). La razón es que el principio acusatorio

En la S 169/1992, de 26 de octubre, de la Sala 2ª, por un R de A promovido por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cantabria y un aparejador, contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 11 de diciembre de 1989, por el que se deniega la admisión del recurso de apelación intentado contra la S dictada por esa Sala el 27 de septiembre de 1989, en el recurso contencioso nº 11/89, contra resolución del Ayuntamiento de Medio Cudeyo, sobre licencia de obras, se destaca el parecer del TC sobre la no subsanación de defecto procesal en el plazo destinado al efecto, que convierte el defecto en insubsanable

---

admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las SS (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2º; 17/1988, de 16 de febrero, de 28 de febrero, FJ 1º; y 95/1995, de 19 de junio, FJ 2º).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5º). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2º; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3º; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2º; y la ya citada 228/2002, FJ 5º). Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones.

Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la S de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la S condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la S sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes

y firme, en los recursos interlocutorios no es contrario a la tutela judicial hacer coincidir el plazo para subsanarlo con el del recurso (STC 41/1992). Por lo que estimó el R de A anulando las resoluciones citadas y ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto anulado, para que la Sala decida sobre la apelación intentada.

Por último, en la S del TC 45/2003, Sala 2ª, de 3 de marzo de 2003, se ventilaba que los dos adquirentes de una vivienda, promovieron demanda de juicio de menor cuantía ejercitando la acción del art. 1591 del C.C. contra los arquitectos, contra la Cia GOYPESA, los aparejadores don A.C.T y don J.G.G., la constructora LAIN, S.A., y la promotora gestora GECOVISA en reclamación de los daños y obras de reparación necesarias para subsanar las deficiencias de construcción existentes en la vivienda que habían adquirido. La demanda fundaba la responsabilidad de GOYPESA en ser la empresa a la que se hallaban adscritos los arquitectos y aparejadores también demandados.

---

sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1º), porque exista “identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la S” (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3º; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2º; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4º; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3º; y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5º). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar S, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado.

<sup>14</sup> Sin embargo, la Sección 1ª de la Aud. Prov., razonándolo expresamente, consideró que los hechos se habían cometido a título de dolo y, por ello, rechazó la existencia de un delito culposo; como rechazó la existencia de un delito de homicidio imprudente y condenó por una falta de imprudencia.

Tal como sostiene el Mº F, no puede predicarse la homogeneidad de los tipos delictivos, en tanto en cuanto, situados desde la perspectiva del derecho de defensa, el recurrente no podía defenderse de modo contradictorio ni de los elementos fácticos, ni de los elementos jurídicos del tipo delictivo si la acusación le imputaba una participación a título culposo y no doloso, por lo que al calificarse por la Sala los hechos de modo distinto introdujo respecto del recurrente tanto un elemento fáctico fundamental (no facilitar conscientemente los medios de seguridad necesarios), como una calificación jurídica distinta (la imputación por delito doloso).

La incongruencia *extra petitum* existe porque GOYPESA ha sido condenada por unos hechos nuevos, que no fueron objeto de las pretensiones procesales de la parte actora y que ni siquiera fueron recogidos en la Sentencia de instancia como base argumental de su pronunciamiento condenatorio. En la demanda GOYPESA es llamada al pleito por ser una empresa a la que estaban adscritos los Arquitectos y Aparejadores que intervinieron en la obra y que también fueron demandados; en la Sentencia de primera instancia nada se razona sobre el fundamento de la condena de esta demandada; y, finalmente, en la Sentencia de apelación la condena se apoya en el hecho de “haber realizado el asesoramiento técnico y de gestión de la obra, según el cartel anunciador existente en dicho lugar”, cartel cuya existencia no se ha acreditado a lo largo del procedimiento.

El TC otorgó el amparo solicitado por GOYPESA Empresa Constructora, S.A. y, en consecuencia declaró, tras restablecer al recurrente en su derecho anulando la S de la Aud. Prov., vulnerado el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva por haber incurrido la resolución judicial frente a la que se demanda amparo en incongruencia *extra petitum*. Ya tratado en SS anteriores y recogida su doctrina a pié de página.

#### 4.2. EL APAREJADOR EN OTRO TIPO DE SITUACIONES.

En este segundo bloque de SS que vamos a estudiar no se cuestiona propiamente el Amparo solicitado por un aparejador (condenado o no previamente), sino que aparece el mismo en distintas y variadas situaciones, que van desde la competencia para establecer su título profesional, edad de jubilación en determinados casos, su actuación como agente notificante que adquiere luego gran relevancia, como mero testigo en un proceso, como demandante de sus honorarios, o como autor de un Informe o un Proyecto en la edificación (con el telón de fondo de su discutida competencia a la hora de firmarlos). En estos dos últimos casos, bien por ser un elemento de prueba o pieza fundamental en la posible comisión de un ilícito civil o penal, ello es analizado por el TC en distinta medida. Haya realizado un Informe Administrativo o un Dictamen Pericial, en ambos casos nos preguntamos por la eficacia de

aquel o la fuerza probatoria de éste, cuando se produce la aparición de un aparejador en un Procedimiento Administrativo o en un Proceso Judicial.

Los Informes, sean sólo preceptivos o vinculantes, dentro de un procedimiento administrativo son *actuaciones* administrativas a cargo de órganos y profesionales especializados que sirven para ilustrar al órgano decisor. Son sustancialmente manifestaciones de juicio, jurídico o técnico, nunca de voluntad, por ello no se consideran propiamente actos administrativos. Por eso no son como tales jurídicamente impugnables, únicamente pueden ser valorados como uno más de los presupuestos (aunque sea la base fáctica única del fondo del asunto) de la resolución final del procedimiento, que es la manifestación de voluntad del órgano administrativo y el único objeto de revisión judicial, puesto que enjuicia su motivación y fundamentación, y asume las consecuencias de apartarse de los mismos.

Los dictámenes periciales aparecen como otro más de los elementos de prueba dentro de un proceso en el que se desarrolla una actividad encaminada a acreditar la certeza o inexistencia de los hechos controvertidos en el mismo. Los aspectos más delicados tras su aportación se suscitan a la hora de su valoración, más o menos libre (en conciencia o por la sana crítica del juzgador en definitiva), cuando las partes litigantes pretenden hacer valer sus posturas enfrentadas desde distintos peritos o inclusive desde un sólo Informe.

Ley 30/1992, de RJ de las AA PP y PAC, trata los Informes en sus arts 82 y 83, y la prueba en los arts. 80 y 81, la LJCA en su art. 60, por su parte la LEC trata la prueba de peritos en sus arts. 335 a 348 y 353, y la LECrim trata el Informe pericial en su arts 456 a 485, y en otro racimo de arts dispersos.

El CP los recuerda en el Capítulo de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional protegiendo la “limpieza” de su intervención de los juzgados<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En su art. 464.1 al señalar que el que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente sobre, entre otros un perito, para que modifique su actuación procesal será castigado con prisión, y si alcanza su objetivo se le impondrá la pena en su mitad superior.

La pericial de un aparejador es discutida en la S. 140/96, de 16 de septiembre (S. 2<sup>a</sup>), que, en lo que ahora nos atañe, se funda en los hechos que recogemos en Nota al Pié<sup>16</sup>.

La demanda funda su queja de amparo en la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa que se reconoce en el art. 24.2 CE, y que, a juicio de la recurrente, se habría producido al no haberse practicado la prueba pericial del Arquitecto

---

<sup>16</sup> Promovido por la ahora recurrente en amparo el juicio de menor cuantía 223/90, ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 1 de Cambados, la demandante propuso, entre otras pruebas, la pericial de un **Arquitecto Técnico** y de un Ingeniero **Técnico Agrícola**, en atención a la naturaleza urbana y rústica de las fincas objeto de la litis. El Juzgado estimó pertinente la pericial propuesta y la admitió, ordenando la designación de los oportunos peritos. No obstante, uno de los peritos designados no aceptó el cargo, señalándose fecha para nueva designación; tampoco aceptó el cargo el otro perito y la actora en el escrito de resumen de prueba, solicitó que por el Juzgado se acordase para mejor proveer.

El Juzgado dictó S el 15 de diciembre de 1992, estimando parcialmente la demanda y sin haber acordado para mejor proveer la práctica de la prueba pericial interesada.

Interpuesto recurso de apelación por la actora, interesó, al amparo de los arts. 707 y 862.2. LEC, la práctica de la pericial, propuesta y admitida, pero no practicada, accediendo a ello la Audiencia. Designados por la propia recurrente los peritos, se comprometió, y así consta en el acta, a que comparecieran ante la Audiencia para aceptar el cargo y emitir los correspondientes informes. No obstante, el **Arquitecto Técnico** no emitió el dictamen y el Ingeniero **Técnico Agrícola** no aceptó el cargo. Acordado nuevo señalamiento, hubo de suspenderse la diligencia por no haber sido citadas las partes, sin que pudiera repetirse por finalizar en el siguiente día -29 de junio de 1993- el período de prueba.

Así las cosas, se señaló el día 6 de octubre de 1993 para el acto de la vista. En el escrito de instrucción de la actora, de fecha 8 de septiembre de 1993, no hizo alusión alguna en orden a la prueba pericial no practicada, limitándose a darse por instruida. Celebrada la vista no consta en el acta (folio 63 del Rollo de Sala) petición alguna de la actora y apelante en orden a la prueba pericial no practicada, si bien, según afirma en la demanda de amparo con apoyo en la propia S, solicitó su práctica como diligencia para mejor proveer.

La Sección Tercera de la Aud. Prov. de Pontevedra dictó la S de 7 de octubre de 1993 que ahora se recurre en amparo, en la que se desestima el recurso y se confirma íntegramente la S de instancia. Entre otros fundamentos, en el tercero se dice lo siguiente: «... e igual suerte desestimatoria debe correr el pedimento relativo a la atribución de un desproporcionado valor de las fincas [...], pues no existe prueba alguna de tal pretensión, y en cuanto a las mejoras y obras realizadas, también debe descartarse tal petición, al no existir una prueba pericial, que acredite tales extremos, sin que proceda, por otra parte, sustituir la inactividad de la parte, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.214 del CC, con una prueba de oficio, para mejor proveer, como se solicita».

Técnico y del Ingeniero Técnico Agrícola, propuesta y admitida tanto en la primera como en la segunda instancia, por causas no imputables a la demandante del amparo que hizo todo lo posible para que la misma se realizase, lo que le causó una evidente indefensión desde el momento en que la propia S de apelación desestima parte de las pretensiones ejercitadas en la demanda en atención a la falta de una prueba pericial que acredite los extremos alegados.

Y el TC, en el F J 3º de la S 140/96 viene a decir que, efectivamente, en la 1ª instancia se solicitó por la actora prueba pericial de un Ingeniero Técnico Agrícola y de un Arquitecto Técnico, para acreditar con sus respectivos informes la desproporción de la valoración de las fincas rústicas tenidas en cuenta en la partición hereditaria impugnada en el proceso y la valoración de las obras de mejora realizadas a su costa por la actora y su esposo, en las fincas urbanas; que la prueba fue admitida y declarada pertinente por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Cambados y que, realizada la designación de los peritos, ninguno de ellos aceptó el cargo y por esta circunstancia no pudo practicarse la prueba durante el período probatorio; que en trámite de conclusiones, si bien la actora solicitó en su escrito de 23 de octubre de 1992 que por el Juzgado se acordase para mejor proveer la práctica de la prueba pericial, no hizo en él protesta alguna de la indefensión que en otro caso se le produciría sino que, por el contrario, razonó en sus conclusiones que habían quedado acreditados los hechos que servían de base a sus pretensiones. Pues bien, de relacionar la doctrina expuesta en el F J 2º con las actuaciones del proceso, en una y otra instancia, y con la conducta procesal de la recurrente, recogida en el fundamento precedente, resulta clara la improcedencia del amparo solicitado. Porque no se acredita, ni siquiera se alega, que la indefensión denunciada fuera motivada por impedimentos u obstáculos de las resoluciones judiciales, sino que, por el contrario, tanto el Juzgado como la Audiencia accedieron respecto de la prueba pericial, a todo lo solicitado por la recurrente durante la tramitación del proceso; y porque la facultad de aquéllos para acordar o no lo solicitado para mejor proveer, no puede fundar un recurso de amparo por no derivarse del art. 340 de la LEC, derecho subjetivo alguno para las partes.

En la S del TC 122/89, de 6 de julio, del PLENO, se reitera su doctrina ya vertida en su S 42/1981, de 22 de diciembre, donde afirma que *La Comunidad Autónoma debe partir, en materia de ejercicio de profesiones tituladas, del contenido y efectos reconocidos en los títulos académicos y profesionales por el Estado. Se invade la competencia que la Constitución atribuye al Estado, cuando la Comunidad autónoma exige la titulación de una Escuela o se atribuye a la misma la competencia para homologar a tal titulación otras de rango equivalente. En ella se declaraba que la competencia reservada al Estado por el citado art. 149.1.30 de la Constitución comprende como tal «la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor), así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado».* Y esta misma doctrina se reitera en la STC 82/1986 Y corresponde al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuándo una profesión debe pasar a ser profesión titulada, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30 de la Constitución, es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva.

En la S 37/2004, del Pleno, de 11 de marzo, la cuestión trae causa del recurso contencioso-administrativo promovido por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Huesca contra Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Huesca, de 15 de marzo de 1994, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra otro Acuerdo de la citada Diputación, de 2 de diciembre de 1993, por el que se aprueban las bases de la convocatoria para proveer, mediante oposición libre, una plaza de Técnico Medio-Inspector de Tributos Locales (publicada en el boletín oficial de la provincia de Huesca de 20 de diciembre de 1993). En este asunto el PLENO tuvo que estimar la cuestión de inconstitucionalidad suscitada y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 135 b), último inciso, del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de

las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que trataba el ingreso de los empleados públicos en la Administración en función del tiempo pendiente para jubilarse<sup>17</sup>.

En la S, la 239/1988, de 14 de diciembre (S. 2ª), aparece la figura del aparejador como autor de un Informe que es citado en su FJ 3º, cuando lo trae a colación como elemento probatorio, de que no se había dado cumplimiento voluntario en término señalado a una orden de ejecución. El TC entra en el análisis y determinación del carácter de las multas impugnadas, atendiendo a su verdadera naturaleza, sin que sea suficiente y decisivo, a tal efecto, el *nomen iuris* utilizado en los correspondientes actos, porque como señala el recurrente, no puede quedar en manos de la Administración la posibilidad de sustraerse a las garantías constitucionales establecidas en relación con el ejercicio de su potestad sancionadora<sup>18</sup>. Teniendo en cuenta los antecedentes que resultan de las

---

<sup>17</sup> El TC establece que el derecho a la igualdad tiene un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. La edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2 CE, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios. El art. 23.2 CE consagra, por sí sólo, la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas. El art. 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos. En cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos.

<sup>18</sup> En esta S el TC señala que los postulados del artículo 25.1 de la Constitución, no pueden extenderse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, por su condición de ser restrictiva de derechos. No se inscriben las multas coercitivas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, previstas en el artículo 102 de la Ley del Procedimiento Administrativo (la de 17 de julio de 1958, vigente entonces). Por tanto, el planteamiento sobre la cobertura legal en relación con estas multas y demás modos de ejecución forzosa del artículo 104 de la misma Ley, es únicamente reconducible al ámbito de la sumisión de la Administración a la Ley. Para

actuaciones: el expediente se inicia en virtud de denuncia formulada en relación con las condiciones de salubridad e higiene de una vivienda propiedad del recurrente; después de diversos incidentes, por Resolución de 29 de diciembre de 1983 del Jefe del Servicio Territorial de Barcelona de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña, se impone al actor la obligación de realizar determinadas obras en dicho inmueble en el plazo de treinta días, de conformidad con el Decreto de 23 de noviembre de 1940; Orden Ministerial de 29 de febrero de 1944; Decreto de 3 de octubre de 1957; Estatuto de Autonomía de Cataluña, y RD 159/1981, de 9 de enero, de Traspaso de Servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña; y, sólo después de comprobado por informe del Aparejador Municipal que no se había dado cumplimiento voluntario en el término señalado a dicha orden de ejecución, y de que, en acuerdo previo de 26 de junio de 1984, se efectuara el apercibimiento de que caso de persistir en el incumplimiento de la orden de obras dada se continuarían imponiendo sucesivas multas coercitivas hasta que fueran totalmente realizadas, se dictan los Acuerdos de imposición de multas impugnados de fecha 28 de diciembre de 1984 y el 31 de enero de 1986<sup>19</sup>.

---

centrar la cuestión en el objeto que se debatía debemos tener en cuenta que se trataba de ver la suficiente cobertura legal en relación con unas multas coercitivas, como respecto a los demás medios de ejecución forzosa del art. 104 de la LPA es únicamente reconducible al ámbito de la sumisión de la Administración a la ley en el marco del general principio de legalidad proclamado ciertamente en los arts. 9.3 y 103 de la CE, pero sin el carácter de un correlativo derecho fundamental susceptible de amparo, y como tal únicamente residenciable en sede judicial ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la función revisora que les atribuye el art. 106 CE.

<sup>19</sup> En consecuencia, no apareciendo desvirtuado que las multas recurridas tienen realmente el carácter de medios coercitivos de ejecución forzosa previsto en los arts. 104 c) y 107 de la LPA, es claro que las resoluciones administrativas impugnadas no infringen el art. 25.1 de la Constitución que se denuncia en el recurso. No siendo procedente, por tanto, examinar la fundamentación jurídica de las SS dictadas en los procesos precedentes, toda vez que, como dice el art. 54 de la LOTC, la Sala “limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

Sobre la problemática del alcance o válida competencia de la autoridad de los aparejadores en determinados proyectos de edificación, en cuanto al amparo procesal se refiere, encontramos en primer lugar la S 97/91, de 9 de mayo (Sala 1ª), en la que obtuvo el Amparo Constitucional al aparejador Don L.L.S. y reconociéndosele su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, se declaró nula la S de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 20 de febrero de 1988, retro trayéndose las actuaciones a la fase de contestación a la demanda a fin de que sea emplazado personalmente el recurrente en amparo. Todo parte cuando la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Badajoz otorgó, por Acuerdo de 20 de noviembre de 1986, licencia de obras para la construcción de oficinas de dos plantas en una nave industrial, según solicitud formulada por su propietario con arreglo al proyecto realizado por el Arquitecto Técnico Don L.L.S., recurrente luego en amparo. Contra dicho Acuerdo municipal interpuso el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura recurso de reposición, y contra la desestimación por silencio del mismo recurso contencioso-administrativo del que trae causa el presente recurso de amparo. La S impugnada, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo mencionado, declaró la nulidad de la licencia otorgada, condenando al Ayuntamiento a legalizar el expediente, exigiendo al dueño de la obra la aportación de un nuevo proyecto autorizado por Arquitecto Superior. De acuerdo con ello, el Secretario general de la Corporación citada comunicó al propietario de la obra lo dispuesto por la S, dándole un plazo de dos meses para presentar el proyecto de referencia y advirtiéndole que de no hacerlo se daría cuenta de ello a la Sala de lo Contencioso, a los efectos que procediesen. Con fecha de 14 de mayo, el propietario de la obra, a su vez, dio a conocer la comunicación del Ayuntamiento a nuestro Arquitecto Técnico, quien en ese momento tuvo conocimiento, por vez primera, de la existencia del recurso contencioso-administrativo nº 90/87, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura. La representación del recurrente en amparo considera que la S impugnada le ha causado indefensión, vulnerando así el art. 24 de la Constitución. La falta de emplazamiento directo y personal, pese a estar identificado y tener un evidente interés legítimo y directo, en cuanto que en el recurso lo que se cuestionaba era, precisamente, su capacidad

profesional, le ha colocado en una situación de indefensión, con evidente infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, solicita el amparo de este TC para que le restablezca su derecho fundamental vulnerado, declarando la nulidad de la S impugnada y retrotrayendo el proceso al momento en que debió haber sido emplazado personal y directamente. Asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 56.1 de la LOTC, solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

En cuanto al interés que el demandante de amparo dice tener en el proceso contencioso-administrativo en el que recayó, sin contradicción la S impugnada es evidente que el Arquitecto Técnico, autor del proyecto de la obra autorizada por la licencia que resultó anulada, es titular de un interés legítimo en el sentido del art. 24.1 CE<sup>20</sup>. Es claro que, en cuanto tal, es titular de un interés legítimo que es común e idéntico a toda la categoría profesional a la que pertenece, lo que sin embargo no significa, en contra de lo que alega la representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Extremadura, que su defensa corresponda exclusivamente al Colegio Profesional. Se trata de un interés profesional del que es titular el Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos y también todo Arquitecto Técnico, individualmente considerado que haya tenido relación directa con el objeto del proceso administrativo, por lo que el hecho de que sean intereses comunes a una pluralidad o categoría de sujetos determinada no puede excluir la posibilidad de que los mismos se defiendan individualmente. En el recurso contencioso-administrativo del que trae causa el presente proceso de amparo, y en el cual no fue emplazado directa y personalmente el actor, su interés no era sólo el

---

<sup>20</sup> El TC ha declarado reiteradamente que la expresión «interés legítimo» es más amplia que la de «interés directo» de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (STC 60/1982), y como tal resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (ATC 356/1989). Ahora bien, este Tribunal también ha precisado que la expresión «interés legítimo» utilizada en nuestra Norma fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo» ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (STC 257/1988). En este caso, el recurrente en amparo es el **Arquitecto Técnico** autor del proyecto de obras cuya licencia se impugnó con base en la falta de competencia de los Arquitectos Técnicos para suscribir ese tipo de proyectos.

común a toda la categoría profesional sino también ostentaba el hoy recurrente un interés directo, propio, cualificado o específico, por ser el autor del proyecto de obras cuya licencia resultó anulada por su falta de competencia profesional para realizarlo; así, pues, de la resolución del recurso se podían derivar consecuencias negativas para sus intereses patrimoniales y profesionales. Y, en este sentido, es acertada la afirmación del Fiscal de que estaban en juego, no sólo sus honorarios profesionales por el proyecto firmado, sino también su capacidad para intervenir en proyectos similares en el futuro. Por todo lo dicho hay que concluir que el hoy recurrente en amparo es titular de un interés legítimo, directo y personal que podía verse afectado por la decisión adoptada en un proceso contencioso-administrativo, del que no fue parte.

EL FºJº 2º de la S afirma que: Llegados a este punto, tenemos que determinar si ese interés legítimo y específico del que, sin duda, es titular el actor, lo convierte automáticamente en parte del citado proceso, haciéndose así imprescindible su emplazamiento personal. Como ya ha quedado dicho, este Tribunal ha venido sosteniendo, desde una de sus primeras SS, que «el art. 24.1 CE contiene un mandato implícito al legislador -y al intérprete- consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción, lo que conduce a establecer el emplazamiento personal de los que puedan comparecer como demandados -e incluso coadyuvantes- siempre que ello resulte factible (STC 9/1981). Según esta doctrina, han de ser emplazados personal y directamente, además de la Administración autora del acto que se impugna, el codemandado o persona a cuyo favor deriven derechos del propio acto e incluso toda persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto. Quedan al margen de este tipo de comunicación procesal los terceros que, siendo titulares de intereses legítimos que no les son específicos y propios, tienen derecho a personarse en el proceso y a constituirse como parte del mismo, si así lo solicitan, pero que no ostentan, sólo por ello, el derecho a ser emplazados personal y directamente. A este respecto, hemos declarado, en nuestro ATC 377/1990, que los interesados en un proceso, aun cuando puedan tener derecho a tomar parte en él, no ostentan sólo por ello el derecho a ser emplazados personalmente, sino que se hace preciso

que puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada. En suma, el recurrente es titular de intereses legítimos, propios y específicos, y puede verse afectado en su esfera patrimonial y profesional por la S de instancia, por lo que se hizo obligado su emplazamiento personal y directo en el proceso contencioso de referencia. Todo lo cual, señala finalmente el T.C., le provocó indefensión.

En otros casos es el Colegio Oficial correspondiente el que actúa en legítima defensa de las atribuciones de los aparejadores. En la S. 168/94, de 6 de junio (S. 2ª) en la que el Colegio no obtuvo el amparo, se sustanciaba un asunto en el que el Colegio Oficial de Aparejadores de Toledo se personó como coadyuvante, en virtud del art. 32 de la vieja L.J.C.A., en recurso seguido ante la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Madrid, promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla-La Mancha contra Resolución del Ayuntamiento de Toledo por la que se otorgaba licencia de construcción, fundándose el recurso en no ser técnico competente el Arquitecto técnico que firmaba el proyecto. Tramitado el proceso hasta la fase de prueba, e inhibida la Sala de Madrid en favor del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el Colegio demandante de amparo fue emplazado y afirma que compareció ante la Sala correspondiente de este Tribunal, el 7 de julio de 1989, cuando ya había formalizado la contestación a la demanda. Sin embargo, según alega, desde entonces no tuvo noticia alguna del proceso -ni traslado para conclusiones, ni notificación de la S- hasta que en fechas recientes la titular de la licencia impugnada comunicó al Colegio que había sido requerida por el Ayuntamiento para pedir nueva licencia con proyecto elaborado por un Arquitecto, en cumplimiento de una S.

En otras ocasiones, múltiples y variadas, la intervención del aparejador en un pronunciamiento del TC es meramente circunstancial, cuando sólo por referencia, genérica o concreta, se alude algunas de sus actuaciones profesionales. Por ej. en la S TC 195/97, de 11 de noviembre (Sala 1ª), en la que se cita una S apelada que condenaba a los interesados a verificar la entrega de una obra determinada, conforme a las directrices de un Arquitecto y Aparejador, en los términos que indique el Juzgado de 1ª Instancia. La celebración de la vista en la fecha señalada vulneraba el derecho a un proceso sin dilaciones, porque para entonces la obra se

encontrará más que terminada, sin que para esa fecha el fallo de apelación pueda surtir efecto alguno. La Sección de la Audiencia habría infringido el derecho de todo ciudadano a recibir Justicia en lapsos de tiempo razonables (citando numerosas SS constitucionales), lo que redundaría en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Los márgenes ordinarios de duración del litigio que eran enjuiciados deben ser los que marcaba la vieja Ley en el art. 872 LEC, no obstante su art. 321, cuyo párrafo segundo permitía otorgar preferencia a juicios de menor cuantía por circunstancias especiales, ya que la solución contraria vulneraría el derecho constitucional de los demandantes de amparo.

El TC viene a establecer que siendo evidente que el litigio enjuiciado en este recurso de amparo no era de una especial complejidad, la conducta procesal de la parte afectada no ha sido causante de ninguna demora, y que el retraso es atribuible, en su totalidad, a la autoridad judicial, que en mayo de 1995 ha dejado conclusos y pendientes de S unos Autos para septiembre de 1998.

Se trata de una dilación que no puede, en modo alguno, considerarse razonable<sup>21</sup>; el derecho de los recurrentes en amparo, a un proceso sin dilaciones indebidas, ha sido vulnerado por el retraso que padece en obtener la S de apelación destinada a poner fin al litigio en el que toma parte; declarándose expresamente que la demora en resolver el recurso de apelación contra la S de instancia vulnera su derecho fundamental ex art. 24.2.

---

<sup>21</sup> La Sección Cuarta de la Audiencia ha indicado, como única causa del grave retraso para celebrar la vista del recurso, que en la Sala existen pleitos concluidos anteriores al presente, que están señalados por riguroso orden, por lo que es imposible efectuar un señalamiento para una fecha más temprana. La doctrina constitucional declara que el concepto de «dilación indebida» ha de concretarse en cada caso atendiendo a criterios objetivos, cuales son los establecidos en la jurisprudencia del T.E.D.H. en relación con el art. 6.1 del CEDH, y que pueden resumirse en la complejidad del asunto, la conducta del recurrente y la del órgano judicial. Las dilaciones indebidas son consideradas un supuesto extremo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible y tolerable y, además, imputable a la negligencia o inactividad de los órganos judiciales (SSTC 36/1984, 5/1985 133/1988, 50/1989, 10/1991, 69/1993 y 7 y 20/1995, entre otras).

En otro caso sale a relucir la figura de un aparejador que tras reclamar inicialmente sus honorarios por la vía civil, y obtenida S favorable, se ve envuelto en un R. de A. porque el condenado al pago entiende vulnerado algunos de sus derechos fundamentales. Así en la S. 9/98, de 13 de enero (S. 1ª), ocurre que el aparejador dirigió su demanda mediante un “viejo” Juicio de Cognición ante el correspondiente Juzgado de Instancia de Cuenca, contra D. P. B. y contra la cooperativa en solicitud de que se les condenase, conjunta y solidariamente, a pagar la cantidad de 561.003 pesetas, más los intereses legales; suma a que ascendían sus honorarios profesionales, como Arquitecto Técnico, por la dirección de las obras de una nave para la cooperativa demandada, y cuyo proyecto y dirección de obra había sido inicialmente asumidos por el señor B., en su calidad de Ingeniero Agrónomo.

Tal y como quedó planteada la litis en la 1ª instancia, todo el debate procesal giró en torno a si los honorarios reclamados, cuya cuantía no se discutió, debían ser pagados por la cooperativa demandada, que fue la que se benefició de los servicios profesionales del actor, o debían ser satisfechos por el señor B., en atención a las peculiares relaciones internas existentes entre las partes. Lo cierto es que las alegaciones de indefensión del recurrente no prosperaron y no quedó acreditado que el aparejador cobrara de más.

En otra S que vamos a analizar en este bloque, la Sala 2ª del TC entiende que la inadmisión de una querrela, no lesiona ningún derecho, si se cumple con lo establecido en el artículo 313 LECrim, es decir, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados carecen de ilicitud penal. Así lo dice en la S del TC 175/1989, de 30 de octubre (Sala 2ª). Ello procede de un asunto en el que los recurrentes, componentes del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza) y el también Concejal Don Angel Canut Jaria, interpusieron mediante escrito de 5 de junio de 1987, querrela criminal, por presuntos delitos de prevaricación e infidelidad en las custodia de documentos, contra Don C.D.R.R., Alcalde Presidente del Ayuntamiento; Don J.R.G., Aparejador del Ayuntamiento; Don M.A.V., Secretario; Don A.T.E., Teniente Alcalde, y Don M.S.M., Concejal, al amparo de los arts. 358 y 364, respectivamente, del CP, básicamente por haberse concedido licencia de obras para edificar en

suelo rústico no urbanizable, sin que constara el informe de la Comisión Provincial de Urbanismo, por lo que se refiere al primer delito, y, en lo que respecta al segundo, porque en el expediente no figuraba el informe que, en su día, emitió el aparejador querrellado, señalando que los terrenos dónde se pretendía construir y para los que se solicitaba la licencia estaban calificados precisamente como rústicos no urbanizables en el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Utebo, por lo que había de estar al informe que emitiera la Comisión Provincial de Urbanismo, dependiente de la Diputación General de Aragón<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> La querella correspondió, en turno, al Juzgado de Instrucción nº 2 de Zaragoza, que la inadmitió en D. Indeterminadas nº 116/87, por Auto de 12 de junio de 1987, por no ser los hechos constitutivos de delito y de conformidad con lo dispuesto en el art. 313 de la LECrim.

Rechaza el Juzgado la existencia del primer delito por el razonamiento contenido en el F J 1º de mencionado Auto, según el cual: «Los hechos objeto de querella, a la vista del relato fáctico contenido en la misma y documentación que a ella se acompaña, no son constitutivos del delito de prevaricación del art. 358 del CP que se imputa a los querrellados, por cuanto de todo ello no aparece que, en la concesión de la licencia de obras cuestionada, se prescindiera, consciente e intencionadamente, del trámite de informe por la Comisión Provincial de Urbanismo, antes por el contrario, consta la remisión del expediente a la Comisión Provincial de Urbanismo de la Diputación General de Aragón, del 26 de noviembre de 1984, a efectos del oportuno informe y su reiteración el 11 de abril de 1985, y la concesión, en fin, de la licencia, en base a la interpretación del art. 9, puntos 5 y 7 a), del Reglamento de Servicios, y art. 105 de las Ordenanzas Municipales, lo que evidentemente, con independencia de que tal interpretación pueda no ser la adecuada, excluye el elemento subjetivo del referido tipo delictivo, que exige dictar «a sabiendas» la resolución supuestamente injusta, y por ende, el tipo prevenido en el párrafo 2 del citado precepto, toda vez que ni se ha omitido, ni ignorado el aludido trámite».

«Tampoco pueden estimarse -los hechos de la querella- constitutivos del delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 364 del CP que indiscriminadamente se imputa a los querrellados -dice el F J 2º del Auto impugnado- porque además de no justificarse la inexistencia del informe técnico, cuya desaparición se pretende, y que sirvió de base para la remisión del expediente sobre solicitud de licencia de obras a la Comisión Provincial de Urbanismo, según copias de actas de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Utebo y Comisión de Gobierno del mismo, de fechas 12 de noviembre de 1984 y 2 de julio de 1985, tampoco consta no fuera tenido a la vista por dicha Comisión Provincial, al tiempo de emitir su informe desfavorable publicado en el «Boletín Oficial» de la provincia de 11 de abril de 1988, datos que acreditables documentalmente, no son aportados con la querella, salvo la mera imputación incluso a personas que no pueden ser sujeto activo de este delito.»

Entendían los recurrentes en Amparo que las resoluciones del Juzgado de Instrucción y de la Audiencia vulneran el art. 24.1 y 2 de la Constitución, en cuanto que se desatendió el derecho de los querellantes de acceso al proceso y las garantías procesales de utilizar los medios de prueba pertinentes. Con los Autos de archivo, se viola la tutela efectiva a través de la denegación de todas las diligencias de prueba propuestas por los querellantes, el mismo derecho a la prueba, que protege el art. 24.2 de la CE, dado que denunciados unos hechos como delictivos, con todos los requisitos exigidos por la ley y la doctrina jurisprudencial para su encuadramiento en preceptos penales concretos, ninguna averiguación realizó el instructor, ni siquiera de oficio, excluyendo incluso, sin la práctica siquiera de la declaración de los querellados, la concurrencia del requisito “a sabiendas”, en el delito de malversación, y sin

---

Finalmente, en el F J 3º de referido Auto, se establece que «en cuanto al querellado Don Jesús Royo Guiance, **Aparejador** municipal, la mera lectura de los preceptos reguladores de los tipos delictivos imputados al mismo por los querellantes, le excluyen como posible sujeto activo de los mismos».

El recurso de reforma que se interpuso contra el Auto de inadmisión de la querella, en el que se invocaba el art. 24.1 de la Constitución y la STC 1/1985, fue desestimado, a su vez, por Auto de 24 de junio de 1958, por los mismos fundamentos, por considerar que las alegaciones de los recurrentes no desvirtúan tales razonamientos, y, admitiendo la apelación que es desestimada por la Aud. Prov., al hacerles igualmente suyos, por Auto de 23 de octubre de 1987, añadiendo en su único fundamento: «y además por no haberse acreditado que se hayan agotado las vías contenciosas y contenciosas- administrativas en que los querellantes hubieran podido combatir la resolución municipal que originó la presentación de la querella».

«El delito de infidelidad de la custodia de documentos, objeto también de la querella - siguen diciendo los recurrentes- requería ser investigado en los extremos que sobre la sustracción, ocultación o destrucción del informe del Arquitecto técnico y acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, con daño a la causa pública, son precisos para que exista; como delito intencional, junto al elemento objetivo de la no existencia en el expediente de dichos documentos, lo que debería ser corroborado con los oficios a librar al Ayuntamiento y a la Comisión Provincial de Urbanismo, el requisito subjetivo consistente en la malicia de los sujetos activos, exigía que se recibiese declaración a los querellados, máxime cuando uno de éstos es el Alcalde- Presidente de la Corporación Municipal, tiene interés directo en el asunto de que se trata, al resultar beneficiada su esposa con la concesión de licencia para industria en un suelo rústico no urbanizable, y en el expediente por él dirigido no constan los documentos cuya sustracción, ocultación o destrucción se denuncia.»

pronunciarse sobre la segunda modalidad culposa de este delito también denunciada; es una resolución que viola la Ley y vulnera el derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la CE.

El M<sup>o</sup> F interviene mediante su escrito de 8 de marzo de 1988. Terminado su informe, solicitando del Tribunal se conceda el amparo en relación con el delito de infidelidad en la custodia de documentos<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> En términos generales afirma el Fiscal, siguiendo la doctrina de este Tribunal: «El derecho a la tutela judicial efectiva protege también al querellante y comprende el derecho al proceso, el ius ut procedatur, de acuerdo con el deber de instruir que la ley procesal penal impone al órgano judicial, cuando conoce un hecho constitutivo de delito». «No se trata, desde luego, de un derecho incondicional a la apertura y sustanciación del proceso hasta la fase de plenario, pero sí a una resolución motivada de los órganos judiciales, sobre la valoración jurídico-penal de los hechos objeto de la querrela.» «Si esa valoración es negativa, en una subsunción apriorística, la inadmisión fundada de la querrela no viola el derecho a la tutela judicial efectiva salvo que, como este Tribunal ha reiterado, sea manifiestamente irrazonable, infundada o prima facie errónea, o contraria al contenido esencial del derecho.»

Por lo que se refiere, en concreto, a los Autos impugnados, objeto del presente recurso, el informe del M<sup>o</sup> F, distingue dos supuestos distintos:

a) «El delito de prevaricación del art. 358 del CP, puede cometerse por dolo o por culpa. El Juzgado rechaza la primera forma de comisión de manera fundada y razonable pues [dados los términos del art. 9.º 7 a)], en relación con el apartado 5.º del mismo artículo, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) podía interpretarse que el informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, para la concesión de la licencia de obras, se había producido por silencio administrativo. Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, aunque esa interpretación fuera errónea a tenor de lo dispuesto en el art. 178.3 de la Ley del Suelo, excluía el dolo y el elemento subjetivo del injusto que requiere que se realice “a sabiendas”. Más discutible podría ser el argumento que el Juzgado utiliza para rechazar la comisión del delito en forma culposa, consistente en que no se había desconocido, ni omitido, el trámite de recabar el oportuno informe a la Comisión Provincial de Urbanismo, pero, desde una perspectiva constitucional, nos parece también suficiente ya que en esta sede, que no es instancia revisora, no se debe sustituir al Juez en la valoración jurídico-penal de los hechos, ni en la subsunción de estos en la norma.»

b) «No sucede lo mismo con el delito de infidelidad en la custodia de documentos tipificado en el art. 364 del CP, que es uno de esos casos. La demanda de amparo es un tanto imprecisa en este punto, en lo que se refiere al documento que se dice desaparecido del expediente, pues en el antecedente segundo se alude al informe del **Aparejador** y en el antecedente cuarto el acuerdo de la Comisión Provisional de Urbanismo y, a los dos, en el F J 7.º De la querrela y del recurso de reforma, y aun del propio Auto de inadmisión de la querrela parece que el documento cuya desaparición se atribuye a los querrelados es el informe del **Aparejador**, pero sea uno u otro, o los dos, lo que ahora nos importa en el razonamiento del Juez, asumido por la Audiencia y el que ésta adiciona».

El parecer de la Sala del TC es contrario a la apreciación del delito de prevaricación<sup>24</sup>, y en relación con el supuesto delito de infidelidad en la custodia de documentos comprendido en el art. 364 del CP y que, con bastante verosimilitud, parece referirse al informe del Aparejador municipal y al acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, también, a pesar de que la propia demanda de amparo es algo imprecisa. Como lo es, en cuanto a la imputación que se atribuye a los querellados indiscriminadamente cuando es evidente que, el deber de custodia no se

---

«Para el Juzgado los hechos de la querella no eran constitutivos de delito por dos razones: la primera porque no se justificaba la inexistencia del informe del **aparejador**, que sirvió de base para la remisión del expediente a la Comisión Provincial de Urbanismo; la segunda, porque tampoco constaba que dicha Comisión no lo hubiera tenido en cuenta; ambos datos, añade el Juzgado, eran acreditables documentalente y, sin embargo, no se había aportado con la querella.»

«Con esta argumentación el Juzgado impone con carácter necesario la prueba de hechos negativos (STC 48/1984, F J 5.º), esto es, acreditar la inexistencia del informe cuestionado, que es precisamente lo que se denuncia con la querella, que admite que existió en su día, pero imputa a los querellados que ha desaparecido después lo que implica, por otra parte, como en el caso contemplado por la STC 148/1987 (F J 3º), la injustificada exigencia de una acreditación anticipada de los hechos, para la tramitación del proceso que se deniega *a limine*.»

«No importa ahora, como fundadamente razona el Juzgado, que este segundo delito no pudiera imputarse nunca al **aparejador** municipal -F J tercero del Auto de desestimación de la querella- ni que indiscriminadamente se imputara a los cinco querellados -F J 2º de la misma resolución-, pues eso sólo afectaría a problemas posteriores atinentes a la participación de unos u otros querellados. Tampoco interesa que el delito tipificado en el art. 364 del CP no admita la comisión culposa según el sector doctrinal mayoritario, aunque no unánime, a lo que el Juzgado no alude para nada. Ni siquiera que, una vez incoadas unas D P y practicadas en su caso las mínimas diligencias de investigación, se acordara el archivo en la forma prevista, en el párrafo 1.º del art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De lo que se trata es, únicamente, de si los hechos, *prima facie*, pueden ser o no constitutivos de delito, sin que sean convincentes los razonamientos del Juzgado a este respecto para decidir apriorísticamente que no lo son, basándose en que no se demostraba documentalente el hecho de la querella, que sólo en el oportuno proceso se podría acreditar después de incoado. Los querellantes, tenían derecho a ello en virtud del mandato del art. 24.1 de la Constitución, que le ha sido negado con la consiguiente violación de dicho precepto constitucional y del derecho a la tutela judicial efectiva que en el mismo se reconoce, sin que sea obstáculo para entenderlo así, el argumento adicional de la Audiencia, de que no se había agotado la vía contencioso-administrativa para combatir la resolución municipal, pues la autonomía, y aun jerarquía, de lo penal no está condicionada a aquélla, ni a ningún otro requisito de procedibilidad.»

da en todos ellos por igual. Sea como fuere, lo que aquí interesa es el razonamiento del Juzgado, asumido por la Audiencia. Tanto el Juzgado, como la Audiencia, entienden que es irrelevante esa prueba porque la ocultación de los documentos en el supuesto de que haya existido no ha tenido la trascendencia fáctica que los querellantes pretenden. Argumentación que se ofrece como razonable y suficientemente fundada, atendiendo, en especial, al contexto en que se produce. De manera que, tras otras alegaciones, el TC entiende en este caso, que no se ha producido ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, procede denegar el amparo solicitado.

La importancia capital que adquieren los actos de comunicación en cualquier procedimiento administrativo o proceso judicial se vé destaca en la próxima S del TC, 60/2002, de 11 de marzo (Sala 1<sup>a</sup>), que pasamos a analizar, su resumen se concreta en que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución de inadmisión siempre que ésta esté fundada en la falta de un requisito o presupuesto procesal legalmente

---

<sup>24</sup> Del art. 358 del CP, que puede cometerse por dolo o por culpa, rechazando el Juzgado la primera modalidad de manera fundada y razonable, pues dados los términos del art. 9.7 a), en relación con el apartado 5 del mismo artículo del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, y art. 105 de las Ordenanzas Municipales, podía interpretarse que el informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, para la concesión de la licencia, se habría producido por silencio administrativo. «Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo -como dice el M<sup>o</sup> F en su escrito de alegaciones- aunque esa interpretación fuera errónea, a tenor de lo dispuesto en el art. 178.3 de la Ley del Suelo, excluía el dolo y el elemento subjetivo del injusto que requiere que se realice «a sabiendas». Más discutible podría ser el argumento que el Juzgado utiliza para rechazar la comisión del delito en forma culposa, consistente en que no se había desconocido, ni omitido, el trámite de recabar el oportuno informe a la Comisión Provincial de Urbanismo pero, desde una perspectiva constitucional, nos parece también suficiente ya que en esta sede, que no es instancia revisora, no se debe sustituir al Juez en la valoración penal de los hechos, ni en la subsunción de éstos en la norma, salvo los casos indicados mas arriba». Los recurrentes, en cambio, no son del mismo parecer extendiéndose en diversas consideraciones sobre la calificación de los hechos que, por muy respetables y plausibles que fueren, no pueden ser atendidos, dado el ámbito propio de la jurisdicción constitucional, aceptando plenamente, por el contrario, el razonamiento del M<sup>o</sup> F al considerar suficientemente fundado el razonamiento del Auto impugnado, en lo relativo al supuesto delito de prevaricación ya que el rechazo de la querrela, en este punto, no resulta por lo demás ni erróneo o antijurídico.

establecido que impida entrar en el fondo del asunto y que la apreciación de ese defecto procesal no sea en sí misma contraria al art. 24.1 CE. Mientras que el principio *pro actione* despliega toda su efectividad cuando se trata del acceso a la jurisdicción, cuando se trata del acceso a los recursos, con la excepción del derecho al doble grado de jurisdicción en la vía penal, el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad de los recursos debe ceñirse en el resto de los órdenes jurisdiccionales al análisis de si la resolución judicial de inadmisión ha incurrido en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad. Es error patente “aquél inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales” (SSTC 162/1998, de 14 de julio, F J 2º; 192/1998, de 29 de septiembre, F J 2º; 216/1998, de 16 de noviembre, F J 2º; 10/1999, de 8 de febrero, F J 3º; 23/1999, de 8 de marzo, F J 2º; 121/1999, de 28 de junio, F J 3º; 94/2000, de 10 de abril, F J 5º; 116/2000, de 5 de mayo, F J 3º; 252/2000, de 30 de octubre, FF JJ 3º y 4º; 251/2000, de 30 de octubre, F J 3º; y 218/2001, de 31 de octubre, F J 3º, *in fine*).

Ocurre en este asunto que en el Auto de inadmisión de 6 de noviembre de 1996, luego confirmado en súplica por otro Auto de 1 de abril de 1997, se apreciaba la concurrencia de la causa de inadmisibilidad enunciada en el art. 40 a) LJCA (de 1956). A juicio del órgano judicial, la resolución municipal impugnada (de 9 de abril de 1996) era reproducción de un acto administrativo anterior firme: el Decreto del Alcalde, de 12 de diciembre de 1995, por el que se ordenaba la demolición de lo indebidamente construido. El recurrente alude reiteradamente a que el primer acto administrativo le fue comunicado sólo en forma verbal, y por tanto no con las garantías del art. 59 de la ley de procedimiento.

En relación con lo anterior debemos subrayar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo consideró acreditado que el acuerdo municipal de 12 de diciembre de 1995 “había sido notificado al interesado personalmente por el aparejador municipal Sr. G. P”. Y siendo ésta la conclusión a la que llega el órgano judicial, en forma alguna ha justificado el recurrente que el razonamiento judicial se haya formulado con infracción del art. 24.1 CE. Antes bien, basta con la lectura de los documentos obrantes en el expediente administrativo para identificar

qué circunstancias de hecho justifican la conclusión alcanzada por la Sala. En el expediente administrativo se contiene una copia de la resolución de 12 de diciembre de 1995 (con expresa indicación sobre los posibles recursos judiciales), en la que bajo la rúbrica del Alcalde y el sello del Ayuntamiento se dice expresamente “copia del original enviado a Don E.L.P.”. En el mismo expediente se contiene un documento firmado por Don J.R. G.P., a la sazón Aparejador del Ayuntamiento de Campoo de Yuso, en el que textualmente se dice “INFORMO: Que el día 14 de diciembre de 1995, entregué a Don E.L.P., un comunicado de este Ayuntamiento en el que se le comunicaba la paralización de las obras que está realizando en Villasuso, amparándose en que dichas obras no se ajustan a la Licencia Municipal concedida”. Este informe viene acompañado del “Visto Bueno” del Alcalde (con rúbrica y estampillado del Ayuntamiento).

En las actuaciones judiciales figura un acta notarial -fecha el 4 de febrero de 1997- en la que Don J.R. G.P. expresamente manifiesta que “el día 14 de diciembre último encontró a Don E.L.P. y le comunicó verbalmente que el Ayuntamiento le iba a denegar la licencia y a derribarle lo construido” y que “en ningún momento entregó ningún documento, ni notificación al citado señor L.P., limitándose a informarle del acuerdo había tomado el Sr. Alcalde”. Sentado lo anterior, y absteniéndose el TC de conocer de los hechos que motivan el R de A, según impone el art. 44.1 b) LOTC, aprecia que de la simple contradicción entre parte de los documentos mencionados (en cuanto a si además de la comunicación verbal hubo entrega de documento alguno) ningún reproche ex art. 24.1 CE puede deducirse frente al órgano judicial. La Sala de lo Contencioso-Administrativo concluye -teniendo incluso a la vista los documentos ya mencionados al resolver el recurso de súplica-que sí hubo notificación personal del acuerdo municipal de 12 de diciembre de 1995. Respecto de esta conclusión el recurrente insiste en que la comunicación fue meramente “verbal” y que se infringió el art. 59 LPC, pero en forma alguna justifica que el órgano judicial, al vista de los documentos ya mencionados, haya ejercido su función jurisdiccional impidiendo el pleno disfrute del derecho de acceso a la jurisdicción, contenido en el art. 24.1 CE, por lo que se deniega el amparo pedido.

Finalmente, en la S del TC 19/93, de 18 de enero (Sala 1<sup>a</sup>) se entra en la cuestión de que en los procesos en los que se puntualiza la imposición de penas, la obligación judicial de emplazar a las personas contra quienes va dirigida la acción sometida a conocimiento de los Tribunales ha de ser obedecida con un especial rigor. Aludiendo al caso en que al arquitecto y aparejador de la obra, tanto uno como otro fueron dejados de la mano de Dios durante toda la tramitación del procedimiento por las demás partes intervinientes en el mismo, haciéndoles creer que se encontraban arropados judicialmente, resultando todo lo contrario a la vista de la S. No fueron llamados a juicio ni el aparejador ni el arquitecto director de la obra, ni ninguna compañía de seguros, a pesar de que estos colectivos profesionales y las empresas de construcción están cubiertas con fuertes pólizas. Y nuestro aparejador, como afectado que es, precisamente por ser luego acusado, ese deber judicial se ve reforzado por el derecho, que ostenta todo ciudadano, de conocer la acusación dirigida contra él (STC 169/1989, F J 2º, así como SSTC 123/1991, 141/1991 y 154/1991). Al no haberse llevado a cabo las diligencias elementales que hubieran permitido su citación personal, y limitarse a emplazarlo sin más mediante edictos, el órgano judicial infringió no solamente el art. 179 LECrim, sino también el art. 24.1 CE (SSTC 118/1984 y 169/1989).

# LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL



# LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Por

M<sup>a</sup> DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ GARCÍA

*Funcionaria del Cuerpo Jurídico Superior de Secretarios Judiciales*

**SUMARIO:** 1. CONFIGURACIÓN LEGAL.- 2. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN.- 2.1. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones. 2.2 Nombramiento y aceptación.- 3. FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.- 3.1. Organización.- 3.2. Deberes y retribuciones de los Administradores Concursales.- 3.3. Responsabilidad de los Administradores.- 3.4. Cese de los Administradores Concursales.- 4. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.- 5. CONCLUSIONES.

## 1. CONFIGURACIÓN LEGAL

La estructura orgánica del concurso se define sólo sobre dos órganos necesarios, cuales son el juez instructor como rector del procedimiento, dotado de amplias facultades decisorias, y la Administración Concursal como órgano técnico, con competencias y funciones propias, aunque sometido a la autoridad del juez.

El resultado final del íter legislativo de la Ley Concursal es fruto de la búsqueda del consenso entre las principales fuerzas políticas, y así se deduce no sólo del articulado de la misma, sino sencillamente de que el texto legal fue aprobado casi por unanimidad en Las Cortes. Así, el modelo finalmente elegido se aleja completamente del esquema normal hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal; es decir, hemos pasado de un sistema en el que el órgano judicial no tenía ninguna especialización en temas concursales y se apoyaba en otro órgano auxiliar compuesto por figuras como interventores, comisarios, depositarios y sobre todo síndicos de la quiebra, altamente especializado, que era realmente el protagonista en el desarrollo de los procedimientos, a la situación inversa: un instructor especializado rector del procedimiento que se auxilia de un órgano colegiado compuesto mayoritariamente por profesionales cuya función final es ofrecer una evaluación de la propuesta efectuada por el deudor que contenga las claves interpretativas para que los afectados por la situación de insolvencia del mismo puedan calibrar lo que en la práctica pueden esperar en relación a la supervivencia de la actividad económica del deudor y a la satisfacción de sus créditos. La razón de ser de la Administración Concursal en la configuración finalmente recogida en la Ley Concursal es una consecuencia de los dos objetivos pretendidos por ésta, a saber: la conservación del patrimonio del deudor durante la tramitación del concurso impidiendo que éste disponga del mismo libremente, y la continuidad de la actividad económica del concursado. Ambo aspectos se encomiendan a la Administración Concursal, que deberá controlar que la actividad del deudor, al que se limita en las facultades y que deberá actuar con sometimiento a las autorizaciones de la Administración Concursal, se ajuste a los dos objetivos antedichos de conservación patrimonial y gestión empresarial.

En cuanto a las funciones concretas de la Administración Concursal, como regla general, el deudor continuará administrando su patrimonio en el caso del concurso voluntario, aunque sometido a la supervisión de la Administración Concursal, y al contrario en el concurso necesario. Luego las funciones que en todo caso tendrá atribuida la Administración Concursal son las de vigilancia sobre las

masas activa y pasiva del concurso y de análisis de todos los factores que afectan tanto al concursado como a las masas y a sus elementos. Pero además, deberán elaborar un análisis relativo a las informaciones facilitadas por el deudor, las causas de su crisis financiera, su contabilidad y estados financieros y las propuestas de convenio que se presenten, así como sobre la calificación que merezca la actuación del deudor.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Administración Concursal, la Ley Concursal le confiere la consideración de parte procesal en el procedimiento, atribuyéndole competencias propias que el juez no puede asumir ni modificar, y ejercitando una función de naturaleza pública y en cierto modo similar a la que antes ejercía el Ministerio Fiscal, cuando en la Ley anterior su intervención era preceptiva.

La Administración Concursal está integrada por profesionales liberales aunque no especialistas en materia concursal, de forma que el desempeño del cargo de Administrador Concursal es una actuación profesional como cualquier otra, y por lo tanto retribuida, sujeta a responsabilidad personal, sometida a un régimen estricto de incompatibilidades y prohibiciones, vinculada tanto a las normas generales que regulan tal figura como a las específicas que determinen el Colegio a que pertenezcan y dependiente del juez del concurso como autoridad que ha verificado el nombramiento. Además, el carácter profesional de los administradores concursales viene fortalecido por el hecho de la voluntariedad de la aceptación, voluntariedad que se hace patente tanto en el momento de inscripción en las listas de los candidatos como en el de la aceptación concreta del encargo, así como por el hecho de que la retribución de cada miembro integrante de la Administración Concursal está sujeta a I.V.A. y, en su caso, a retención por pago a cuenta de I.R.P.F. y por el de que los gastos sufridos en el desempeño de su cargo corren de su cuenta y no tienen el carácter de suplidos que le deban ser reintegrados por la masa del concurso, aunque tal profesionalidad de los administradores debe entenderse en sentido amplio y siempre evitando los “concurralistas profesionales”. Por todo lo que acabamos de exponer es por lo que los administradores deberán ser economistas, auditores de cuentas, titulares mercantiles o abogados en ejercicio.

De forma general, la Administración Concursal podemos decir que consiste en un órgano colegiado compuesto por tres miembros de igual rango que adopta sus decisiones por mayoría, aunque por excepción, cuando se trate de un concurso reducido, entendiéndose por tal aquél que su pasivo no supera el millón de euros

cuando el deudor se trate de una persona física o jurídica a la que la legislación mercantil permita presentar balance abreviado, el juez si así lo estima conveniente y para reducir el coste del concurso, podrá nombrar a un único administrador. Como supuesto anómalo, puede ocurrir que temporalmente sólo haya dos miembros de la Administración ejerciendo el cargo; en ese caso, la actuación será mancomunada debiendo concurrir ambos a la realización de todos los actos que les incumban, rompiendo en este caso excepcional la regla general de actuación colegiada en la que una vez adoptado un acuerdo, cualquiera de los administradores puede ejecutarlo por sí sólo.

## 2. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN

El procedimiento que se sigue para el nombramiento de los miembros que específicamente integran una administración en un concurso consiste en la elección de las personas concretas que deberán desempeñar el cargo entre los candidatos existentes mediante un auto, seguido de la aceptación expresa de cada miembro. El nombramiento judicial recaerá sobre las personas que reúnan los requisitos que la ley determina, siendo tales requisitos los siguientes:

- Uno de los tres administradores deberá ser un abogado con experiencia profesional (ejercicio efectivo) mínima de cinco años.
- Otro será un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil titulado, también con una experiencia mínima de cinco años de ejercicio activo.
- El tercero será un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado. Este tercer administrador puede ser tanto una persona física como una persona jurídica; cuando el cargo recaiga sobre una persona jurídica, la misma necesariamente deberá designar a un auditor, economista o titulado mercantil, que reúna las mismas condiciones que el profesional a que nos hemos referido en segundo lugar; sin embargo, cuando recaiga sobre una persona física si la misma es un profesional de los mencionados en los dos primeros supuesto, participará en la Administración Concursal por sí mismo, pero cuando no lo sea, la ley le permite optar entre actuar personalmente o designar un profesional que sea el que efectivamente actúe en la Administración, profesional que, al igual que en el caso del acreedor persona jurídica, tendrá que ser un economista, auditor o titulado mercantil colegiado, en el que también deben concurrir todos los requisitos establecidos para el designado directamente por el juez.

Es decir, que el juez elige directamente a dos de los administradores, a menos que el acreedor sea una persona física que quiera o deba ejercer directamente las funciones de administrador ( en cuyo caso elige a los tres) y nombra (aunque no elige) al tercero elegido por el acreedor, que siempre deberá reunir los requisitos de profesionalidad mencionados. Como matiz, añadir que si el acreedor opta por hacerse representar por un profesional, la retribución de éste no corre a cargo del acreedor que lo elige, sino del concurso.

El nombramiento de cada uno de los tres administradores puede recaer tanto en una persona física como en una persona jurídica, si bien cuando recaiga en una persona física ésta siempre deberá designar a una persona física que la represente en el ejercicio del cargo y que también tiene que reunir los requisitos subjetivos de titulación, incorporación colegial y experiencia y ausencia de causas de incompatibilidad o prohibición. Como la ley Concursal aplica el mismo régimen de cese a todos los administradores, sin distinguir que sean personas físicas o jurídicas o sus representantes, podemos concluir que en estos supuestos el cargo de administrador reside en la persona jurídica, de forma que ella será la responsable a todos los efectos, aunque la investidura corresponda exclusivamente al representante.

Pese a todo lo que acabamos de exponer, el régimen general de Administración Concursal integrada por tres miembros designados judicialmente de los que dos serán profesionales y el tercero un acreedor, tiene las siguientes excepciones:

1. Concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial: en este caso el administrador economista, auditor de cuentas o titular mercantil se sustituye por la persona que designa la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que podrá ser tanto personal técnico de la misma como otra persona que al Comisión proponga y que posea similar cualificación, y el abogado y el acreedor en lugar de ser elegidos por el juez son designados por el Fondo de Garantía.
2. Concurso de una entidad de crédito: para tal supuesto, el cargo de administrador acreedor recaerá en el Fondo de Garantía de Depósitos y el mismo designará a la persona física que lo vaya a representar, y para los dos restantes, el mismo Fondo de Garantía propondrá al juez varios candidatos tanto para el cargo de administrador economista, auditor de cuentas o titulado mercantil colegiado como para el de administrador abogado, y el juez elegirá entre éstos a cuál elige.

3. Concurso de entidad aseguradora: el supuesto es idéntico al de la entidad de crédito, si bien en este caso las funciones que en aquél concurso competían al Fondo de Garantía de Depósitos corresponden al Consorcio de Compensación de Seguros.
4. Procedimiento Abreviado: ante de concurso de una persona física o el de una persona jurídica que de acuerdo con la legislación mercantil esté autorizada a presentar balance abreviado, y siempre que la estimación inicial del pasivo no supere el millón de euros, dadas las reducidas dimensiones del concurso y a los efectos de reducir los costes y dotar de mayor agilidad a la Administración Concursal, el juez nombrará un único administrador, el cual podrá ser tanto economista, auditor de cuentas o titular mercantil colegiado como abogado.

Además de los requisitos objetivos que acabamos de exponer y que deben concurrir en los administradores concursales, los interesados en ser nombrados como tales deberá formalizar previamente una declaración expresa de disponibilidad, declaración que podrán prestar ante el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ante el Colegio Profesional a que pertenezcan o en el Decanto a que pertenezcan los Juzgados competentes para conocer de los concursos; en tal declaración deberán hacer constar y acreditar su compromiso de formación en materia concursal. Con estas declaraciones de voluntad de intervenir en Administraciones Concuriales, tanto los Colegios profesionales, como el Registro Oficial de Auditores de Cuentas presentarán en los Decanatos competentes la lista de sus candidatos anualmente, en el mes de diciembre, teniendo en cuenta que para la inclusión en tales listas no es un requisito exigible el de estar colegiado en la demarcación concreta del partido judicial donde esté constituido el Juzgado de lo Mercantil, que en las mismas se incluirán tanto personas físicas como personas jurídicas dedicadas a alguno de los ejercicios profesionales exigidos para el desempeño del cargo de administrador concursal y que la inscripción en las mismas es de carácter gratuito.

Con éstas declaraciones, los decanatos elaborarán un listado (dividido, por supuesto, en los dos grupos a que responden cada uno de los dos administradores de elección judicial) en cada localidad donde existan Juzgados de lo Mercantil, que deberán estar disponibles para empezar a operar el día 1 de enero (luego, lógicamente, se trata de un listado único y cerrado durante el mes de diciembre de cada año).

En cuanto al compromiso de formación, corresponderá al juez valorar la suficiencia del mismo y controlar su efectivo cumplimiento en el caso de cada administrador concursal, de forma que de ser tal formación insuficiente, la misma será justa causa de separación, apreciable por el juez de oficio o a instancia de parte.

## 2.1. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

Además de las condiciones que hemos enumerado, la Ley Concursal establece una serie de prohibiciones legales en sentido amplio, recogidas en su artículo 28, consistentes en motivos de incapacidad, de incompatibilidad o en prohibiciones en sentido estricto.

Son incapacidades para ser nombrado administrador concursal, teniendo en cuenta que tales incapacidades son obstáculo para ejercer el cargo en cualquier caso y en cualquier concurso:

- . El que haya sido designado como administrador concursal en el mismo partido judicial en los tres años anteriores y que no hubiera comparecido ni aceptado sin justa causa
- . El que hubiera sido separado de un cargo semejante en los dos años anteriores, refiriéndose tal separación a cualquier parte del territorio nacional.
- . El que hubiera sido inhabilitado por sentencia de desaprobación en cuentas en cualquier parte del territorio nacional, operando la incapacidad durante el tiempo que dicha sentencia fije, y siempre durante un período mínimo de seis meses y máximo de dos años.
- . Los menores no emancipados.
- . Los judicialmente incapacitados.
- . Los inhabilitados por sentencia de calificación de concurso durante el período que dure la inhabilitación.
- . Los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad.
- . En general, los que no puedan ejercer el comercio.

Son incompatibilidades que implican la imposibilidad de ser ejercer el cargo de administrador en un determinado concurso en atención a la existencia de alguna relación excepcional con el deudor, con un acreedor importante o con algún otro administrador elegido:

- . Los que hayan prestado servicios profesionales al deudor o hayan compartido con éste ejercicio profesional, o con personas especialmente relacionadas con éste, en los tres últimos años.
  - . Los incursos en causa de incompatibilidad de las previstas en el artículo 8 de la Ley de Auditoria de Cuentas respecto al deudor, sus directivos, administradores o con algún acreedor del mismo cuyo crédito represente más del diez por ciento del pasivo del concurso. Este mencionado artículo 8 de la Ley de Auditoria de Cuentas alude a los que ostenten cargo directivo, de administración, de empleo o de supervisión interna en la entidad concursada o en otra en la que la entidad ostente más del veinte por ciento de los derechos de voto o a la inversa, los que tengan interés financiero directo en la entidad concursada o indirecto si éste es significativo, los ligados por vínculos de consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado con el concursado, sus administradores o los responsables de su área económico-financiera, y los que mantengan relaciones empresariales.
  - . Los acreedores que de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la propia Ley Concursal mantengan una relación especial con el deudor, entendiendo por tales al cónyuge o persona unida con análoga convivencia y relación de afectividad que lo sea o lo haya sido en los dos años anteriores; los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor o su cónyuge o persona unida con análoga relación de afectividad, los socios ilimitadamente responsables o los titulares de un determinado porcentaje de capital de la sociedad cuando el concursado sea una persona jurídica; también en el caso del concursado persona jurídica, los administradores, los liquidadores y los apoderados, ya lo sean en el momento presente o lo hayan sido en los dos años anteriores, así como las sociedades que formen parte del mismo grupo o sus socios.
  - . El acreedor competidor del deudor.
  - . Y los funcionarios dependientes de la Administración pública que tengan funciones relacionadas con las actividades del deudor.
- Por último, el artículo 28 se refiere a las prohibiciones en sentido estricto, cuya razón de ser obedece a cuestiones de política legislativa:
- . Los que hubieran sido nombrados administradores concursales en los dos años anteriores, amenos que en la lista obrante al efecto no hubiera otras personas disponibles.
  - . Cuando para un mismo concurso exista entre los candidatos vinculación personal o profesional.

## 2.2. NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN

El nombramiento en sentido estricto lo hará el juez y normalmente tendrá lugar dentro del propio auto de declaración de concurso, y el propio juzgado se lo comunicará a cada uno de los administradores nombrados por el medio más rápido, a fin de que comparezca en la oficina judicial a aceptar el cargo. Los designados deberán comparecer personalmente para manifestar si concurre alguna causa de recusación, si concurre justa causa para no aceptar, si pese a no concurrir ésta ha decidido no aceptar el cargo o para aceptarlo. En el caso de que el nombrado no acepte el cargo, el juez procederá a efectuar un nuevo nombramiento, y una vez que cada administrador haya aceptado se expedirá al mismo la oportuna credencial, que deberá devolver al juzgado cuando cese. En la misma forma se nombra a los representantes de las personas jurídicas nombradas administradores concursales y al del acreedor persona física que decida hacerse representar por un profesional, así como a los auxiliares delegados de los administradores. Como excepción al régimen expuesto, cuando los nombrados sean personal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Garantía de depósitos o del Consorcio de Compensación de Seguros, éstos no tienen que aceptar el cargo.

Una vez aceptado el cargo, sólo cabe la renuncia al mismo por causa grave judicialmente aceptada como tal. No obstante, los administradores pueden ser recusados cuando medie causa suficiente y se tramite el oportuno incidente procesal, incidente que carece de efectos suspensivos, que se iniciará por demanda presentada por cualquiera de los legitimados para instar la declaración de concurso, en el que será parte el administrador recusado y que terminará por sentencia que no afectará a la validez de los actuado hasta tal momento y contra la que no cabe recurso alguno. La causa de recusación deberá ser una de las constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición o alguna de las de recusación de los peritos previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, el último motivo de remoción del cargo es la separación, que tendrá lugar cuando medie justa causa y será acordada mediante resolución judicial que revestirá la forma de auto dictado de oficio o a instancia de otro de los administradores de ese concurso o de cualquiera de los legitimados para instar el concurso. Esta separación tiene carácter de sanción, puede afectar tanto a los administradores personas físicas como a los representantes de los administradores personas jurídicas y dará lugar a la inscripción de la misma en el Registro Concursal.

### 3. FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Uno de los administradores concursales debe designar un despacho que se encuentre dentro de la demarcación judicial en que sea competente el Juzgado que esté conociendo del concurso, y tal despacho tendrá la consideración de domicilio de la Administración Concursal, corriendo a cargo de la misma los gastos que tal domicilio ocasione.

Además, habida cuenta que los administradores deben actuar siguiendo unas pautas tanto formales como profesionales revisables por el juez, a fin de que todas sus operaciones y actos puedan ser sometidos a tal supervisión, necesariamente deben constar en los libros y registros de la Administración Concursal, de los que por imperativo legal son al menos de llevanza obligatoria el de actas y el de registro de acreedores. El Libro de Actas debe ser legalizado por el funcionario del Cuerpo Jurídico Superior de Secretarios Judiciales competente y en él tienen que figurar todas las decisiones de la Administración Concursal que no sean de mero trámite; asimismo, y por aplicación analógica del artículo 26 del Código de Comercio, debe contener en cada acta las circunstancias en que se ha tomado la decisión transcrita, con referencia a lugar, fecha, asistentes, resultado de la votación, aprobación del acta y firma de todos los asistentes. El Libro debe estar en todo momento a disposición del juez, y su exhibición o expedición de copias a los interesados se hará previa autorización por el juez, por el secretario judicial. Además, en el momento de la conclusión del concurso el Libro será aportado en la Oficina Judicial junto con la rendición de cuentas, al igual que en el caso de sustitución de todos los miembros de la Administración Concursal. A diferencia del anterior, el Libro Registro de Acreedores en realidad consiste en una relación oficiosa de identificación de los acreedores y créditos que ostentan, que como no está sujeto a formalidad alguna, no requiere legalización

#### 3.1. ORGANIZACIÓN

La Ley Concursal prevé que en la Administración Concursal pueden intervenir una pluralidad de personas a título diferente, y que son los siguientes:

- a) Los administradores titulares: son los nombrados judicialmente y a ellos compete el desempeño del cargo, recayendo también sobre ellos la responsabilidad. Ya hemos mencionado que pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, y que de ser personas físicas deberán desempeñar

el cargo personalmente sin posibilidad de delegación.

- b) Los auxiliares delegados: se nombran por el Juez, sólo para concursos especialmente complejos, y siempre a petición de la Administración Concursal en la que se propondrán las personas que deban ser designadas. El juez, previa valoración de su conveniencia y de la idoneidad de los propuestos, podrá acordarla (o no), para que los designados desarrollen las funciones concretas específicamente mencionadas en la solicitud, siendo la retribución de estos auxiliares delegados a cargo de la Administración Concursal.
- c) Los colaboradores: Son los propios empleados de los profesionales designados como administradores, que en el desempeño de su contrato de trabajo colaborarán con su empleador y demás administradores del concurso, por lo que son ajenos al procedimiento concursal.
- d) Los dependientes del deudor: El deudor, sus apoderados, los administradores y los liquidadores, así como los que lo hayan sido en los dos años anteriores, tienen el deber de colaborar en todo lo necesario para el interés del concurso, y por ende, con la Administración Concursal.
- e) Los expertos independientes: Se trata de profesionales especializados en alguna materia específica, nombrados por resolución judicial expresa y motivada y en la que fijarán los términos del encargo. En este supuesto en particular, sus honorarios corren a cargo de la masa.

Finalmente, hay que mencionar que los administradores concursales tienen la consideración de parte, y como tal pueden intervenir directamente en las diferentes secciones del procedimiento, aunque nada impide que se personen mediante procurador, que es la única forma admisible de apoderamiento o representación de la Administración Concursal.

### 3.2. DEBERES Y RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Los administradores concursales tienen el deber de actuar por sí mismos y con la diligencia de un ordenado administrador y un representante legal, respetando la prohibición de comprar para sí bienes de la masa activa del concurso, guardando el deber de secreto aún después de haber cesado en el cargo, así como el deber de informarse diligentemente de los asuntos del concurso. El deber de actuar por sí mismos es una consecuencia de que el administrador en realidad no es más que un representante, es decir, un mandatario, y como en el ámbito

mercantil el mandato no permite sustitución a menos que así esté expresamente previsto, no cabe delegación de las funciones de los administradores. Y el deber de actuar con diligencia diligencia consiste en la obligación de realizar las tareas y funciones en que consiste su misión en el momento oportuno y sin incurrir en retrasos, y su incumplimiento puede ser sancionado. En cuanto al régimen de adopción de las decisiones de la Administración Concursal, la norma general es que las mismas se adoptarán por mayoría alcanzada en una votación, de forma que a cada administrador le corresponda un voto y en caso de no alcanzarse tal mayoría, será el juez el que decida. Pero cuando excepcionalmente y de forma temporal la Administración esté compuesta únicamente por dos administradores, las decisiones se tomarán de forma mancomunada (es decir, actuando los dos conjuntamente y a la vez y decidiendo siempre de común acuerdo) y también a falta de tal adopción decidirá el juez. Además, todas las decisiones que no sean de mero trámite, como hemos visto, deben constar en el Libro de Actas. Bien, pues a pesar de esta regla general, el juez puede atribuir competencias específicas a alguno de los administradores concursales, adoptando tal decisión bien de oficio o bien a instancia de alguna parte legitimada o de la propia administración concursal; ante tal atribución en exclusiva de competencias, las decisiones relativas a éstas las adoptará ese administrador en concreto, de forma que aunque vinculan a los tres administradores sólo pueden acarrear responsabilidad frente a tercero para el adoptante.

Como contraprestación a estos deberes y obligaciones, la actuación de los administradores concursales, excepto cuando se trate de ejercicio de funciones públicas, se retribuye con cargo a la masa, incluyéndose en la misma bajo el concepto de “Costas y Gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso”; en el caso de que la masa activa sea inexistente, será el acreedor que haya instado el concurso el que deba abonar estas retribuciones, sin perjuicio de su reintegro con cargo a la masa en el momento que esto sea posible. La cuantía de la retribución para el conjunto de la Administración Concursal y los plazos de pago de la misma los fijará el juez siguiendo el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales y siempre en función de la cuantía del activo y del pasivo y de la previsible complejidad del concurso, tema éste sobre el que debe versar uno de los preceptivos informes previos que debe emitir la Administración Concursal y que aunque no está sometido a plazo de presentación, por su propio interés parece conveniente que sea presentado lo antes posible. Pues bien, como decíamos, la retribución la fija el juez mediante auto contra el que cabe recurso

y que sin perjuicio de éste, puede ser modificado en cualquier momento siempre que medie justa causa. En cuanto a la forma de distribución de la retribución, el principio general es que los administradores profesionales en ejercicio participarán de ésta a partes iguales, luego de estar integrada la administración por tres profesionales, el reparto tendrá lugar por terceras partes iguales. Pero si con los dos administradores profesionales concurre el administrador acreedor persona física, el reparto será del cuarenta por ciento de la cuantía para cada profesional y el veinte por ciento para el acreedor. Y si con los dos profesionales concurre una institución pública, como ni ésta ni su representante perciben retribución alguna, el reparto será del cincuenta por ciento para cada administrador profesional.

También los auxiliares delegados son retribuidos en la cuantía y plazos que fije el juez, aunque en este caso su abono corresponde a los administradores concursales en proporción a su participación en la retribución conjunta, y en el caso contrario encontramos a los colaboradores de cada uno de los administradores, que están a cargo de éste, con lo que sus emolumentos son ajenos al concurso. No obstante, la retribución de los expertos independientes tiene la consideración de honorarios profesionales fijados libremente por los mismos y a cargo de la masa del concurso.

### 3.3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Para poder exigir responsabilidad a la Administración Concursal es necesaria la declaración de la misma por el juez, dictada tras un procedimiento en el que éste llegue a la convicción de la concurrencia de cuatro factores:

1º. Existencia de un daño concreto o perjuicio cuantificado económicamente, ya sea éste causado a la masa, al deudor o a alguno de los acreedores.

2º. Existencia de algún acto u omisión que vulnere una obligación legal

3º. Relación de causalidad entre el daño del factor primero y el acto u omisión ilegal del segundo.

4º. Atribución a los administradores concursales de la decisión consciente de cometer el acto u omisión ilegal o el hecho de no haber puesto los medios para evitarlo.

La responsabilidad de los administradores concursales es solidaria frente a la masa, excepto en el caso de atribución judicial específica de funciones, supuesto en el que será éste administrador el único responsable. Además, cada administrador responde frente a los terceros por el total importe del perjuicio, dejando a salvo las acciones de resarcimiento internas. Y si la responsabilidad deriva de actos de

los auxiliares delegados, éstos responden conjunta y solidariamente con los administradores concursales, a menos que medie prueba acreditativa de haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

La acción de responsabilidad concursal se sustancia por los trámites del procedimiento declarativo que corresponda y será competente para conocer del mismo el propio juez del concurso. Están legitimados activamente para su ejercitotanto el concursado como sus acreedores, y el plazo de prescripción es de cuatro años contados desde que el actor tuvo conocimiento de los efectos perjudiciales y en todo caso desde el cese de los administradores o de los auxiliares delegados. Asimismo, es de destacar que esta acción sólo puede plantearse en interés de la masa, ya que, por el contrario, la exigencia de responsabilidad en interés propio, en cuanto que se trata de una responsabilidad extracontractual, se rige por las reglas generales procesales civiles.

Por último, y aunque no se trate de una cuestión estrictamente concursal, quiero dejar aquí apuntada la eventual responsabilidad penal de los administradores concursales, habida cuenta de su consideración de administradores designados judicialmente en aplicación de una ley, y por lo tanto sometidos a los artículos 295 y 252 del Código Penal, es decir, por la administración desleal o fraudulenta.

#### 3.4. CESE DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

Como regla general, uno de los efectos de la conclusión del concurso será el cese definitivo de la Administración Concursal, por ese motivo, en el momento inmediatamente anterior al auto de conclusión del concurso tendrá lugar la completa rendición de cuentas de la Administración, pero puede haber más supuestos de cese de la administración, así podemos decir que los diferentes supuestos que pueden producirse respecto al cese de los administradores concursales son los siguientes:

- . Cese sin conclusión del concurso: y así podrá acordar tal cese el juez mediante auto en los casos de estimar la recusación formulada, por renuncia del administrador cuando medie causa grave, o por separación del mismo en los supuestos en que medie justa causa y con la correspondiente anotación en el Registro Público de Resoluciones Concurales del Ministerio de Justicia.
- . Cese por conclusión del concurso sin convenio: la terminación del concurso, aunque la Ley Concursal no lo mencione expresamente, implica la terminación

de la administración a que estaba sometido el concursado, pero el cese es evidente ya que el juez en el auto de conclusión debe pronunciarse sobre la aprobación o no de las cuentas que hayan rendido los administradores, y esto sólo puede producirse una vez agotado su mandato. Además, como con la conclusión del concurso el deudor recupera todas sus facultades de administración y disposición, la Administración Concursal de persistir estaría vacía de funciones.

Cese por aprobación del convenio: El artículo 133.2 de la Ley Concursal establece que el convenio conlleva el cese de los administradores concursales y que éstos deben rendir cuentas de su actuación, pero en la práctica tal cese se limita sólo a las competencias de intervención y administración, pero mantiene vivas otras funciones de la Administración Concursal, que sólo se extinguirán con el dictado del auto de conclusión del concurso. La interpretación más lógica sugiere que el auto de aprobación del convenio y la obligación de rendición de cuentas de la Administración se refiere a las funciones desempeñadas hasta ese momento, debiendo imponerse al concursado la obligación de abonar las retribuciones correspondientes a las funciones que a partir de ese momento deba desarrollar la Administración Concursal (como es, y cito sólo a título de ejemplo, la elaboración del informe razonado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución).

Y para finalizar esta cuestión, sólo repetir que inmediatamente antes del cese de la Administración Concursal ésta deberá rendir cuentas justificativas de sus funciones de administración.

#### **4. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

Enumeradas en el artículo 82 de la Ley Concursal, podemos enumerarlas de la forma siguiente:

1. Funciones de auxilio judicial: entendiendo por tales aquéllas que podría desarrollar la Oficina Judicial, pero que la Ley encomienda a la Administración Concursal para así lograr una mayor agilidad; en realidad se trata de deberes de colaboración, tales como la comunicación a los acreedores de la declaración de concurso, la asistencia a la Junta de Acreedores y hasta la posibilidad de presidirla por delegación del juez, y principalmente la de reconocimiento o exclusión de créditos de los acreedores.

2. Funciones de coordinación y control del procedimiento: entre éstas podemos

enumerar las siguientes: ponderar la complejidad del concurso para solicitar el nombramiento de auxiliares delegados, solicitar la atribución de competencias específicas, solicitar del juez el cambio de la situación del deudor para que pase de intervención a suspensión tras valorar su capacidad de gestión, solicitar (o no) la acumulación al concurso de los procedimientos declarativos si se encuentran en primera instancia y el deudor es parte en los mismos, evaluar técnicamente las propuestas de convenio, el plan de pagos y el plan de viabilidad y emitir el informe correspondiente, así como la emisión de todos y cada uno de los informes que la Ley establece.

3. Funciones de vigilancia del deudor, que suponen que la Administración Concursal tiene encomendado vigilar los actos del deudor, principalmente en los supuestos de intervención, y en tal medida que de la Administración dependerá la convalidación de los actos que el concursado realice o la solicitud de anulación de los mismos por el juez. Se refiere también al examen de los libros y registros del concursado para la emisión del informe relativo a las causas del concurso y al derecho de asistencia y voz en las decisiones de los órganos colegiados del deudor que sea una persona jurídica.

4. Funciones de protección de los acreedores y de la masa activa: con reflejo en la posibilidad de solicitar del juez el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada cuando se prevea la calificación del concurso como culpable y la insuficiencia de la masa activa para cubrir el pasivo, la competencia para reclamar el desembolso de las aportaciones sociales diferidas, la legitimación para accionar contra los socios subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada o la legitimación para ejercitar las acciones rescisorias de reintegración a la masa.

5. Funciones favorecedoras de la continuidad empresarial, integradas por la facultad de impugnación de convenios y procedimientos arbitrales, la opción para el rescate de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, la posibilidad de solicitar del juez la modificación sustancial de las condiciones laborales o la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, la facultad para extinguir o suspender los contratos con el personal de alta dirección, la facultad para rehabilitar los contratos de crédito y préstamo y los de adquisición de bienes con pago aplazado y la facultad de enervar desahucios.

6. Funciones de intervención y control sobre el concursado, y en este sentido, hasta la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal atribuye como función esencial a la Administración Concursal la de intervenir todos los actos de

contenido o trascendencia patrimonial del deudor cuando éste conserve sus facultades de administración y disposición, prestando su autorización o conformidad para que tengan plena validez y eficacia. Como norma general, esta intervención tiene lugar para cada acto aislado, mediante la presencia física de la Administración en el momento de su realización, aunque los actos típicos del tráfico de la actividad empresarial puedan ser autorizados genéricamente; no obstante, es necesaria la autorización expresa para algunos actos concretos, tales como la supervisión de la formación de las cuentas anuales, el desistimiento, allanamiento o transacción en litigios, así como para el ejercicio de cualesquiera acciones de contenido patrimonial.

7. Función de sustitución del deudor: una consecuencia de la declaración del concurso puede ser que el juez acuerde la suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor; en este caso, la Administración pasa a sustituirle y actúa por sí misma sin contar con el deudor, con lo que es a ella a quien corresponde la formulación de las cuentas anuales así como la sustitución procesal del concursado en los procedimientos judiciales en trámite y la legitimación para el ejercicio de acciones no personales del deudor, así como para solicitar del juez la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes.

8. Funciones ejecutivas: en los casos de suspensión, corresponde a la Administración Concursal la elaboración del plan de liquidación y su ejecución, además de las tareas de pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales.

Funciones de defensa del interés público, entendiéndose por tales aquéllas en las que prevalece la atención al interés general de la sociedad sobre los intereses concretos de los afectados por el concurso. En este grupo podemos incluir la legitimación para oponerse a la aprobación del convenio favorablemente votado, la propuesta de resolución que tienen que acompañar al informe sobre calificación o la condición de parte procesal autónoma en todas las secciones del procedimiento, legitimada para recurrir las resoluciones judiciales.

Como órgano técnico cuya finalidad es desempeñar las importantes funciones que acabamos de enumerar, la Ley encarga a la Administración Concursal la elaboración de una serie de informes, de contenido muy diverso y cuya previsión legal aparece diseminada a lo largo de todo el articulado de la Ley Concursal.

## 5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, y como colofón de todo lo expuesto, no me queda más que indicar que la novedosa figura de la Administración Concursal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Concursal resulta un acierto por cuanto dota de las máximas garantías tanto al concursado como a los acreedores de éste, creando un órgano técnico con funciones propias y bien definidas que garantiza la continuación de la actividad empresarial del concursado cuando esto sea posible o la realización de los bienes de este con las mayores garantías. Además, tanto por el carácter mayoritariamente profesional de las personas que desempeñen el cargo de administrador, específicamente cualificadas en materia concursal y con acreditada formación jurídica o en su caso económica, como por el estricto sistema de responsabilidad a que están sujetos los administradores concursales, a priori se favorece el mejor funcionamiento posible de la institución del concurso, dotando al juez del concurso de unos “colaboradores” que complementan sus conocimientos mediante la emisión de importantísimos informes y en algunos casos incluso propuestas y descargando al órgano judicial de funciones no esencialmente judiciales con la agilización y economía que ello supone.

**LA EFICACIA DEL PODER DE  
REPRESENTACIÓN DE LOS  
ADMINISTRADORES  
MANCOMUNADOS**



# LA EFICACIA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS

Por  
CARMEN A. CHAVES GALÁN  
*Doctora en Derecho*

**SUMARIO:** 1. DETERMINACIÓN LEGAL DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.- 1.1. Limitaciones legales a la actuación de los administradores mancomunados de una sociedad limitada.- 1.2. Acercamiento a la figura del tercero contratante con la sociedad.- 2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL FACTOR MERCANTIL NOTORIO.- 3. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** Los administradores mancomunados de una sociedad mercantil, en general, y los de una sociedad de responsabilidad limitada, en particular, ejercen el poder de representación de dicha sociedad conjuntamente, es decir, siendo necesaria la intervención de dos de ellos, al menos, en la forma determinada en los Estatutos sociales. Pero esta limitación, impuesta legalmente y que debe constar inscrita en el Registro Mercantil, no siempre alcanza al tercero de buena fe que contrata con la sociedad a través de uno sólo de los administradores mancomunados. La jurisprudencia otorga validez a estos contratos, sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el factor notorio. A la sociedad le cabe defenderse probando que el tercero conocía la existencia del órgano de administración mancomunado y, en caso de que esto no sea posible, exigiendo responsabilidades al administrador mancomunado que ha actuado en solitario.

## **1. DETERMINACIÓN LEGAL DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS**

### **1.1. LIMITACIONES LEGALES A LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS DE UNA SOCIEDAD LIMITADA.**

Entre los posibles modos en que, bien en el acto constitutivo de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada— el tipo social más extendido en el tráfico mercantil español en los últimos años—, bien con posterioridad al mismo, puede organizarse la administración de la sociedad, se encuentra aquel conforme el cual el órgano de administración se compone de varios administradores mancomunados, esto es, que actúen conjuntamente.

Después de nombrarse a dichos administradores mancomunados, éstos deben aceptar el cargo—acto este de la aceptación determinante para que surta efecto el nombramiento— y el mismo debe ser inscrito en el Registro Mercantil que es un registro público, como bien es sabido y preconiza el art. 12 del Reglamento correspondiente, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

Una vez aceptado el cargo, los administradores mancomunados ostentan el poder de representación de la sociedad, del modo previsto en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada - artículo 62.1 c) de la Ley 2/1995, de 23 de Marzo, la cual establece que en el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos, en la forma determinada en los Estatutos sociales, los cuales también es preceptivo que

consten inscritos en el Registro Mercantil. Esta determinación estatutaria se hace imprescindible en el caso en que haya más de dos administradores mancomunados, para que quede claramente determinado si la representación de la sociedad corresponde a dos o más cualesquiera de ellos o si, en atención al carácter personalista de este tipo de sociedad mercantil, es necesaria la intervención de un concreto administrador en unión de uno o más de cualesquiera de los otros.

Por otro lado, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada determina, con carácter general para todo tipo de administradores, cual es el ámbito de la representación social —art. 63 Ley 2/1995— de forma que la citada representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos, haciendo así una nueva referencia a este documento social de preceptiva inscripción en el Registro Mercantil.

En consecuencia, los administradores mancomunados tienen una doble limitación legal en el ejercicio de sus facultades de representación de la sociedad: la primera viene impuesta por la determinada forma del órgano de administración, que en el caso de los administradores mancomunados los obligaría a ejercer dichas facultades conjuntamente; y la segunda limitación consistiría en el objeto social, de modo que su actuación conjunta debe supeditarse a las actividades comprendidas en dicho objeto social. Y ambas limitaciones están sometidas al requisito de la publicidad registral, al estar contenidas en los Estatutos sociales y ser este un documento societario que obligatoriamente debe ser inscrito en el Registro Mercantil.

Abundando en lo anterior, la Dirección General de Registros y Notariado ha destacado el especial interés puesto por el legislador en concretar la atribución del poder de representación, habida cuenta, sin duda, de la transcendencia que ello tiene para los terceros y la necesidad de claridad y precisión sobre tal extremo. Así lo manifiesta en la Resolución de 27-8-1998 (BOE 232/1998, de 28/09/1998), en la que incide en la necesidad de distinguir entre lo que es la estructura del órgano de administración y la atribución del poder de representación, diferencia ésta que también queda claramente reflejada en el art. 185 del Reglamento del Registro Mercantil. De ahí que la citada Dirección General de Registros y Notariado interprete el texto del art. 63 de la Ley de Sociedades Limitadas en el sentido de que la remisión del mismo a los Estatutos para determinar la forma en que los administradores mancomunados ejercerán el poder de disposición no se contemple como facultativa a fin de poder evitarla, sino como necesaria, con el fin de atribuir en concreto el citado poder y tan sólo limitada por la exigencia legal

mínima de que se ejerza al menos por dos de los administradores mancomunados. De ahí que, según la Dirección General de Registros y del Notariado no quepa la inscripción de unos Estatutos sociales en los que se establezca como forma de administración la de varios administradores mancomunados si no figuran claramente en los mismos las reglas de ejercicio del poder de representación entre ellos. De nuevo, todo parece apuntar a la necesidad de que el tercero que contrate con la sociedad a través de sus administradores debe informarse en el Registro Mercantil competente sobre las facultades de representación de éstos si no quiere encontrarse luego con la negativa de la sociedad a obligarse por estos actos de los administradores realizados al margen de las facultades de representación de los mismos.

## 1.2. ACERCAMIENTO A LA FIGURA DEL TERCERO CONTRATANTE CON LA SOCIEDAD

Como hemos visto en el apartado anterior, cualquier tercero que contrate con la Sociedad tiene a su disposición la información que suministra el Registro Mercantil para conocer cual es el órgano de administración de la sociedad y, en el caso de que este esté formado por varios administradores mancomunados, cual es la forma en que los mismos han de ejercer su poder de representación. En consecuencia, un contrato celebrado entre un tercero y uno sólo de los administradores mancomunados de la sociedad –sin la concurrencia del otro u otros, prevista en los Estatutos sociales- en principio no tendría fuerza legal para obligar a la Sociedad, ya que se habría otorgado por quien, por sí solo, no ostenta el poder de representación de la misma y ese dato debe de ser conocido por el tercero contratante, con base en la citada publicidad registral.

Sin embargo, esto no es siempre así. Pensemos en el caso de que los administradores mancomunados han aceptado el cargo, por lo que su nombramiento ha surtido efecto, pero no lo han inscrito en el Registro Mercantil o está todavía en trámite de inscripción cuando la sociedad contrata con el tercero. En estos casos y, en general en todo aquél en el que un administrador mancomunado actúe unilateralmente, es determinante, para la vinculación o no de la sociedad, el carácter con el que interviene el tercero, quedando obligada la sociedad si el tercero actúa de buena fe.

El propio Reglamento del Registro Mercantil, antes citado, establece en su art. 9 que los actos sujetos a inscripción –entre ellos, el nombramiento de los administradores mancomunados y las cláusulas estatutarias sobre su forma de

ejercer el poder de representación- solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil e incluso, cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

Se hace así especial hincapié en la protección del tercero, siempre que lo sea de buena fe, dejando sentado “a priori” el mismo artículo 9 que estamos examinando, en su punto cuarto, que “la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción”.

En el mismo sentido, la Ley de Sociedades Limitadas establece mecanismos de defensa de los terceros, aun por encima de lo regulado por la Sociedad en sus Estatutos y, por tanto, por encima también de lo publicitado en el Registro Mercantil. Establece así el citado art. 63 de la Ley 2/1995 que cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros y que la sociedad quedará obligada frente a estos terceros, si han actuado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

Así las cosas, como adelantábamos antes, lo fundamental es la buena fe del tercero contratante con el administrador mancomunado que actúa unilateralmente, para que los actos de este último obliguen a la Sociedad frente a dicho tercero. Pero ¿a quien corresponde la tan delicada y difícil prueba de la buena fe del tercero? De lo dispuesto en el art. 9.4 del Reglamento del Registro Mercantil parece que la presunción “iuris tantum” allí instaurada protege al tercero y hace recaer la carga de la prueba en la Sociedad que pretende no quedar obligada por los actos de su administrador mancomunado que actúa en solitario. Pero, sin embargo, el punto dos del mismo artículo impone la carga de la prueba sobre la falta de conocimiento del acto inscrito al propio tercero. De lo anterior, podemos extraer que cuando el nombramiento de administradores y su forma de atribución del poder de representación no consten inscritos en el Registro Mercantil, la carga de la prueba sobre la buena fe del tercero al contratar con uno solo de los administradores mancomunados recae en la Sociedad pero, si ya han sido inscritos dichos acuerdos en el Registro Mercantil y publicados en el BORME, será el tercero el que deba demostrar su buena fe para defender la validez de los actos del administrador mancomunado.

Esta última prueba, la del tercero, entraña más dificultad que la primera, puesto que se trata de probar un hecho negativo, “el no conocimiento” de los actos inscritos y publicados, lo que los tratadistas han venido denominando como “prueba diabólica”. Y en dicha dificultad estriba la única posibilidad de defensa de la Sociedad, siempre claro está que el nombramiento de los administradores mancomunados y su forma de actuar conjuntamente estén, repetimos, debidamente inscritos y publicados en el Registro Mercantil al tiempo de contratar con el tercero.

Por último, el citado art. 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada impone al tercero de buena fe, además, la actuación “sin culpa grave” para que la Sociedad quede obligada aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

En nuestra opinión, parece que esta obligación surge cuando el administrador mancomunado, además de actuar unilateralmente lo hace también al margen de los actos comprendidos en el objeto social; es decir, cuando el administrador mancomunado sobrepasa lo dos límites legales impuestos a su actuación, que más arriba hemos dejado expuestos, y todo ello con la intervención culposa del tercero. A esta conclusión nos lleva el hecho de que resulta un tanto contradictorio que la Ley de Sociedades Limitadas establezca claramente, en primer lugar, cual es el concreto poder de representación de los administradores mancomunados —la actuación conjunta de al menos dos de ellos— y, en segundo lugar, prescinda de dicha regulación para dotar de eficacia frente a terceros los actos realizados por los administradores mancomunados que contravengan dicho poder de representación, como aquellos en los que actúe uno solo de dichos administradores mancomunados.

Quizás otra interpretación del segundo párrafo del punto 1 del art. 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada apuntase a que la “limitación de las facultades representativas de los administradores” allí prevista se refiere al contenido de dicha representación, entendido como el “ámbito de la representación” a que se hace referencia en el epígrafe de dicho artículo. Dicho ámbito ya hemos visto que viene impuesto por “los actos comprendidos en el objeto social” mencionados en el párrafo primero de dicho art. 63.1 y no a la concreta forma de ejercer esas facultades representativas de los administradores, que ya habían sido preceptivamente establecidas por el anterior art. 62 de la misma Ley.

Por ejemplo, una cláusula estatutaria o acuerdo social por el que se limitaran los actos de los administradores mancomunados a una determinada cuantía o a unas determinadas actuaciones pero no a todas las comprendidas en el objeto social, aunque estuvieran debidamente inscritos en el Registro Mercantil, sería ineficaz frente a terceros, independientemente de que dichos actos los firmasen conjuntamente los administradores mancomunados en la forma prevista en los estatutos sociales o no.

Desde esta óptica, el contrato celebrado por uno sólo de los administradores mancomunados dentro del ámbito del poder de representación –actos comprendidos en el objeto social- no tendría validez para obligar a la sociedad frente al tercero, puesto que este tercero debiera conocer –o probar que no conocía-, por la información que suministra el Registro Mercantil, que el poder de representación de dicha sociedad se ejercerá por el mismo conjuntamente con otro de los administradores mancomunados, al menos.

De todos modos, lo cierto es que el legislador ha instaurado mecanismos de protección de los terceros de buena fe que los defiende frente a una extralimitación de las facultades de representación de los administradores, con las matizaciones que han quedado expuestas. A nuestro juicio, es totalmente acertada esta protección, además de por el hecho de que el nombramiento de los administradores surte efectos antes de la inscripción en el Registro Mercantil y esto impide el conocimiento de dicho nombramiento por el tercero a través de la publicidad registral, también por la rapidez que caracteriza al tráfico mercantil y la agilidad que el mismo necesita para funcionar correctamente, lo cual pudiera resultar incompatible con la consulta al Registro Mercantil de los datos sociales. Estas circunstancias, unidas a la exigencia legal impuesta a los Administradores frente a la Sociedad de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal y su incursión en responsabilidad en caso contrario, hacen que, en la mayoría de los casos, el contrato de la Sociedad con el tercero de buena fe alcance plena validez, sin perjuicio de que la Sociedad que vea lesionados sus intereses pueda exigir a sus administradores que respondan por los daños causados.

En conclusión, aunque la Ley de Sociedades Limitadas imponga y en el Registro Mercantil conste la necesidad de actuación conjunta de los administradores mancomunados de una Sociedad, si uno sólo de estos administradores contrata con un tercero, dicho contrato en principio será válido y la Sociedad

quedará obligada en los términos contenidos en el mismo, siempre que se pruebe o se presuma sin prueba en contra que dicho tercero actúa de buena fe y, adicionalmente en algunos casos, sin culpa grave.

## **2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL FACTOR MERCANTIL NOTORIO**

Ya hemos comprobado como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada determina la forma en que se atribuye el poder de representación de la sociedad a los administradores mancomunados y luego establece mecanismos de protección de los terceros respecto al ámbito de dicha representación social realizada por los citados administradores, de modo que tengan eficacia frente a terceros sus actos aunque contradigan lo inscrito en el Registro Mercantil, estableciendo nosotros la duda razonable de que dichos mecanismos de protección se refieran a actos de los administradores realizados con base en limitaciones establecidas por la Sociedad respecto al ámbito de la representación –delimitado por los actos comprendidos en el objeto social- y no respecto a la forma de ejercer dicha representación, conjuntamente en el caso de los administradores mancomunados.

Sin embargo, acudimos a la jurisprudencia y nos encontramos con que en la misma se establece la validez frente a terceros de los contratos celebrados por uno sólo de los administradores mancomunados, sin la concurrencia ni el conocimiento de los otros administradores, con base en lo dispuesto en el citado art. 63 de la Ley 2/1995, antes citado, y en la doctrina del factor notorio establecida por el Tribunal Supremo.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de enero de 2004, desestima el recurso planteado por una Sociedad en reclamación de resolución de un contrato de compraventa firmado por uno solo de los administradores mancomunados, si bien determina la responsabilidad del mismo al actuar negligentemente, vulnerando los Estatutos sociales. De los hechos contenidos en dicha Sentencia se deduce que el administrador firmó en representación de la Sociedad, haciendo constar que lo hacía como Administrador Solidario, aunque según los pactos societarios inscritos en el Registro Mercantil, era necesaria la intervención mancomunada de otros, aplicando dicho Tribunal la doctrina jurisprudencial sobre el factor notorio y concretamente la contenida en

la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1991, que señala la relevancia del comportamiento del factor mercantil frente a terceros cuando crean una apariencia jurídica en su actuación, de manera que “este quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado y la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues lo contrario quebrantaría el principio de seguridad jurídica”.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre el factor notorio ha quedado claramente expuesta en esta y otras Sentencias, entre las que destacamos también la de 18 de Noviembre de 1.996, en la que se establece que:

“A los factores mercantiles a los que, por no poder contar con poder general, les corresponde la condición de notorios que prevé el art. 286 del Código de Comercio, como colaboradores dependientes del empresario y en relación laboral de subordinación, generalmente estable, les asiste la presunción legal de que los contratos que efectúan se entienden hechos por cuenta de la sociedad o la entidad en la que están integrados ... siempre que los negocios concertados se refieran al propio giro o tráfico de la empresa a la que pertenecen. Supuesto distinto es aquel en que la actividad del factor se expresa en actos de otra naturaleza que precisen la justificación de haber obrado por orden de su comitente, los cuales requieren su aprobación o ratificación expresa posterior o tácita por hechos positivos.”

La Audiencia Provincial de Baleares, en su citada sentencia, acude a esta doctrina jurisprudencial para dar validez al contrato celebrado por uno sólo de los administradores mancomunados, con base en la presunción legal allí expuesta, pero en nuestra modesta opinión, atendiendo a que la relación entre una Sociedad y sus administradores tiene carácter mercantil, más que laboral y que el poder de representación de los administradores es absoluto, sin que en la esfera de actuación del mismo, necesiten aprobación o ratificación de la Sociedad, a través de la Junta de Socios, podría haberse llegado a otra conclusión.

Lo que parece determinante para la validez o no del contrato celebrado por uno solo de los Administradores mancomunados, sin la intervención e incluso sin el conocimiento del otro u otros, a la luz de la legislación antes expuesta, es la actuación de dicho tercero, de forma que el contrato será nulo si éste no ha obrado con buena fe y ha actuado con culpa grave. En este sentido, resulta especialmente clara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 7 de Diciembre de 2.004, que establece que “se exige para que no se de la vinculación de la sociedad con tercero que éste no haya obrado con buena fe y haya actuado con

culpa grave, lo cual tampoco acaece en el presente caso, pues no existe prueba alguna de estos extremos, lo único que consta es que la actora firma el contrato confiada en la apariencia de facultades representativas del administrador actuante, sin que quepa a ella exigirle un conocimiento pleno y exacto del alcance de la representación conjunta y necesidad de actuación mancomunada de los administradores societarios . . . Por tanto, no cabe en modo alguno considerar que la actora en la fecha de celebración del contrato fuese conocedora de la insuficiencia del poder de representación del administrador que con ella gestiona el contrato y lo firma, por lo que tal contrato debe ser considerado en principio como válido y eficaz y vinculante para la Sociedad.”

Dicha Sentencia apoya lo anterior en el citado art. 63 de la Ley de Limitadas y, de nuevo, en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el factor notorio, citando una Sentencia del mismo, de 2 de abril de 2.004, que sintetiza los principios en los que descansa la referida figura jurídica, a saber: 1º) Capacidad necesaria para obligarse, 2º) poderes de representación de su principal, por cuya cuenta y en su nombre haga el tráfico, 3º) Actuación dentro del ámbito marcado por los poderes conferidos, expresando en todos los documentos que suscriba que obra con poder y por cuenta de su mandante, 4º) vincular a su mandante con terceros contratantes cuando obra dentro de los límites de las facultades recibidas. Sigue diciendo la citada Sentencia del Tribunal Supremo que, por excepción y con el fin de proteger a terceros de buena fe, el factor obliga también al mandante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos incidan o recaigan sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento. Este supuesto excepcional es el que se aplica al supuesto del administrador mancomunado que actúa solidariamente, para dar validez a los contratos que celebra y obligar con ellos a la Sociedad, dado que dicho administrador transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado y la consecuencia que origina es la vinculación entre la sociedad y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica.

La inoponibilidad a terceros de la extralimitación de poderes por parte del administrador mancomunado también es clara en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 7 de febrero de 2.003, en la que el órgano judicial determina que tal abuso o actuación contraria a los Estatutos sociales carece de transcendencia frente a terceros. Y también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 de febrero de 2005, más reciente, en la que ante la firma de uno sólo de los dos administradores mancomunados en un pagaré

endosado, no teniéndose constancia del conocimiento por parte del tercero endosatario del régimen de representación de la entidad emisora del pagaré, en virtud del principio de seguridad del tráfico mercantil y el respeto a la buena fe de terceros, ha de entenderse válido, frente a este terceros de buena fe –ya que no queda acreditado lo contrario- el pagaré de autos. Sin perjuicio, en su caso, de la irregular actuación del administrador mancomunado que actuó sólo y de los efectos que de esa actuación pudieran derivarse respecto de la sociedad demandada.

Por último cabría plantearse que ocurre con el resto de administradores mancomunados que no actúan junto a aquél que lo hace unilateralmente y que, en la mayoría de los casos, ni siquiera ha sido informado ni ha tenido conocimiento de dicha actuación. En principio, parece clara su falta de responsabilidad, siendo el administrador actuante el único que actúa con falta de diligencia y, por ello, debe responder de los perjuicios causados con su actuación contraria a la Ley y a los Estatutos sociales. Así lo interpreta también la jurisprudencia, como consta en la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en la que se declara absuelto al administrador mancomunado que no intervino en el contrato de autos, al haber quedado acreditado que no participó en modo alguno en las operaciones llevadas a cabo por el otro administrador mancomunado.

### 3. CONCLUSIÓN

El nombramiento por una sociedad de varios administradores mancomunados, que deberán actuar conjuntamente, al menos dos de ellos, en la forma prevista en los estatutos sociales, no es óbice para que los actos otorgados por uno sólo de dichos administradores mancomunados con un tercero en nombre y representación de la sociedad obliguen a ésta, siempre que el citado tercero actúe de buena fe y sin culpa grave, lo cual supone una presunción “*iuris tantum*”, es decir, admite prueba en contrario tendente a demostrar que el tercero conocía el nombramiento de dichos administradores mancomunados, lo cual resulta complicado en la práctica.

Incluso si el administrador mancomunado que actúa al margen de los demás administradores en representación de la sociedad, lo hace con apariencia frente a terceros de ser administrador solidario o apoderado con facultades bastantes, también gozarían de validez sus actos frente a dichos terceros de buena fe, por aplicación de la doctrina del factor mercantil notorio desarrollada por el Tribunal Supremo.

Aún llega más lejos la protección del tercero de buena fe contratante con el administrador mancomunado de una sociedad limitada, de forma que aunque dicho administrador exceda en sus actos el ámbito del poder de representación conferido por la Sociedad y que viene delimitado por las actividades comprendidas en el objeto social, si dicho tercero actúa de buena fe y, además, sin culpa grave, también quedaría obligada la sociedad frente al mismo, sin poder oponer la falta de representación del administrador mancomunado que actúa en solitario.

En consecuencia, la única defensa posible de la sociedad frente al tercero es probar que conocía la existencia de un órgano de administración mancomunado, en cuyo caso destruiría la presunción de buena fe que asiste a dicho tercero. Pero la prueba no resulta fácil, más aún cuando ni siquiera la publicidad que suministra el Registro Mercantil basta por sí sola para conseguirlo, como ha quedado expuesto.

Así las cosas, a la Sociedad no le quedaría otro camino que asumir sus obligaciones contractuales con el tercero y, simultáneamente, exigir responsabilidades al administrador mancomunado por su actuación, contraria a los Estatutos sociales, responsabilidad que no sería extensible al resto de administradores mancomunados que demostrara su desconocimiento respecto a la actuación del primero.

**LIMITACIONES DEL DERECHO DE  
ASISTENCIA A LA JUNTA Y  
RESPONSABILIDAD DE LOS  
ADMINISTRADORES EN LA  
SOCIEDAD ANÓNIMA**



# LIMITACIONES DEL DERECHO DE ASISTENCIA A LA JUNTA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por  
VIRGINIA VEGA CLEMENTE

**SUMARIO: ABSTRACT-RESUMEN.-** 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO.- 2. LAS ACCIONES SIN VOTO. 2.1. CONCEPTO Y SIGNIFICADO. 2.2. CONTENIDO DE DERECHOS.- 3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 3.1. LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: GENERALIDADES. 3.1.1. *Caracterización.* 3.1.2. *Formas de administración.* 3.1.3. *Nombramiento de los administradores.* 3.1.4. *Funciones y retribución.* 3.2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. 3.2.1. *Conceptuación.* 3.2.2. *Constitución y funcionamiento.*- 4. PROBLEMÁTICA DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS. 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.- 5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 5.2.1. *Caracterización.* 5.2.2. Naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad. 5.2.3. Presupuestos de la acción de responsabilidad. 5.2.4. Ámbito objetivo de la responsabilidad. 5.2.5. Acción social de responsabilidad.- 6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN.- 7. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN.- 8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SA EN SITUACIÓN DE CONCURSO.- BIBLIOGRAFÍA.

## ABSTRACT

The right to help the general meetings and of participating with his vow in the formation of social will permits any shareholder intervening in administration of a partnership and controlling or supervising the administrator's performance, even though the practical effectiveness of this intervention will depend, not surprisingly, on the participation of the shareholder in the capital stock. In principle all shareholders have right to help the general meetings to exercise the duty that it confers them the quality of being a member, among them, the right to vote; but statutes can narrow the right of assistance to the meetings, intervening the requirement of possession of minimal number of stock or to prepare it to another necessities.

The right of assistance, generally it runs like a simple budget of right to vote, it shows up at times like an autonomous faculty disassociated of this.

The administrators determine with his performance the vicissitude of the society. Hence, the administrator's conduct, necessarily goes to have repercussions on the shareholders, on the own society and on the outsiders that they relate to each other with this one. The law, to prevent anomalous proceedings, establishes a regiment of responsibility.

## RESUMEN

El derecho de asistir a las Juntas Generales y de participar con su voto en la formación de la voluntad social permite a cualquier accionista intervenir en la gestión de la sociedad y controlar o fiscalizar la actuación de los administradores, si bien la efectividad práctica de esta intervención dependerá, como es lógico, de la participación del accionista en el capital social. En principio todos los accionistas tienen derecho a asistir a las juntas generales para ejercitar los derechos que les confiere la cualidad de socio, entre ellos, el derecho de voto; pero los estatutos pueden limitar el derecho de asistencia a las juntas, mediante la exigencia de la posesión de un número mínimo de acciones o condicionarlo a otros requisitos.

El derecho de asistencia, que por lo general opera como un simple presupuesto del derecho de voto, se presenta en ocasiones como una facultad autónoma desvinculada de este.

Los administradores determinan con su actuación el devenir de la sociedad.

Por ello, la conducta de los administradores, necesariamente va a repercutir en los accionistas, en la propia sociedad y en los terceros que se relacionen con ésta. La ley, para prevenir actuaciones anómalas, establece un régimen de responsabilidad.

## 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO

Entre los derechos políticos de un accionista en la sociedad anónima suelen nombrarse el de asistencia a la junta [art. 48.2.c), en los términos establecidos en el artículo 104 de la LSA], y el derecho al voto [art. 48.2.c)], siempre que no se trate de acciones sin voto (cfr. artículos 90 y 105 LSA). De esta forma, el derecho de concurrir a las Juntas Generales y de participar con su voto en la formación de la voluntad social permite a cualquier accionista intervenir en la gestión de la sociedad y controlar o fiscalizar la actuación de los administradores, si bien la efectividad práctica de esta intervención dependerá, como es lógico, de la participación que tenga el accionista en relación con el capital social de la compañía<sup>1</sup>. Dado que las juntas generales operan mediante acuerdos, y que el voto es la manifestación de la voluntad del socio dirigida a una toma de decisión, se considera que el derecho al voto es el derecho político por excelencia. Es así como la sociedad anónima, a pesar de su carácter impersonal y capitalista, no desplaza totalmente al accionista singular de la intervención en los negocios sociales.

En principio todos los accionistas tienen derecho a asistir a las juntas generales para ejercitar en ellas los derechos de voto correspondientes a sus acciones; pero los estatutos pueden limitar el derecho de asistencia a las juntas, exigiendo, con carácter general a todas las acciones “cualquiera que fuera su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general, sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social” (art. 105 LSA). En consecuencia si esa limitación no existe<sup>2</sup>, el accionista tenedor de

---

<sup>1</sup> “La ley incluye entre los derechos mínimos del socio el de asistir y votar en las Juntas generales sin hacer referencia a límite alguno [(art. 48.2.c)]. Sólo después, dentro de la regulación de la Junta general, se permite la posibilidad de limitar el *ejercicio* del derecho de asistencia y de voto, según lo dispuesto en el art. 105 cuyo núm. 3, al emplear el término “ejercicio”, permite deducir que el legislador es consciente de la diferencia entre el ejercicio de los derechos y su titularidad” LOJENDIO OSBORNE, I., en *Derecho Mercantil* (Coord. G.I Jiménez Sánchez), Ed. Ariel, 4ª ed., Barcelona, 2003, p. 274.

<sup>2</sup> Puede verse al respecto ESPINOSA ANTA, J.L., “Los derechos esenciales y la protección a la minoría en la sociedad anónima”, en *Revista Derecho Privado*, 1976, pp. 22 ss.; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

una sola acción tendrá derecho de asistencia con voz y con voto. La Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, ha añadido dos apartados al artículo 105 para permitir, de conformidad con lo que se dispone en los estatutos, la delegación o el ejercicio del voto por correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto<sup>3</sup>. El art. 105.5, por su parte, establece que los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes.

Hay que tener en cuenta que el derecho de voto es, por otro lado, un derecho en cierto modo intangible del que no puede ser privado ningún socio (salvo en los casos específicamente previstos en la Ley) y que ha de atribuirse de forma rigurosamente proporcional -lo hemos visto- al valor nominal de la acción. Esta proporcionalidad quiebra en cierta forma, sin embargo, en el supuesto contemplado por el artículo 105.2, que permite a los estatutos «fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo», de tal forma que este número máximo operaría como límite para los accionistas que poseyesen o adquiriesen una participación social superior<sup>4</sup>. Se trata de una medida que, en la intención del legislador, serviría para recordar la influencia de los grandes accionistas en el seno de las Juntas Generales y para facilitar así la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales en una sola mano. En la práctica, sin embargo, esta posibilidad ha sido profusamente utilizada por las sociedades cotizadas como medida de «blindaje societario» frente a adquisiciones no deseadas, al limitarse así los posibles cambios de control de carácter hostil o inamistoso (pues la adquisición de la mayoría del capital no garantizaría la mayoría de los derechos de voto). Todas las acciones que no sean “sin voto” tienen, pues, derecho de voto. El contenido del mismo viene dado por la regla de la proporcionalidad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Hay que tener en cuenta que la referencia a la delegación se añadió por enmienda transaccional en el Senado junto con la reforma del artículo 106.2 para permitir, de nuevo, conferir la representación por medios similares de comunicación a distancia.

<sup>4</sup> Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GILARTE, J., “La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista”, en *RDBB*, 42 (1991), pp. 271 ss.

<sup>5</sup> Esto se desprende del tenor del artículo 50.2 de la LSA que, cuando regula las acciones privilegiadas, no considera válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. Se formula de esta forma con claridad un principio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero aun siendo consustancial el derecho de voto con la condición de socio, la Ley prevé algunos supuestos en los que no podrá ser ejercitado<sup>6</sup>:

a) En el supuesto del artículo 44.1 de la LSA, cuando el socio incurre en mora por el impago de los dividendos pasivos. Se trata en este caso de una medida coactiva que tiende a procurar la máxima diligencia en el cumplimiento del deber de aportación<sup>7</sup>.

b) En el caso de adquisición de acciones propias por la sociedad (art. 79 LSA). En este supuesto se trata de impedir que los administradores puedan servirse del derecho de voto inherente a estas acciones para influir en la Juntas de accionistas.

c) También cuando se incumple la obligación de reducción establecida en el caso de participaciones recíprocas (art. 83.3).

d) Además de estos supuestos en la Ley de Sociedades Anónimas, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 40 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, que establece la suspensión de los derechos políticos de quien adquiera una participación significativa de una sociedad cotizada sin formular la preceptiva OPA.

e) A todo lo anterior hay que añadir la específica previsión en la Ley de la figura de las acciones sin voto, que se caracterizan precisamente por el hecho de sustituir el derecho de voto por un privilegio económico,<sup>8</sup> y que serán objeto de estudio más adelante.

f) Por último, debemos significar que la Ley también concreta que se encarga de precisar que tampoco atribuyen el derecho de voto «los bonos de disfrute entregados a los titulares de acciones amortizadas en virtud de reembolso» (art. 48.3); se trata de bonos que pueden entregarse a los titulares de acciones que resulten amortizadas en una operación de reducción del capital, que suelen dar derecho a una participación en los beneficios sociales, pero que no confieren el derecho de voto por no constituir una parte alícuota del capital social.

A diferencia de los derechos patrimoniales del accionista, el derecho de voto es un derecho personal que, por su peculiar naturaleza, no puede ser enajenado o

---

<sup>6</sup> Puede verse: SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades de valores*, Madrid, 1997, pp. 75 ss.

<sup>7</sup> En este caso, el precepto añade que el importe de sus acciones se deduzca del capital social a efectos de quórum.

<sup>8</sup> Sobre el particular puede verse la reflexión que hace PAZ ARES, C. en *¿Dividendos a cambio de votos?*, Madrid, 1996.

cedido con independencia de la acción<sup>9</sup> y que habrá de ser ejercitado necesariamente por el propio accionista, por sí o por medio de representante. Solo los accionistas pueden contribuir a la formación de la voluntad social, y únicamente por vía de excepción es admisible que los estatutos autoricen a votar en las Juntas Generales a personas no accionistas que sean titulares de derechos reales de usufructo o de prenda sobre las acciones (arts. 67 y ss. LSA).

Por lo demás, el derecho de asistencia, que por lo general opera como un simple presupuesto del derecho de voto, se presenta en ocasiones como una facultad autónoma desvinculada de este (y así lo acredita la específica mención del mismo en la enumeración de derechos esenciales del art. 48.2). De hecho, el derecho de asistencia se atribuye incluso -como veremos- a los titulares de acciones sin voto, y tampoco queda afectado en aquellas situaciones en que la propia Ley suspende el ejercicio del derecho de voto (v. gr., socios que se hallen en mora en el pago de los dividendos pasivos, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.1). Sin embargo, aunque la titularidad del derecho de asistencia se atribuya incondicionalmente a todos los socios, los estatutos pueden limitar su ejercicio mediante la exigencia de la posesión de un número mínimo de acciones (art. 105) o condicionarlo a la legitimación anticipada del accionista (art. 104).

## 2. LAS ACCIONES SIN VOTO

### 2.2. CONCEPTO Y SIGNIFICADO

La consagración del derecho de voto como derecho sustancial inherente a la cualidad de socio [art. 48.2. c)] convive en la vigente Ley con la posible emisión por parte de las sociedades anónimas de «acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado» (art. 90). La regulación de las acciones sin voto es una de las novedades más importantes de la vigente Ley de sociedades anónimas. Estas acciones se desarrollaron en el derecho anglosajón durante el siglo XIX y en la actualidad se siguen manteniendo en el Derecho inglés, y se han extendido, con mayor éxito en el americano y en otros ordenamientos continentales.

---

<sup>9</sup> Cfr. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 9 de diciembre de 1997.

Estas acciones suponen la ruptura con el dogma fundamental de la organización de poderes en el seno de la sociedad anónima tradicional de corte capitalista, regida democráticamente por la voluntad mayoritaria de los socios en régimen de igualdad de derechos<sup>10</sup>. Estas acciones, que esencialmente se caracterizan por la atribución de un mayor contenido de derechos económicos a cambio de la supresión del derecho de voto (y, eventualmente, del derecho de suscripción preferente, aunque únicamente cuando el emisor sea una sociedad cotizada), están especialmente pensadas para favorecer la capitalización de las grandes sociedades<sup>11</sup>, que pueden atraer así a los pequeños accionistas que se desinteresan por completo del ejercicio de los derechos políticos y que conciben su participación en la sociedad como una mera inversión, de la que simplemente espera la máxima rentabilidad económica. Al propio tiempo, las acciones sin voto pueden emplearse para consolidar situaciones de control sobre la sociedad, en el supuesto de que los derechos políticos se concentren en los accionistas directamente interesados en la gestión social (lo que hace que estas acciones ofrezcan interés, por ejemplo, para sociedades familiares que acceden a la Bolsa, y que garantizan así el mantenimiento del control en el grupo originario de accionistas). Este tipo de acciones no han tenido gran difusión en nuestro derecho.

La LSA permite a la sociedad emitir acciones sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado (art. 90). Si se supera esta proporción como consecuencia de una reducción del capital social, deberá restablecerse en el plazo de dos años o procederse a la disolución de la sociedad (art. 92.2, párrafo primero).

Las acciones sin voto son auténticas acciones, que atribuyen a sus titulares la condición de socios y que otorgan, exclusión del derecho de voto [y, en su caso, del derecho de suscripción preferente, aunque -como se vera- la exclusión estatutaria de este derecho solo es posible en relación a las sociedades cotizadas], todos los demás derechos inherentes a dicha condición (art. 92.1). Pero son, además, acciones privilegiadas, ya que la supresión del derecho de voto viene compensada con la atribución de un conjunto de beneficios de naturaleza económica en las acciones ordinarias<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> URÍA, R., “El derecho de voto del accionista”, en *RCDI* (1943), p. 65.

<sup>11</sup> PORFIRIO CARPIO, L., *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid, 1991; TAPIA HERMIDA, A., “Las acciones sin voto”, en *RDBB*, núm. 40 (1990), pp. 749 ss.

<sup>12</sup> Cf. OLIVENCIA, M., “Algunas consideraciones sobre el derecho a voto en las sociedades anónimas”, en *AAMN*, 17 (1972), pp. 286 ss.

Debe tenerse presente, en todo caso, que estas acciones apenas han encontrado difusión práctica en nuestro mercado, tal vez debido a la rigidez con que fueron reguladas en la Ley de 1989. Esto es lo que explica que el legislador se haya visto en la necesidad de modificar, a través de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores (enmendada en este extremo, a su vez, por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), la regulación que la Ley de Sociedades Anónimas dedica a estas acciones, con el propósito esencial de flexibilizar algunos aspectos de su régimen legal (aunque en relación, fundamentalmente, a las sociedades cotizadas, para tratar de favorecer la realización de emisiones de acciones sin voto en nuestro mercado de valores)<sup>13</sup>.

## 2.2. CONTENIDO DE DERECHOS

El carácter privilegiado de las acciones sin voto se manifiesta, en primer lugar, en el derecho a percibir un dividendo anual mínimo, que puede ser fijo o variable y que la sociedad ha de determinar en los estatutos sociales (art. 91.1). Mientras que en su regulación originaria la Ley exigía que dicho dividendo fuese superior al 5 por 100 del capital desembolsado por cada acción sin voto, la nueva regulación reconoce la libertad de la sociedad emisora para fijar en sus estatutos el contenido exacto de este dividendo mínimo.

Ahora bien, esa libertad atribuida a los estatutos para fijar el importe o la naturaleza de este dividendo mínimo no se extiende a determinadas condiciones relativas a su abono. De un lado, la percepción de este dividendo mínimo no agota los derechos económicos de los titulares de las acciones, que además «tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias» (art.91.1.I). Y, de otro lado, con la finalidad de tutelar a los titulares de estas acciones, la Ley obliga a la sociedad a acordar el reparto de dicho dividendo mínimo cuando existan beneficios distribuibles (art. 91.1.II).

En el supuesto de que la sociedad no pueda abonar el dividendo mínimo por no existir beneficios distribuibles o por no haberlos en cantidad suficiente, las consecuencias varían en función de que se trate de sociedades que coticen o no en el mercado de valores. Si se trata de sociedades no cotizadas, «la parte de dividendo

---

<sup>13</sup> Vid. PÉREZ MORIONES, “El voto en el derecho societario español”, *DGD*, 1996, pp. 8595 ss.

mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes»; además, y mientras no sea satisfecha la parte impagada del dividendo mínimo, las acciones sin voto conferirán este derecho en igualdad de condiciones que las acciones ordinarias, a la vez que conservan sus ventajas económicas (art.91.1.III). Este régimen se flexibiliza en relación a las sociedades cotizadas, que pueden derogar o enmendar estas dos reglas en sus estatutos sociales (art. 91.4); en este caso, pues, son los estatutos los que habrán de determinar si el dividendo mínimo es o no acumulativo en el tiempo, y si la falta de abono del mismo comporta o no la recuperación del derecho de voto por parte de los titulares de estas acciones.

Aparte del privilegio del dividendo mínimo, que es el más significativo, la Ley concede a las acciones sin voto otra serie de beneficios: a) la preferencia para el reembolso del valor desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones, en acaso de liquidación de la sociedad (art. 91.3); y b) la ventaja de no verse afectadas por las reducciones de capital ocasionadas por pérdidas, mientras la reducción no supere el valor nominal de las restantes acciones. En este caso, si como consecuencia de la reducción, el valor nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado (que es -recordemos- el límite cuantitativo fijado por el art. 90 para la emisión de estas acciones) y no se restableciera esa proporción en el plazo de dos años, procedería la disolución de la sociedad; además, cuando la reducción del capital por pérdidas implique la amortización de todas las acciones ordinarias y, por tanto, la eliminación de las acciones con derecho de voto, «las acciones sin voto tendrán tal derecho hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las acciones ordinarias» (art. 91.2).

Por otra parte, cuando la sociedad emisora cotiche en Bolsa, las acciones sin voto pueden ser emitidas sin derecho de suscripción preferente o, en su caso, con este derecho limitado (v. gr., ciñéndolo a las emisiones de acciones de la misma clase), siempre que la privación o limitación del derecho haya sido prevista en los estatutos sociales. Así resulta, en efecto, del artículo 91.4 (introducido con la reforma de 1998), que se remite a los estatutos «respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de acciones sin voto» de sociedades cotizadas.

El régimen legal de las acciones sin voto se cierra con la indicación de que no podrán acogerse a la designación de miembros del Consejo de Administración por el sistema -que veremos- de representación proporcional (art. 92.2), y con la exigencia de un acuerdo mayoritario de estas acciones, reunidas en Junta especial o por medio de votación separada en la propia Junta General, para las

modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos que les corresponden (art. 92.3); esta última previsión trata de evitar, lógicamente, que el régimen de derecho de estas acciones pueda ser modificado mediante un simple acuerdo adoptado en Junta General por los titulares de las acciones ordinarias, exigiendo a tal efecto otro acuerdo separado de los tenedores de las acciones afectadas.

### 3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

#### 3.1. LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: GENERALIDADES

##### 3.1.1. *Caracterización*

En la sociedad anónima, junto a un órgano que encarna la soberanía de los accionistas, existe un órgano ejecutivo o de administración, encargado de la gestión y representación social: los administradores (art. 123 y ss.). Los administradores no son simples mandatarios, sino que constituyen un órgano social con facultades y competencias exclusivas (a diferencia de lo que significaba el derogado art. 156 del CCO, que los concebía como meros mandatarios amovibles)<sup>14</sup>. Con todas estas premisas, podemos concluir que los administradores es el órgano de la sociedad anónima, con poder ejecutivo, encargado de la gestión y representación social (cfr. art. 131 LSA).

##### 3.1.2. *Formas de administración*

No establece la LSA una única forma de administración de la sociedad anónima, sino que permite, de cara a obtener la mayor operatividad posible, que este órgano social se articule de varias formas: 1) *Órgano unipersonal*: La gestión y

---

<sup>14</sup> Este carácter de órgano social frente a su antigua naturaleza de simples mandatarios, queda patente en los siguientes aspectos: a) Los administradores tienen un ámbito propio e inderogable de competencias (art. 129). Si fueran simples mandatarios, el mandante podría establecer condiciones o restringir facultades en cuanto a sus funciones; b) Dado el carácter de órgano tienen que actuar en interés de la sociedad y no de los accionistas; c) Están legitimados para impugnar acuerdos sociales (cfr. art. 117.1). Ello sería imposible si fuesen simples mandatarios, ya que en este caso estarían siempre subordinados a los apoderamientos concretos y órdenes establecidas por sus principales o mandantes; d) Al ser un órgano de confianza de la junta, pueden ser removidos de su cargo en cualquier momento y sin justificación ninguna.

representación se confía exclusivamente a una persona (art. 123). 2) *Órgano pluripersonal*: Cuando el órgano está compuesto por más de una persona. A su vez, y dependiendo de la forma de actuación de los integrantes de este órgano social, se distingue entre: a) funcionamiento solidario: cada miembro puede actuar indistintamente, y b) funcionamiento mancomunado: cada miembro no puede actuar indistintamente, sino que necesita del concurso del otro miembro para gestionar los intereses sociales o representar a la sociedad dentro o fuera de juicio (cfr. art. 125, *in fine*). 3) *Órgano colegiado*: Si los integrantes son más de dos personas y se les confía conjuntamente la administración, el órgano debe configurarse bajo la forma de Consejo de administración (art. 136). En este supuesto, ninguno de los miembros posee individualmente facultades de gestión o representación, ya que las mismas corresponden al órgano de forma colectiva, el cual toma las decisiones conjuntamente por votaciones, pudiendo existir, a su vez, un representante del Consejo que se denomina consejero delegado.

### 3.1.3. *Nombramiento de los administradores*

Se plantean dos problemas en cuanto a la designación de las personas que han de integrar el órgano de administración: De un lado, la designación concreta de la estructura que ha de tener el órgano de administración de la sociedad, y de otro, las personas que han de componer referido órgano. En cuanto a la designación concreta de la estructura que ha de tener el órgano de administración de la sociedad, hay que significar que este problema queda resuelto con la redacción de los estatutos, dado que el art. 9.h) de la LSA establece la necesidad de que los estatutos contengan la forma que ha de revestir referido órgano, y que no son otras que las enumeradas en el epígrafe anterior, así como el número de administradores -que en el caso del Consejo de administración no será inferior a tres- o, al menos, el número máximo y mínimo.

En lo atinente a la nominación o designación de las personas concretas que han de integrar dicho órgano, debemos admitir que esta cuestión plantea varios problemas. De una parte, las personas que pueden ser administradores: para ser administrador no es preciso tener la cualidad de accionista, a menos que los estatutos dispongan otra cosa (123.2). Por tanto, pueden incluirse en la nominación expertos o técnicos en administración de empresa, ya que la sociedad anónima es una sociedad «organicista de terceros». Los administradores pueden

ser personas físicas o jurídicas, si bien se establecen con carácter general ciertas incapacidades e incompatibilidades<sup>15</sup>, bajo el rótulo de prohibiciones<sup>16</sup>.

En el caso de que se produjeran las incompatibilidades o prohibiciones del artículo 124 deberán ser inmediatamente destituidos, a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme al artículo 133 de la LSA, por su conducta desleal (art. 132.1). Si se trata de administradores de sociedades competidoras o de personas con intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en el cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general (art. 132.2).

En cuanto a la forma concreta de designación de los administradores, hay que tener en cuenta que el nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general de accionistas, la cual podrá, además, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (art. 123.1).

El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el RM dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla (art. 125 LSA y 124 y 141 del RRM).

Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años, sin perjuicio de que con

---

<sup>15</sup> Cfr. arts. 222 del Código Civil; 5, 13 y 14 del Código de Comercio y 148 del Reglamento Mercantil.

<sup>16</sup> «No pueden ser administradores los concursados no rehabilitados, los menores e incapacidades, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de la sociedad los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate» (art. 124). También afecta la incompatibilidad a los administradores de otra sociedad competidora o a las personas que tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cuya valoración habrá de hacerse en junta general (art. 132.2). En este caso, la incompatibilidad se deja a criterio de la junta general, por lo que la simple petición de un accionista no será causa suficiente para la separación si no es aprobada por la junta. Además de estas prohibiciones existen otras incompatibilidades establecidas en otras leyes, como los arts. 98.3 y 159.4 de la CE sobre miembros del Gobierno y del Tribunal Constitucional, Ley de 26 diciembre de 1984, sobre incompatibilidades de los funcionarios. Los consejeros bancarios, por su parte, tienen limitaciones. También es de aplicación el art. 16 de Ley de 2 de agosto de 1985, sobre consejeros de Cajas de Ahorros, Estatuto de Gobernadores Civiles (R.D. 28 diciembre 1980), Delegados del Gobierno, normativa autonómica, etc.

anterioridad puedan ser separados por la junta general. Podrán ser reelegidos indefinidamente por períodos de igual duración (art. 126)<sup>17</sup>.

La destitución de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general (art. 131). En los supuestos especiales de prohibición o incompatibilidad se aplica lo establecido en el art. 132, tal como hemos explicitado más arriba.

#### 3.1.4. *Funciones y retribución*

La LSA no contiene una regulación específica de las funciones que competen a los administradores. No obstante, de una hermenéutica y estudio detallado de algunos artículos podemos concluir que las mismas alcanzan a representar a la sociedad dentro y fuera de juicio (arts. 128 y 129), dirigir la empresa social y gestionar los intereses sociales, marcar planes de explotación, nombramiento y contratación del personal, rendición de cuentas y presentación de balances a la junta (art. 141.2), así como las demás que les asignen los estatutos.

Los administradores podrán tener derecho a una retribución por el ejercicio de sus funciones. Esta retribución deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal<sup>18</sup> y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido (art. 130).

En cuanto a la responsabilidad nos remitimos a lo que más adelante se dice con carácter especial.

---

<sup>17</sup> Véase la Disposición Transitoria 4.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre reelección o cese de los administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior al de cinco años contado desde el nombramiento o desde la última reelección. En general puede verse: F. MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, en monografía de RDS, núm. 2, 1994, pp. 295 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. art. 214 de la Ley de Sociedades Anónimas.

## 3.2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

### 3.2.1. *Conceptuación*

La designación de un órgano colegiado para gestionar los intereses sociales y representar a la sociedad suele ser la forma más corriente de administración elegida por las sociedades anónimas de mediano o gran tamaño.

El Consejo de administración estará formado al menos por tres personas (art. 136), y la elección de esta forma social ha de preverse en los estatutos [art. 9.h)].

La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación, correspondiendo la misma a la junta general. La Ley posibilita la forma de nombramiento proporcional en el art. 137.2, para las acciones que voluntariamente se agrupen, y así puedan obtener un número de representantes en el Consejo de administración proporcional al número de acciones. Se pretende con ello permitir la representatividad de las minorías<sup>19</sup>.

Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas la personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta. Esta forma de nombramiento se denomina cooptación<sup>20</sup>, y se prevé en el art. 138.

El Consejo de administración de una sociedad anónima se regirá: a) Por los preceptos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 191-143); b) por los estatutos sociales que no pueden derogar normas imperativas de la Ley; c) por el Reglamento que al efecto elabore el propio Consejo (art. 141), y d) la propia junta puede dictar normas para su funcionamiento<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. art. 140 del RRM y el Real Decreto 821/91, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el art. 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 139 del Reglamento de Registro Mercantil.

<sup>21</sup> Puede verse sobre la normación del Consejo de Administración LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999, pp. 36 ss.; ORIOL LLEBOT, J., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996; SÁNCHEZ CALERO, F., *Régimen de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005.

### 3.2.2. Constitución y funcionamiento

Las reuniones del Consejo de Administración deberán ser convocadas por su presidente o por quien haga sus veces (art. 140.1). El Consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes (art. 139). Las normas específicas del Consejo pueden elevar dicho quórum.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 140.2).

Las discusiones y acuerdos del Consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario (art. 142 y véase el art. 106 del RRM)<sup>22</sup>.

La representación de la sociedad corresponde al Consejo de administración (cfr. art. 128), sin embargo, a efectos operativos, la LSA establece la posibilidad de hacer delegación de alguna o algunas de sus facultades<sup>23</sup>. Así el Consejo de administración puede nombrar Comisión ejecutiva o designar uno o varios consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos concretos que pueda conferir a cualquier persona (art. 141).

La Comisión ejecutiva tendrá las facultades que se le deleguen. En la práctica suelen delegarse todas las que puedan ser objeto de delegación, reservándose el Consejo los asuntos de mayor importancia o incidencia económica. Lo mismo ocurre con los consejeros delegados. En el supuesto de que sean varios los consejeros delegados, éstos actuarán de forma solidaria o mancomunada, esto es, requiriendo en este último caso el concurso de más de un consejero para la el ejercicio de sus funciones: representación de la sociedad, toma de acuerdos o ejecución de actos relativos al giro o tráfico de la empresa.

El Consejo de administración también podrá otorgar los apoderamientos concretos que crea oportunos, normalmente referidos al giro o tráfico de la empresa. En este caso los apoderados actúan como meros mandatarios del Consejo, tal como ocurre con la designación de los directores generales o gerentes.

---

<sup>22</sup> Para un análisis más pormenorizado del tema puede consultarse: SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995.

<sup>23</sup> Cfr. IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid 1971, pp. 124 ss.

En cualquier caso, no podrá ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que, en este último caso, fuera expresamente autorizado por ella (art. 141.1, párrafo 2º)<sup>24</sup>.

Los administradores están facultados para impugnar los acuerdos nulos o anulables<sup>25</sup> del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Asimismo podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. La impugnación se acomodará al juicio declarativo ordinario previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 149, 1. 3º)<sup>26</sup>.

## 4. PROBLEMÁTICA DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

### 4.1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades como entes jurídicos no físicos tienen que ejecutar sus decisiones por medio de personas físicas que son el instrumento para lograr la consecución del objeto y los fines de éstas<sup>27</sup>.

La constitución de una sociedad anónima plantea problemas importantes de índole jurídico-económica, lo que determina que el legislador deba adoptar medidas cautelares para proteger el tráfico jurídico, a los propios socios y a terceros.

El primer problema común a todo tipo de sociedades se conecta con el nacimiento de un ente jurídico con personalidad propia que va a actuar en el tráfico jurídico mercantil. Nace una nueva persona jurídica con incidencia en el mercado<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> *Videri* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *RDS*, I (1993), pp. 91-114.

<sup>25</sup> No especifica la Ley en este extremo cuáles han de entenderse por acuerdos nulos y anulables, por lo que habrá que estar a lo que éste texto legal establece para los actos de la junta en el art. 115.

<sup>26</sup> Véanse los arts. 115 a 122 de la LSA y 155 a 157 del RRM.

<sup>27</sup> Puede verse MEZA MURILLO, L., *Los actos de administración en las sociedades anónimas y su validez*, San José, 2003, p. 12.

El privilegio de la responsabilidad limitada es la segunda cuestión que ha de tener en cuenta el legislador, por cuanto determina el nacimiento de un riesgo para los terceros que contraten con la sociedad<sup>29</sup>. Esta cuestión se pone todavía más de relieve con la posibilidad limitada de los socios, es la nota tipológica que históricamente ha explicado la prevalencia de la sociedad anónima frente a los demás tipos sociales y que ha tenido una incidencia clave en su expansión<sup>30</sup>. Sin embargo, la incomunicación que se produce entre patrimonio social y patrimonio de los accionistas supone trasladar el riesgo empresarial a los acreedores sociales.

---

<sup>28</sup> Como es sabido, la idea de la persona jurídica estaba reservada tradicionalmente a las realidades sociales que perseguían un fin de interés público. Posteriormente, esta doctrina se aplica al contrato de sociedad. La unión de personas con aportación de bienes para un fin privado, o ánimo de lucro, es considerada persona jurídica, con lo que se cambia la fundamentación teórica de la persona jurídica. Se produce así el nacimiento de un patrimonio (el propio de la sociedad) distinto del de los socios, aislamiento patrimonial que alcanza su máxima expresión en la teoría y práctica de la sociedad anónima, donde los accionistas no responden de las deudas sociales, sino el patrimonio de la sociedad (Cfr. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 9ª ed., Madrid, 1997, pp. 602). Sobre el problema del nacimiento de la persona jurídica y su responsabilidad limitada puede verse: CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, pp. 64 y ss.; F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pp. 21 y ss.; J.L. DE LOS MOZOS, “La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español”, en *Derecho civil, método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 245 ss.

<sup>29</sup> Según MARÍN HITTA, L.M., en *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, cit., p. 62: “La limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades mercantiles hay que explicarla en relación a los conceptos que van unidos: el de personalidad jurídica y el de control o dirección efectiva”.

<sup>30</sup> Como puede leerse en R. URÍA/ A. MENÉNDEZ, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 770, “No se trata sólo de que la reducción del riesgo soportado por los socios incentive de forma decisiva la canalización del ahorro de los inversores hacia las actividades empresariales, facilitando así la obtención de capitales por parte de las sociedades. Es que, además, la responsabilidad limitada facilita la plena negociabilidad de las acciones, que pueden circular como bienes fungibles desvinculados de la capacidad patrimonial de sus sucesivos titulares, así como la concentración del poder de gestión de la sociedad en el órgano de administración, en la medida en que la falta de accesibilidad al patrimonio individual de los socios permite a éstos confiar su inversión a una gestión ajena”.

Esta “incomunicación” entre la sociedad anónima y los accionistas, esa relación de extrañeza entre el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan o administran, se manifiesta en que los intereses de la sociedad son ajenos a sus miembros y los intereses particulares de los accionistas son ajenos al ente personificado. Es el llamado “dogma del hermetismo de la persona jurídica”<sup>31</sup>, que, sin embargo, es la clave de su importancia en el ámbito empresarial.

Por tanto, una de las principales características de la Sociedad Anónima es la responsabilidad limitada de los socios. Los accionistas de la sociedad anónima no responderán personalmente de las deudas sociales. Así, el artículo 1º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, explicita: “*En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales*”.

A diferencia de otras formas de compañía mercantil -como son las sociedades colectivas-, en la sociedad anónima no se extiende a los accionistas la responsabilidad personal, universal y patrimonial a que se refiere el artículo 1.911 del Código Civil, cuando dice que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. En la sociedad anónima, de las deudas sociales responderá el propio patrimonio social, y sólo de forma subsidiaria, y en los supuestos establecidos en la ley, responderán los administradores.

La responsabilidad limitada de los accionistas implica un riesgo de inseguridad jurídica al que se podrían ver sometidos los terceros que se relacionasen con la sociedad anónima, o los propios socios que han invertido parte de su patrimonio en la sociedad, de no establecerse un mecanismo legal que posibilite hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los administradores. Se trata de poner un límite a las facultades discrecionales de los administradores en el ejercicio de sus funciones de gestión de la sociedad, y ese límite lo determina su comportamiento diligente<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 32 y 33.

<sup>32</sup> Como han señalado E. GALÁN CORONA y J.A. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 11, “la responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital es uno de los aspectos del Derecho de Sociedades que mayor protagonismo ha cobrado en los últimos tiempos... asistiendo en la actualidad a una eclosión de procedimientos judiciales en los que se busca requerir la oportuna indemnización a los administradores de la sociedad”.

## 4.2. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Como hemos puesto de relieve con anterioridad, la creación de una sociedad anónima –donde la responsabilidad de los accionistas se limita a la aportación que se hayan obligado a efectuar-, puede dar lugar a la utilización abusiva del derecho, esto es, a utilizar la persona jurídica creada para entablar relaciones económicas y jurídicas fraudulentas, amparándose en la responsabilidad limitada de los socios<sup>33</sup>, persiguiendo un fin contrario al interés social, y obteniendo así un enriquecimiento injusto las personas que de esta forma utilizan a la sociedad anónima.

Estaríamos entonces ante el supuesto de fraude de ley, esto es, la realización de una acción al amparo de una norma jurídica para conseguir otro efecto distinto del perseguido por dicha norma y no permitido por el ordenamiento jurídico. La doctrina científica, primero, y después la jurisprudencia que la ha seguido, ha reaccionado contra estas conductas. En estos supuestos podrá exigirse responsabilidad directa frente a terceros de aquellos que hayan actuado en el tráfico en nombre de la sociedad. Será el supuesto denominado por la doctrina de «desvelo o penetración de la personalidad jurídica»<sup>34</sup>

Según esta doctrina, se puede prescindir de la radical separación que existe entre la sociedad y los accionistas, derivando hacia éstos las deudas sociales, cuando la sociedad se está utilizando de manera abusiva, para perseguir un fin prohibido por la ley.

La teoría del levantamiento del velo procede de la jurisprudencia norteamericana, en concreto de la doctrina del *disregard of the legal entity* o *lifting the veil*, en virtud de la cual los jueces pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas que se amparan bajo su cobertura. El fundamento de su aplicación parte de los principios y procedimientos de la equidad, el fraude y la doctrina de la *agency*. La equidad constituye un régimen de carácter supletorio, de integración del *common law*, que supone la intervención de un Tribunal cuando exista un daño irreparable

---

<sup>33</sup> El abuso de la persona jurídica y el desarrollo en el mundo económico moderno, puede verse en la obra de BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 32 ss.

<sup>34</sup> ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores». *Derecho de Sociedades*, núm. 1, Ed. Aranzadi, Madrid, 1993, pp. 166-175.

aplicando los principios del derecho común<sup>35</sup>. Su integración jurídica, salvando las distancias, guarda cierta relación con la doctrina del enriquecimiento injusto contemplado en nuestro Derecho. En la teoría del fraude, de alcance diferente al que impera en Derecho español, comprendería institutos tales como el fraude, la simulación y el dolo. Finalmente, la doctrina de la *agency* tiene también su importancia en la formulación del *disregard*. El concepto de *agency* es más amplio que en su institución homóloga española, habida cuenta que abarca a todo acto de gestión, mandato o servicio, así como las que se derivan de relaciones con testafierros, permitiendo actuar contra la persona que permanece oculta en una relación negocial<sup>36</sup>.

En España esta doctrina del levantamiento del velo tiene su primer exponente en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800).<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo, en un principio, no sostuvo la doctrina del levantamiento de velo, sino lo que se denominó “doctrina de terceros”<sup>38</sup>, que tiene sus iniciales fundamentos en el designio de impedir todo

---

<sup>35</sup> Puede consultarse BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, cit., pp. 89 ss.

<sup>36</sup> Sobre antecedentes históricos, puede verse DOBSON, J.M., *El abuso de la personalidad jurídica (En el Derecho privado)*, 2ª ed., Buenos Aires, 1991, pp. 121 ss.

<sup>37</sup> “... la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3.) se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal... se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como fraude de ley”. En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de mayo de 1997: “... por derivación de la moderna doctrina del levantamiento del velo, en la que se trata de evitar que un reducido grupo de personas, por la creación de un entramado de personas jurídicas, puedan conseguir el eludir su responsabilidad personal, al hacer imposible desentrañar los pormenores de las personas intervinientes, o sencillamente hacer imposible cualquier reclamación por la mutabilidad de su personalidad, o la complejidad de intervinientes, ... haciendo derivar el fracaso de sus negocios a terceras personas que han tenido la desgracia de contratar con estas entidades” y Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991: “cabe aplicar... la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes Sentencias (SS. de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 29 de abril y 13 de mayo de 1988, entre otras), que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.”

<sup>38</sup> Sobre el particular puede consultarse DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del “Levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid 1995, pp. 90 ss.

fraude de ley por actuación de persona jurídica interpuesta adoptando la forma de sociedad. Esta concepción nada tenía que ver con la *Missachtung der Rechtsform des juristische Person*, del Derecho alemán, o la *desregard of the legal entity o lifting the veil*, del Derecho anglosajón, pero se equiparaba en los resultados. La teoría del “tercero” se basaba en conceder tal categoría a la sociedad y al socio, revelándose la identidad de intereses entre los socios y la sociedad, con lo que se intenta impedir toda actuación en fraude de ley<sup>39</sup>.

La doctrina del levantamiento del velo ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia en numerosos casos, habiendo dado lugar a una doctrina consolidada. Baste recordar algunos supuestos, como el levantamiento de velo en sociedad unipersonal, al no admitir la unipersonalidad tanto en sociedad privada (STS de 27 de noviembre de 1985, R.Az. 5904), como pública (STS de 31 de diciembre de 1993, R.Az. 9926); o en situaciones de sociedades no unipersonales (SS. TS. de 11 noviembre de 1995, R.Az. 8118, 21 julio de 1995, R.Az. 5729, etc.).

Mas hemos de tener en cuenta que el Tribunal Supremo, a lo largo de reiteradas sentencias, ha venido aplicando una serie de instituciones y principios jurídicos que sirven de fundamento para la aplicación de esta técnica. Estos principios, entre los que encontramos el conflicto en seguridad jurídica y justicia, la equidad, la buena fe, el fraude de ley y el abuso del derecho, se aplican en bloque sin especificar las consideraciones propias de cada caso, habida cuenta que no todos los principios e instituciones aplicados producen los mismos efectos, ni son aplicables a los mismos supuestos<sup>40</sup>. Por todo ello, y para evitar esta utilización fraudulenta del derecho de sociedades, se hace necesaria, como ya hemos apuntado, la regulación legal del instituto de la responsabilidad, que se hará efectiva en los patrimonios personales de los administradores de la sociedad anónima<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Se viene considerando como precedente de la teoría del levantamiento del velo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1952, R.Az. 473, siendo ponente don Juan de Hinojosa Ferrer. En esta sentencia se declara subsistente un contrato de arrendamiento de local entre los primitivos arrendadores y el arrendatario, después de que los arrendadores constituyeran una sociedad colectiva, cambiando la personalidad de la arrendadora.

<sup>40</sup> Puede verse C. BOLDÓ RODA, *op. cit.*, p. 493.

<sup>41</sup> Hay que tener en cuenta que, aunque la doctrina del levantamiento del velo es un instituto apto para evitar abusos, sin embargo, desde el punto de vista de su concepción doctrinal puede plantear algunos problemas. De ahí que la doctrina se halle dividida entre los que mantienen la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica y los que son partidarios de mantener la doctrina del levantamiento del velo, aunque sea como medida excepcional. Sobre este particular puede verse la síntesis elaborada por C. BOLDÓ RODA, en *op. cit.*, pp. 290-312.

## 5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

### 5.1. INTRODUCCIÓN

Los administradores son el órgano de gestión y representación de la sociedad. Es a través de este órgano -que puede ser unipersonal o pluripersonal- como la sociedad anónima se relaciona con terceros y realiza su gestión y actividad cotidiana; son los administradores quienes, a través de sus funciones, actuando en nombre, por cuenta y en interés de la sociedad, realizan las actividades tendentes a la consecución del objeto social. Su función más importante es la de ejecutar los acuerdos adoptados en la Junta General.

La sociedad anónima, es una sociedad de *organicismo de terceros*, esto es, una sociedad donde sus componentes, los socios, se desentienden de la gestión social y la encomiendan a unos órganos establecidos legal y estatutariamente: los administradores.

Este poder de gestión y administración sobre la sociedad es el que va a determinar, en parte, el devenir de la sociedad. Por ello, la conducta activa u omisiva de los administradores, necesariamente va a repercutir en los accionistas, en la propia sociedad y en los terceros que se relacionen con ésta, de ahí que la ley prevea aquellos supuestos en que puede surgir la responsabilidad de los administradores sociales<sup>42</sup>. Por tanto, los administradores, que disfrutan de amplias competencias y facultades, quedan sometidos al propio tiempo a un peculiar régimen de responsabilidad, dirigido esencialmente al resarcimiento de los daños patrimoniales que su actuación incorrecta o negligente pueda ocasionar a la sociedad o, en su caso, a determinados socios o terceros<sup>43</sup>.

De esta forma, el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que *«los administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los*

---

<sup>42</sup> Sobre el particular puede verse: J.M. GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3º ed. Madrid, 1996; J.M. NEILA NEILA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal y administrativa)*. *Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ RUÍZ DE LA VILLA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 1995.

<sup>43</sup> R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 912.

*acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deban desempeñar el cargo.»* Los artículos 134 y 135 del mismo texto legal regulan, respectivamente, la acción social y la acción individual de responsabilidad; y, por último, el artículo 262.5 establece el régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones en los supuestos en que concurra causa de disolución.

Este régimen legal de acciones para exigir responsabilidad a los administradores cumple dos funciones: una función preventiva, dado que influye en la conducta de los administradores «induciéndoles a cumplir los deberes que asumen al aceptar el cargo»<sup>44</sup>; y otra función indemnizatoria, dado que su finalidad es que se indemnicen los daños causados por los administradores.

## 5.2. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

### 5.2.1. *Caracterización*

La acción social y la acción individual de responsabilidad, previstas como distintos tipos de acciones en la Ley de Sociedades Anónimas, en sus artículos 134 y 135, respectivamente, tienen en común dos aspectos: 1º) Su carácter orgánico, puesto que la responsabilidad de los administradores surge como consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia que les es exigible, en el ejercicio de las actividades que tienen atribuidas legal y estatutariamente, en cuanto órganos de la sociedad; 2º) Los presupuestos necesarios para que se derive la responsabilidad: daño, culpa y relación de causalidad entre el daño y la actividad culposa de los administradores<sup>45</sup>. Para que pueda prosperar la acción de responsabilidad frente a los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones será necesario que resulte probado por el accionante no sólo el daño y la culpa, sino también la relación de causalidad entre el daño causado y la negligencia imputable a los administradores.

El principal elemento diferenciador reside en el fin perseguido con cada una de las acciones; así, mientras que la acción individual pretende la reintegración

---

<sup>44</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., «El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia», *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1996.

<sup>45</sup> ALCALÁ DÍAZ, M.A., *op. cit.*, *loc. cit.*

del patrimonio individual de la persona que sufre el daño, en la acción social se busca la reintegración del patrimonio social lesionado. Por tanto, un primer factor diferencial entre las dos acciones es el patrimonio en el que se ha producido el daño<sup>46</sup> como consecuencia del comportamiento negligente del administrador: en la acción social, el patrimonio dañado es el de la propia sociedad, y en la acción individual lo será el patrimonio de los socios o de terceros.

### 5.2.2. *Naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad*

El administrador es un órgano de la sociedad anónima; un órgano al que se atribuyen, legal y estatutariamente una serie de competencias. Del incumplimiento de estas competencias que tiene atribuidas en cuanto órgano social, o de su cumplimiento negligente es de donde puede derivarse su responsabilidad. Por ello, la doctrina califica dicha responsabilidad, así como la acción a través de cuyo ejercicio se puede hacer efectiva, como de naturaleza *orgánica*.

Esta naturaleza orgánica o societaria de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima no impide que se dirija la acción no contra el órgano en sí, sino contra los miembros del mismo, esto es, contra las personas nombradas administradores, ya que son estas personas las que han asumido las obligaciones que les atribuyen la ley y los estatutos.

También cabe atribuir carácter de responsabilidad *extracontractual* a la responsabilidad de los administradores cuando es un tercero el que ejercita la acción. Por ello será de aplicación todo lo establecido en el artículo 1.902 sobre la responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana, siendo el plazo para el ejercicio de la acción de un año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.968.2 del Código Civil. Este es el criterio que ha seguido el tribunal Supremo (v. gr. Sentencia de 21 de mayo del 1992, R.Az. 1992, 4274)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Esto es, la principal diferencia radica en uno de los “presupuestos” necesarios para el ejercicio de cualquiera de las acciones: el daño, o concretamente, el patrimonio donde se ha producido el daño.

<sup>47</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de diciembre de 1996 se expone: «no cabe duda, de que no existiendo vínculo contractual alguno entre la actora y los ahora apelantes, a la acción de responsabilidad ejercitada le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2º del mismo texto, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio ...» La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 1997 refleja lo siguiente: «... se ejercita también una acción individual que legitima tanto a los socios como a los terceros para reclamar por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, y en razón de ello al no existir vínculo contractual entre las partes sino el genérico contenido en el principio *naeminem laedere* que alcanza también a las personas

### 5.2.3. *Presupuestos de la acción de responsabilidad*

1º) *Infracción de un deber de diligencia: Conducta negligente.* La responsabilidad de los administradores nace, en primer lugar, en relación con los daños causados “por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos” (art. 133.1 primer inciso). Pero, además, la responsabilidad de los mismos surge de los actos que sean “realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo” (art. 133.1, segundo inciso)<sup>48</sup>. Por su parte, el artículo 127.1 establece que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal”. Estos dos preceptos mencionados anteriormente se conectan, por tanto, para determinar la exigencia de responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en la actualidad el artículo 133 de dicho texto legal no exige un grado determinado de culpa para incurrir en responsabilidad. La doctrina seguida es la de exigir responsabilidad cuando los administradores hayan realizado su conducta infractora por dolo o negligencia. Los administradores podrán quedar exonerados de responsabilidad si demuestran que no actuaron con negligencia, por ejemplo, demostrando que concurrió fuerza mayor que impidió el debido cumplimiento.<sup>49</sup>

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de diciembre de 1995, al referirse a la diligencia que le es exigible al administrador en el ejercicio de sus funciones dice que *«debe estar más allá de la de un buen padre*

---

*físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos (no mandatarios) del ente social, le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil y por ello el plazo de prescripción es el del año del artículo 1968.2 del mismo código, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio, sin que sea de aplicación el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio, que según dice la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (21 mayo 1992) es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación.»*

<sup>48</sup> Para un estudio más concreto de esta responsabilidad puede verse NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal y administrativo)*, Doctrina, jurisprudencia, formularios, Madrid, 1995, pp. 123 ss.

<sup>49</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4274), donde se declara la responsabilidad de los administradores se refleja: *«los administradores no han desempeñado su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y no han amparado los derechos de terceros acreedores»*, porque *«se limitaron a cerrar la fábrica o taller, sin aviso a los acreedores, distrayendo el patrimonio de su finalidad legal, o sea la realización del activo social para el pago a los acreedores»*.

de familia al tener ésta un carácter conservativo del patrimonio familiar exigiendo sólo prudencia en el actuar pero no en la información, decisión y riesgo...».

2º) *Existencia de un daño*. Sin daño no puede ejercitarse la acción de responsabilidad, ya que ésta siempre tiene como finalidad la restitución de un patrimonio, que será el social, en el caso de la acción social, y el de un particular (un socio o un tercero), en el supuesto de la acción individual.

La existencia del daño debe ser probada por quien ejercita la acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil<sup>50</sup>.

3º) *Relación de causalidad entre la conducta culpable o negligente y el daño*. De las diversas teorías sobre la causa, la de la causalidad adecuada es la más acogida. De no demostrarse la existencia de este nexo causal entre la inobservancia de la diligencia debida por los administradores, y el daño efectivamente causado, los administradores quedarán exonerados de toda responsabilidad.

#### 5.2.4. *Ámbito objetivo de la responsabilidad*

Siempre que se den los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción de responsabilidad, y que se demuestre por el accionante la conducta negligente, el daño y la relación de causalidad entre una y otro, surgirá entre los administradores demandados (y de forma solidaria) la obligación de indemnizar. Esta indemnización irá dirigida a reintegrar, bien el patrimonio social (si se ha ejercitado la acción social), bien el patrimonio individual de accionistas o terceros (si se ejercitó la acción individual)<sup>51</sup>.

La indemnización comprenderá tanto el *damnus emergens* como el *lucrum cessans*, esto es la disminución patrimonial, y el beneficio dejado de obtener en el patrimonio social o individual<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de julio de 1995: «Las infracciones legales en las que haya podido incurrir el administrador codemandado no se acredita que motive en la entidad actora el daño económico alegado por incumplimiento contractual, y tal relación de causalidad ha de ser constatada por quien demanda el cumplimiento de la obligación y resarcimiento, sin que la posible conducta negligente del administrador, aún si fuere constatada, sea suficiente para legitimar la reclamación del daño, como predica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ...»

<sup>51</sup> Cfr. HUERTA VIESCA, M.I./RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

<sup>52</sup> La importancia de la indemnización por los administradores tiene más relevancia en los supuestos de empresas insolventes. Para un estudio más detallado de la cuestión, consúltese MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Barcelona, 2004, en especial, pp. 45 ss.

Algunos autores señalan que, además, es admisible imponer a los administradores infractores otra sanción civil: la obligación de restituir los beneficios obtenidos por ellos al infringir el referido deber, para lo que señalan que será de aplicación analógica lo dispuesto en los artículos 1.683 del Código Civil y 136 del Código de Comercio, respecto al socio industrial, o apuntan a la doctrina del enriquecimiento injusto, o por último, al artículo 1.720 del Código Civil, que dispone que el mandatario deberá abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato «*aun cuando lo recibido no se debiera al mandante*»<sup>53</sup>. Sin embargo, estimamos que no es acertada esta última opinión dado que el administrador no es un simple mandatario “*sino que constituye un órgano social con facultades y competencias exclusivas (a diferencia de lo que significaba el derogado art. 156 del CCO, que los concebía como meros mandatarios amovibles)*.”<sup>54</sup>

### 5.2.5. *Acción social de responsabilidad*

Regula esta acción la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 134.

Están legitimados para ejercitar esta acción: la sociedad, los accionistas y los terceros, y, en todos los supuestos la finalidad es la misma: obtener una indemnización por los daños causados a la sociedad, e ingresar la cantidad obtenida en el patrimonio social.

#### A) *Ejercicio de la acción por la sociedad*

Hay que significar que la propia sociedad es la primera legitimada para el ejercicio de esta acción<sup>55</sup>. Será la Junta General la que decidirá, de conformidad con el principio mayoritario, sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Así, dispone el artículo 134.1: «*La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo.*»<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>54</sup> VEGA VEGA, J.A.: «*La Sociedad Anónima: Teoría y Praxis*». Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 90-91.

<sup>55</sup> Puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Régimen de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005, pp. 45 ss. donde se centra la atención en lo relativo a las sociedades anónimas, cuya disciplina básica resulta básica para todas las sociedades de capitales.

## B) Ejercicio de la acción por los accionistas

Puede suceder que los administradores actúen de conformidad con la opinión mayoritaria de los socios de la Junta General; si ello es así, es harto improbable el ejercicio de la acción social por la propia sociedad, esto es, por voluntad mayoritaria de los socios con cuya connivencia actuaron los administradores. Para evitar la posible indefensión -que pudiera producirse en estos supuestos- del resto de los socios, y por ende, de las minorías, se legitima también para el ejercicio de esta acción a los socios en los siguientes casos:

1º. Cuando los administradores no convoquen la Junta General, solicitada por socios que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social, siempre que dicha Junta haya sido solicitada para deliberar y decidir sobre el ejercicio de la acción social.

2º. Cuando, a pesar de que la Junta General haya decidido ejercitar la acción de responsabilidad, ha transcurrido un mes sin que se haya ejercitado.

3º. Cuando el acuerdo adoptado en la Junta General sea contrario al ejercicio de la acción social.

En todos estos casos es requisito indispensable que el accionista o los accionistas que ejerciten la acción sean titulares de, al menos, el 5 por 100 del capital social<sup>57</sup>.

Por consiguiente, la legitimación de los socios es subsidiaria respecto a la legitimación de la propia sociedad; esto es, sólo estarán legitimados para ejercitar la acción social de responsabilidad en los supuestos en que la propia sociedad no ejercite esta acción.

También se concede a los socios minoritarios el poder de obligar a la sociedad a ejercitar la acción de responsabilidad. Así establece el artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que «*En cualquier momento la Junta General podrá transigir*

---

<sup>56</sup> El artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas establece el principio mayoritario, entendiéndolo como mayoría de capital. Todos los socios, incluso «*los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General*». El artículo 102 establece los requisitos que debe reunir la Junta para quedar validamente constituida.

<sup>57</sup> Establece el artículo 100.2 de la LSA que «*deberán -(los administradores), asimismo, convocarla cuando lo soliciten socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta. En este caso, la junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla.*».

*o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados».* En este supuesto, el legislador «deroga el principio mayoritario»<sup>58</sup>. Así, el acuerdo de la Junta está sometido a una condición: la ausencia de oposición del cinco por ciento del capital social.

En los supuestos de ejercicio del derecho de veto contemplado en el artículo 134.2, la sociedad está obligada a ejercitar la acción social de responsabilidad, cuyo incumplimiento habilita a los socios minoritarios para actuar subsidiariamente.

Para el ejercicio de la acción social por los socios deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que no haya habido transacción o renuncia por parte de la sociedad, puesto que, en este caso, lo que surgiría sería la posibilidad de vetar tal resolución y obligar a la sociedad a ejercitar la acción; y, en caso de incumplimiento de esta obligación, subsidiariamente, podrían ejercitarla los socios minoritarios.

b) Que la Junta General resuelva negativamente sobre el ejercicio de la acción, o que, aun resolviendo positivamente, no se ejercite de hecho, o, por último que no se convoque la Junta; no es necesario que se haya convocado o celebrado la Junta, basta la conducta pasiva u omisiva de los administradores de no convocar la Junta General solicitada al efecto, para que los socios puedan acudir directamente al juez ejercitando esta acción.

### C) *Ejercicio de la acción por los acreedores*

Si decíamos que los socios estaban legitimados subsidiariamente para el ejercicio de la acción social, en cuanto pueden ejercitarla sólo cuando la sociedad no la haya ejercitado, la legitimación de los acreedores deberíamos calificarla de subsidiaria en segundo grado, dado que sólo podrán ejercitar la acción social los acreedores de la sociedad cuando ni ésta ni sus socios la hayan ejercitado<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> JUSTE MENCÍA, J.: «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», en *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1995.

<sup>59</sup> Sin embargo, esta acción presenta un gran inconveniente: el acreedor que la ejercite cargará con todos los costes, mientras que la indemnización, sin embargo, repercutirá en el total de los acreedores, ya que la indemnización se incorpora al patrimonio social. Por ello suele ser una solución más ventajosa para los acreedores solicitar la declaración de concurso.

Son requisitos para el ejercicio de la acción social por los acreedores:

1º. Que la acción social no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas.

2º. Que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los acreedores<sup>60</sup>.

### 5.2.6. *Acción individual de responsabilidad*

Establece el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas que «*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.*»

Esta acción puede ejercitarse por los accionistas o por terceros, y es denominada por la doctrina como *contractual* cuando es ejercitada por los propios accionistas, y como *extracontractual* cuando es ejercitada por terceros.

### 5.2.7. *Ejercicio de la acción por los accionistas.*

Presupuesto para el ejercicio de esta acción es el incumplimiento, por parte de los administradores, de una obligación impuesta por la propia Ley de Sociedades Anónimas o los Estatutos, que proteja los intereses de los socios.

Otro presupuesto para su ejercicio es que la conducta infractora de los administradores haya lesionado directamente los intereses de los accionistas.

### 5.2.8. *Ejercicio de la acción por terceros.*

En este caso el presupuesto para el ejercicio de la acción será la infracción de una obligación impuesta a los administradores por la propia Ley de Sociedades Anónimas o los Estatutos, en interés de terceros, y que el daño producido como consecuencia de dicha infracción se produzca en el patrimonio de terceros<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Puede verse MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Madrid, 2004, que estudia las reformas en la SLNE y la Ley Concursal.

<sup>61</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 1997: «*Por lo que atañe a la acción de responsabilidad deducida bajo lo preceptuado en los artículos 133 y 135, cuya finalidad no es la reintegración patrimonial de la sociedad, que no es la lesionada, sino el resarcimiento de los daños directos que el tercero, en este caso, pueda sufrir como consecuencia del incumplimiento culposo en*

### 5.2.9. Causas de exoneración

A pesar de que la responsabilidad de los administradores es solidaria, en el supuesto de que concurran todos los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad a que nos venimos refiriendo (conducta negligente, daño y relación de causalidad), quedarán exonerados de toda responsabilidad los administradores que *«prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél»*, tal y como establece el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>62</sup>.

Sin embargo, no les exonerará de responsabilidad el hecho de que *«el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General»*.<sup>63</sup>

## 6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN

La vigente LSA en su artículo 262.5 dispone que *«responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde*

---

*el ejercicio del deber de diligencia que la ley impone a los administradores, para que resulte viable es menester que el demandante demuestre: a) la realidad del daño y su exacta cuantía; b) la concurrencia de conductas maliciosas de abuso de facultades o gravemente negligentes, y c) la existencia de una culpa manifiesta -sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, 26 de febrero de 1993, 26 de julio de 1994, y 24 de septiembre de 1996, entre otras muchas-.*»

<sup>62</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./ HUERTA BISECA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

<sup>63</sup> *«Y no concurre esa base fáctica en razón a que los contratos celebrados a nombre de la sociedad, no comprendidos en el objeto social, fueron ratificados por la Junta de socios el 26 de mayo de 1993. Ello aparte de que la sociedad, por actos concluyentes ... ha asumido como propios referidos contratos, ratificándolos tácitamente. Habiendo dicho reiteradamente la Jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 1987 y 11 de octubre de 1990 entre otras) con base en los artículos 1.269 y 1.727 del Código Civil, que el negocio concluido a nombre del representado, con extralimitación de poderes, puede ser ratificado; ratificación que purifica el negocio y lo hace válido desde su origen.»* Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 26 de julio de 1.995.

*la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución».*<sup>64</sup>

Esta ampliación del ámbito de responsabilidad es una novedad plausible del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>65</sup>. Con esta acción se intenta dar solución a la situación de las sociedades anónimas disueltas de hecho pero que aún perviven en el tráfico jurídico, generando con su existencia una notable inseguridad y peligro tanto para los socios como para los acreedores que con ella se relacionan<sup>66</sup>; se pretende que estas sociedades en que concurren las causas de disolución previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 260.1, sean disueltas inmediatamente, si no pudiera removerse la causa que provoca dicha situación<sup>67</sup>.

No es un presupuesto indispensable, para el ejercicio de esta acción, la existencia de daño. Es una sanción por el incumplimiento de una obligación social. No se trata de reparar el daño efectivamente producido, sino también de ofrecer a los acreedores una garantía de satisfacción de las obligaciones sociales<sup>68</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre 1996, le otorga una naturaleza distinta de la acción del artículo 133 y siguientes: *“Así, en primer lugar, mientras que el artículo 134.5 supone el nacimiento de una acción derivada de un incumplimiento de un deber de diligencia, de una causación de un daño y de una causalidad, entre una y otra, la del artículo 262.5 no es tanto el nacimiento de una acción*

---

<sup>64</sup> Señala la Audiencia provincial de Burgos (SAP 24 julio 1995), que *«constituye una novedad en el ordenamiento jurídico mercantil español, que introduce un supuesto de responsabilidad de los administradores de la sociedad de capital (...) cuyo origen remoto está en el artículo 17 de la Segunda Directiva de la Unión Europea»*.

<sup>65</sup> Puede verse BERCOVITZ, A., “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital* (Coord. E. Galán Corona/J.A. García-Cruces), cit., pp. 18-19.

<sup>66</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial», en *Revista General del Derecho*, núm. 636, Madrid, 1997, pp. 10379-10403.

<sup>67</sup> Sobre el alcance y finalidad de esta normativa puede verse GARCÍA-CRUCES, J.A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: Consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, cit., pp. 48-53.

<sup>68</sup> Sobre el particular puede verse RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./HUERTA BISECA, M., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital por no disolución y no adaptación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 23 ss.

*como la extensión de los efectos de una acción preexistente a los administradores. ...lo que se establece es una sanción a los administradores por no convocar la junta de disolución en dos meses o que, ante el rechazo de ésta, no instan la disolución judicial, en los supuestos de los núm. 3, 4,5 y 7, consistiendo dicha sanción en que deben responder, en general, y solidariamente con la sociedad, de las obligaciones sociales que ésta tenía”<sup>69</sup>.*

La responsabilidad derivada de lo dispuesto en el artículo 262.5 es objetiva, se produce por incurrir en negligencia, y sólo podrán exonerarse los administradores probando que han actuado con la diligencia debida.

En cuanto al ámbito objetivo, la responsabilidad de los administradores se extenderá a todas las obligaciones sociales, tanto las que nacieron antes como las que nacieron después de que concurriese la causa de disolución.

## **7. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN**

La exigencia de responsabilidad de los administradores por falta de adaptación de los estatutos sociales a la nueva legislación se encuentra en la Ley 19/1989, Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de Derecho de Sociedades. La Disposición Transitoria 3ª de esta Ley establecía la necesidad de que los estatutos se adaptasen a lo dispuesto en la nueva Ley, para lo cual imponía dos medidas conminatorias. De una parte una sanción pecuniaria, previa la incoación de un expediente por el Ministerio de Justicia, y la segunda, la imposición a los administradores de responsabilidad personal y solidaria, entre sí y con la sociedad, por las deudas sociales. Este

---

<sup>69</sup> ESTEBAN VELASCO, G., «*Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*», en *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi. Madrid, 1993. «*Es responsabilidad por obligaciones sociales como sanción específica ante incumplimiento específico y no por daño. Con ello se configura un supuesto especial de responsabilidad-sanción en garantía de deuda ajena, que se traduce en la posibilidad de exigir coactivamente sobre los bienes del infractor el cumplimiento de determinadas prestaciones económicas, pero no existe responsabilidad indemnizatoria ordinaria en la medida que la cuantía de esas pretensiones no se hace depender en sentido propio del daño causado ni de los criterios propios de la responsabilidad con función reparadora del perjuicio.*» Se trata, por tanto, de una responsabilidad-sanción por incumplimiento de un deber, lo que supone la ampliación de garantías para terceros del cumplimiento de las obligaciones sociales que incumben a los administradores. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de febrero de 1993, la califica como «*sanción por el incumplimiento de una obligación legal*».

precepto se recoge en la Disposición Transitoria 3ª del R.D. Legislativo de 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas que literalmente establece: “*Transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adaptado o inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales*”. Los plazos a que se refieren los apartados anteriores son el 30 de junio de 1992.

La responsabilidad de los administradores en estos supuestos nace por el hecho de haber llegado el 30 de junio de 1992 sin haber adoptado e inscrito las medidas previstas en los apartados 1 y 2 de la misma D.T. Esto es, sin haber procedido a la adaptación de los estatutos al Texto Refundido de la LSA de 1989 o, en caso de capital inferior a 10.000.000 de pesetas, sin haberlo elevado hasta esa cifra o transformado la sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada<sup>70</sup>.

La responsabilidad en este caso afectará a todas las deudas, tanto las que se refieran a periodos anteriores, como a etapas posteriores, a la fecha de 30 de junio de 1992. La extinción de la responsabilidad prescribirá a los cuatro años contados desde su cese (art. 949 CCO)<sup>71</sup>.

Hay que tener en cuenta que, en el supuesto de que no se adapte la sociedad en lo atinente al capital social antes del 31 de diciembre de 1995, la misma quedará disuelta a tenor de la Disposición Transitoria 6ª.2. No obstante tal cancelación subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de los administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad<sup>72</sup>.

Entre los problemas que suscita este precepto, encontramos el relativo al cese de tal responsabilidad por los administradores, ya que la haberse cerrado la actividad registral de la sociedad, supone que deba acudirse a una publicidad extrarregistral para poder computar dicho plazo a efectos de prescripción<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., “La responsabilidad de los administradores por la falta de adaptación de los estatutos a la nueva legislación”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, cit., pp. 32-33.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./HUERTA BISECA, M., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital por no disolución y no adaptación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 23 ss.

<sup>72</sup> Puede verse al respecto: LÁZARO SÁNCHEZ, E., “Disolución de pleno derecho y cancelación registral de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas incursas en el supuesto de hecho de la Disposición Transitoria 6.ª LSA, en *RDS*, 7 (1996), pp. 98 ss.

## 8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SA EN SITUACIÓN DE CONCURSO

En supuesto de crisis económica de una sociedad anónima la declaración de concurso provoca, sin perjuicio de los efectos generales referidos en la Ley Concursal<sup>74</sup>, una serie de efectos sobre su organización y sobre su actividad.

Es palmario que la declaración de concurso no modifica la estructura orgánica de la compañía. Únicamente la apertura de la fase de liquidación provoca la disolución de la sociedad y el cese de sus administradores o liquidadores, aunque el funcionamiento de éstos queda, necesariamente alterado con mayor o menor intensidad.

Para el supuesto que la sociedad concursada tuviera sus facultades patrimoniales suspendidas, la administración concursal sustituye a los órganos sociales en los actos de administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones integrados en el concurso; en caso de intervención de aquellas facultades es precisa la autorización de la administración concursal de estos actos que habrán sido decididos o acordados por los órganos de la persona jurídica.

También los administradores concursales, de conformidad con las reglas que rigen el concurso y para una óptima aplicación, tienen derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada (cfr. art. 48.1 de la Ley Concursal, en adelante LC).

Del mismo modo la legitimación para el ejercicio de acciones de la sociedad anónima responsabilidad contra sus administradores, auditores o liquidadores<sup>75</sup> se amplía también para los administradores concursales, y ello sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios; además, el conocimiento de los procesos iniciados en base a tales acciones corresponde al juez del concurso (art. 48.2 LC).

---

<sup>73</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., *op. ult. cit.*, p. 39.

<sup>74</sup> Puede verse GÓMEZ MARTÍN, *Ley concursal e insolvencia punibles*, Madrid, 2004; GURREA CHALE, *La administración concursal*, Madrid, 2004; MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Madrid, 2004; SANJUÁN MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración concursal*, Dijusa, Madrid, 2004.

<sup>75</sup> Que, como sabemos, suele corresponder a la sociedad previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, en su defecto, a los socios y, en defecto de ambos, a los acreedores (cfr., por ejemplo los arts. 134 y 211 LSA y 69 y 84 LSRL).

En cualquier caso, algunas acciones sociales habrán de ser ejercitadas por la administración concursal durante la tramitación del concurso. Así:

a) La reclamación del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas (dividendos pasivos), corresponde exclusivamente a la administración concursal, que la planteará en el momento y por la cuantía que estime conveniente cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos (art. 48.4 LC).

b) También compete en exclusiva a la administración concursal la reclamación de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC).

c) Asimismo compete a la administración concursal el ejercicio de las acciones contra los que sean responsables subsidiarios de las deudas de la persona jurídica concursada anteriores a la declaración de concurso. Hay que advertir que si la administración concursal no ejercitara esta acción en el plazo de dos meses desde que hubiera sido instada a ello por escrito los acreedores, quedan éstos legitimados para ejercitar la acción, lo que no podrían hacer hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio concursal (arts. 48.5, párrafo. 1º y 54.4 LC).

Hemos de traer a colación la posibilidad de decretar embargos por el Juez, ya que el juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar, por la cuantía que estime suficiente, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada y de los de quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que el concurso sea calificado como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito (art. 48.3 LCn).

En los mismos términos podrá el juez ordenar el embargo de los bienes y derechos de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.5, párrafo 2º LC).

**CONTEXTO, COMPETENCIAS Y  
CONTENIDO DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS  
DE ENFERMERÍA EN LOS ESTUDIOS  
DE GRADO DE ENFERMERÍA**



# CONTEXTO, COMPETENCIAS Y CONTENIDO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ENFERMERÍA EN LOS ESTUDIOS DE GRADO DE ENFERMERÍA

Por

FRANCISCO JAVIER ROMERO DE JULIÁN \*

FRANCISCO TIRADO ALTAMIRANO \*

ADELA SÁNCHEZ DE BUSTOS \*\*

FERNANDO GALEA JIMÉNEZ \*

LUIS MARIANO HERNÁNDEZ NEILA \*

*\* Profesores del Departamento de Enfermería de la UEX*

*\*\* Enfermera. Supervisora de Quirófanos Hospital del SES de Plasencia*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.- 2. MATERIAL Y METODOLOGÍA.- 3. DISCUSIÓN.- 4. CONCLUSIONES.- 5. BIBLIOGRAFÍA.-

## RESUMEN

Se estudia el contexto, tanto profesional, personal del alumno y curricular de la materia de Administración de Los Servicios de Enfermería, perteneciente a la titulación de Enfermería, en el ámbito del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), así como las competencias específicas de la materia mediante la revisión documental de diversos estudios relacionados con el tema.

Se describen los principales criterios para la implantación y desarrollo del EEES, las competencias específicas y genéricas o transversales de Administración de los Servicios de Enfermería así como los objetivos y contenidos generales representados en mapa conceptual. Se proporciona además una extensa bibliografía relacionada con el tema.

Para concluir, se destaca el papel aglutinante en la materia para el desarrollo de habilidades que posibiliten las competencias, la importancia de la convergencia de todas las titulaciones en el EEES y el cambio estructural, metodológico y de actitud que conlleva.

## SUMMARY

In this work the context, so much professional, is studied personal of the student and curricular of the matter of Administration of The Services of Infirmary, belonging to the title of Infirmary, in the environment of the European Space of Superior Education (EEES), as well as the specific competitions of the matter by means of the documental revision of diverse studies related with the topic.

The main approaches are described for the installation and development of the EEES, the specific and generic or traverse competitions of Administration of the Services of Infirmary as well as the objectives and general contents represented in conceptual map. It is also provided an extensive bibliography related with the topic.

To conclude, he/she stands out the agglutinative paper in the matter for the development of abilities that you/they facilitate the competitions, the importance of the convergence of all careers university student in the EEES and the structural, methodological change and of attitude that bears.

## 1. INTRODUCCIÓN

La ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ENFERMERÍA dentro de los estudios de grado de Enfermería, está de acorde a las nuevas necesidades formativas, debido a los cambios sociales, profesionales y legislativos ocurridos los últimos años, que han incidido de forma directa en las competencias y perfiles profesionales. Cambios que se pueden achacar a factores económicos, sociales, culturales, políticos, demográficos, sanitarios y tecnológicos, pero lo importante es que todos ellos están estrechamente relacionados y que en consecuencia los cambios que se producen en un sector repercuten de forma directa o indirecta en el resto.

Ello lleva a elaborar una propuesta que permita converger estos estudios de Enfermería a los parámetros que marca el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) que definen las declaraciones de Sorbona (1998), Bolonia (1999), las reuniones de Salamanca (2001) y Barcelona (2002) y los comunicados de Praga (2001) y Berlín (2003).

Así mismo, son importantes, el movimiento mundial referente al concepto de “desarrollo sostenible”, la diversidad cultural en la que estamos inmersos, así como el desarrollo de la cultura por la paz, entendida como “conjunto de valores, actitudes y comportamientos que reflejan el respeto a la vida, al ser humano y a su dignidad y que pone en primer plano los derechos humanos, el rechazo a la violencia en todas sus formas y la adhesión a los principios de libertad, justicia, solidaridad y tolerancia, así como la comprensión entre los pueblos, los colectivos y las personas”.

Además pretendemos integrar una metodología docente acorde con los tiempos, que permita el mayor desarrollo formativo y personal de los alumnos para obtener una integración personal y profesional en el espacio de convivencia que estamos formando desde diferentes ámbitos. Todo esto, fundamentado en unos valores que han de tener las enfermeras para contribuir de forma autónoma dentro del equipo de salud a garantizar la calidad de los cuidados de acuerdo a las necesidades y derechos de los ciudadanos.

## 2. MATERIAL Y METODOLOGÍA

El presente estudio, es la reflexión profunda y revisión documental de las publicaciones relacionadas con la materia de Administración de los Servicios de

Enfermería y convergencia en el EEES. Las conclusiones que de aquí se derivaron integran parte del Proyecto Docente de la materia de Administración de los Servicios de Enfermería en la Escuela de Enfermería del Centro Universitario de Plasencia.

Abordamos el presente estudio bajo la tutela metodológica y orientativa del Vicerrectorado de Docencia e integración Europea a través de la Oficina de Convergencia Europea en la III Convocatoria. Previo a la realización del trabajo se realizó una actividad formativa organizada por el SOFD de la UEX, sobre diversos temas relacionados con la materia.



### 3. DISCUSIÓN

El Espacio Europeo de Educación Superior, se plantea como un sistema común que facilite la comparación de titulaciones en la Unión Europea, facilitando la libre circulación de profesionales sobre las bases de transparencia, calidad y reconocimiento.

Para las diferentes titulaciones se establecen en primer lugar perfiles profesionales. Todos los organismos y documentos consultados, coinciden en señalar que el título de enfermera, da cabida a un **perfil de Enfermera responsable de Cuidados Generales**.

Referente al perfil que debe tener este profesional, el CIE considera que la enfermera de cuidados generales, está capacitada para:

1. Trabajar en el ámbito general del ejercicio de la enfermería, incluyendo la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, y los cuidados integrales a las personas enfermas o incapacitadas, de todas las edades y en todas las situaciones, instituciones de salud y socio sanitarias y otros contextos comunitarios;
2. Realizar educación sanitaria;
3. Participar plenamente como miembro integrante del equipo de salud;
4. Supervisar y formar a los propios profesionales y al personal auxiliar y sanitario;
- y
5. Iniciar, desarrollar y participar en programas y proyectos de investigación.

Cada perfil debe adquirir una serie de competencias genéricas, que son las comunes a todos los estudiantes universitarios independientemente de los estudios que cursen. Además deben adquirir una serie de competencias específicas de cada titulación, de tal manera que a lo largo de los estudios de grado en mayor o menor medida se aborden todas ellas. Cada materia que integra la titulación desarrollará objetivos para desarrollar las competencias específicas de cada materia. En la Tabla n° 1 señalamos las competencias específicas de la materia de Administración de los Servicios de Enfermería y su relación con el n° de competencia específica de la titulación (CET).

Tabla I	
<b>COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DE ADMINISTRACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ENFERMERÍA</b>	<b>CET</b>
1. Conocimiento relevante de y capacidad para aplicar política nacional e internacional.	23
2. Capacidad para representar adecuadamente la perspectiva del paciente y actuar para evitar abusos.	28
3. Capacidad para darse cuenta que el bienestar del paciente se alcanza a través de la combinación de recursos y acciones de los miembros del equipo socio-sanitario de cuidados.	34
4. Capacidad para dirigir y coordinar un equipo, delegando cuidados adecuadamente.	35
5. Capacidad para trabajar y comunicarse en colaboración y de forma efectiva con todo el personal de apoyo para priorizar y gestionar el tiempo eficientemente mientras se alcanzan los estándares de calidad.	36

6. Capacidad para valorar el riesgo y promocionar activamente el bienestar y seguridad de toda la gente del entorno de trabajo (incluida/os ella/os misma/os).	37
7. Utiliza críticamente las herramientas de evaluación y auditoria del cuidado según los estándares de calidad relevantes.	38
8. Dentro del contexto clínico, capacidad para educar, facilitar, supervisar y apoyar a los estudiantes de cuidados de salud y trabajadores socio-sanitarios.	39
9. Es consciente de los principios de financiación de cuidados socio-sanitarios y usa los recursos eficientemente.	40
10. Conocimiento relevante de y capacidad para aplicar principios de investigación e información	25
11. Capacidad para ajustar su papel con el objeto de responder efectivamente a las necesidades de la población o los pacientes. Cuando sea necesario y apropiado, ser capaz de desafiar los sistemas vigentes para cubrir las necesidades de la población y los pacientes.	5
12. Capacidad para aceptar la responsabilidad de su propio aprendizaje y desarrollo profesional, utilizando la evaluación como el medio para reflejar y mejorar su actuación y aumentar la calidad de los servicios prestados.	6
13. Capacidad para responder a las necesidades del paciente planificando, prestando servicios y evaluando los programas individualizados más apropiados de atención junto al paciente, sus cuidadores y familias y otros trabajadores sanitarios o sociales.	9
14. Capacidad para cuestionar, evaluar, interpretar y sintetizar críticamente un abanico de información y fuentes de datos que faciliten la elección del paciente.	10
15. Conocimiento relevante de y capacidad para aplicar resolución de problemas y toma de decisiones.	24
16. Capacidad para reconocer los diversos roles, responsabilidades y funciones de una enfermera	4
17. Capacidad de hacer valer los juicios clínicos para asegurar que se alcanzan los estándares de calidad que la práctica está basada en la evidencia.	11
18. Capacidad para informar, educar y supervisar a pacientes y cuidadores y sus familias (utilizando las habilidades...).	17
19. Conocimiento relevante de y capacidad para aplicar tecnología e informática a los cuidados de enfermería	22
20. Capacidad para permitir que los pacientes y sus cuidadores expresen sus preocupaciones e intereses, y que puedan responder adecuadamente. Por ej, emocional, social, psicológica, espiritual o físicamente.	27
Francisco Javier Romero de Julián. Enfermería Plasencia	

Las competencias transversales o genéricas hacen referencia a la formación de cualquier universitario en sentido genérico. Por tanto, todas ellas deben ser adquiridas por los universitarios independientemente de los estudios que cursen.

Seleccionamos a continuación las **10 competencias genéricas más importantes** con su porcentaje de importancia según estudio del Grupo Tuning y recogido en el Libro Blanco de la Enfermería de la Convocatoria de ayudas para el diseño de planes y títulos de grado: ANECA. Junio 2.004

HABILIDAD	% Mucha importancia
2. Capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica	86
17. Trabajo en equipo	83
30. Motivación	82
28. Compromiso ético	79
15. Resolución de problemas	77
5. Conocimientos básicos de la profesión	76
10. Capacidad de aprender	76
29. Preocupación por la calidad	74
20. Capacidad para trabajar en un equipo interdisciplinar	73
16. Toma de decisiones	72

Estudiada la importancia de las competencias transversales consideradas más importantes, por diferentes categorías independientemente de la importancia que le asignaban a cada competencia para su labor profesional, y encontramos los siguientes resultados, que nosotros tomaremos como referencia en el presente plan de la asignatura:

Competencia
Capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica
Conocimientos básicos de la profesión
Motivación
Capacidad de análisis y síntesis
Compromiso ético

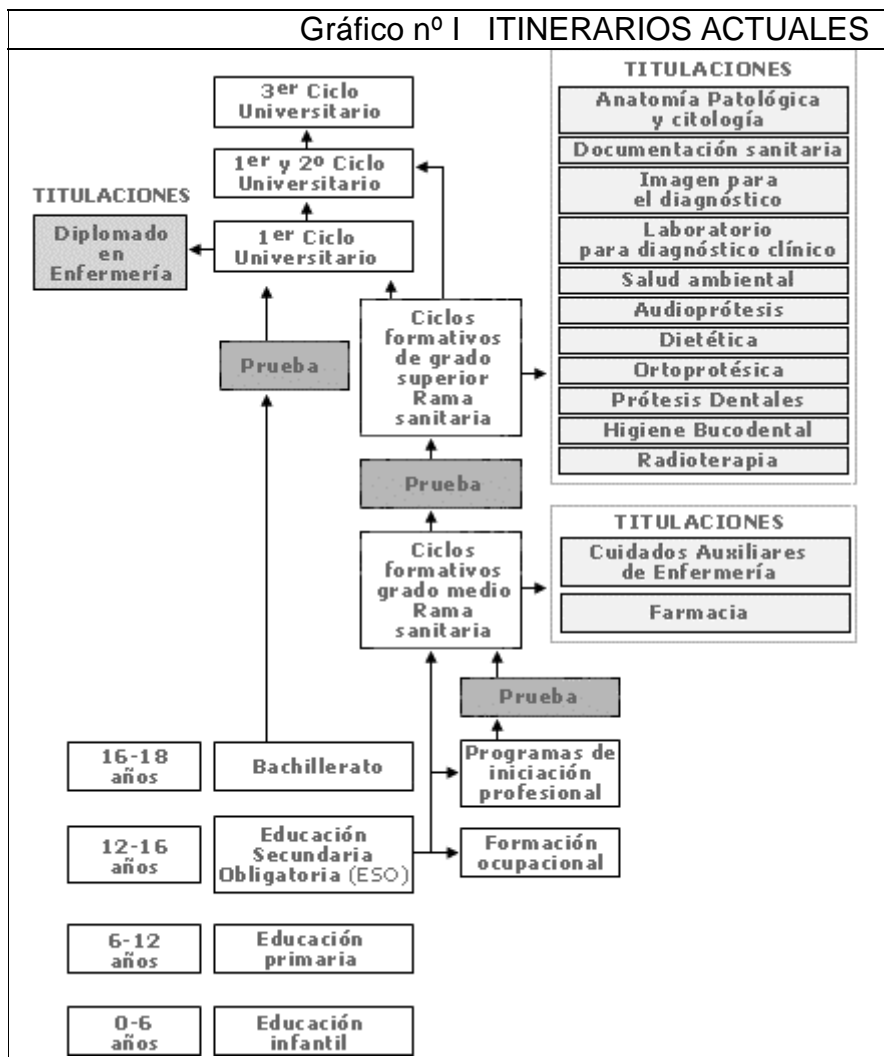
Para terminar este apartado debemos concluir que los alumnos matriculados en esta asignatura, deberán tener al finalizar el estudio de la misma la capacidad, conocimientos, motivación capacidad de análisis y síntesis y el compromiso ético relacionado con las competencias específicas de la titulación de enfermería que afectan a esta materia y que hemos relacionado con anterioridad.

## PERFIL DEL ALUMNO

El perfil del alumno que inicia los estudios de enfermería, lo hace en un alto porcentaje por las propias características profesionales de la enfermería, entre las que podría entenderse que la actitud de servicio público en la materia sanitaria, su idiosincrasia, la rapidez de acceso al mercado laboral en contraposición con otros estudios sanitarios o de ciencias de la salud, y los tradicionales aspectos vocacionales, que aunque en menor medida que antaño, siguen permanentes en sectores de la población que aspira a realizar estos estudios de enfermería.

Además, aspectos como el carácter humanista de la profesión, la posibilidad que ofrece de profundizar en las relaciones humanas, la comunicación y la proyección social, son sin duda razones que inducen a la elección de estos estudios, por un segmento muy elevado de jóvenes que acceden a la vida universitaria, entre los cuales la mujer sigue teniendo especial preponderancia.

Gráfico nº I ITINERARIOS ACTUALES



## ESTUDIOS DE GRADO

La Licenciatura es uno de los temas de mayor proyección futura para la profesión enfermera. Al respecto existe la normativa, proyectos y reglamentos vigentes, orientados hacia la convergencia o integración de los estudios de grado de enfermería del Sistema Universitario Español en el Espacio Europeo de Educación Superior, una de cuyas consecuencias es el estudio que estamos desarrollando.

## SALIDAS PROFESIONALES:

Docencia e investigación, centros hospitalarios o de atención primaria, ONG, servicios de prevención de riesgos laborales, mutuas laborales, entidades y clubes deportivos, geriátricos, salud mental, farmacias, laboratorios, ..

## *OTRAS CONSIDERACIONES DE INTERÉS*

En el momento actual los estudios de Enfermería poseen una elevada demanda por parte de la sociedad que no se ve satisfecha, en general, por la universidad.

Esta demanda de la sociedad se ve refrendada por la necesidad de alcanzar el número de profesionales adecuado para garantizar una asistencia de calidad tanto de la población en general como de los cuidados a realizar a los pacientes de acuerdo con las recomendaciones de la OMS.

Por lo tanto, sigue siendo necesaria la formación de enfermeras de calidad y en cantidad suficiente para que puedan realizar unos cuidados adecuados. Los principales aspectos de la situación laboral de Enfermería en los últimos años es la siguiente:

- La tendencia a la disminución del número de demandas de empleo de enfermería en estos últimos años (15400 en diciembre de 2002 frente a las 18000 en 1999), teniendo en cuenta que las 2/3 de las demandas no proceden de parados.
- El elevado porcentaje que han encontrado empleo después de su graduación, que contrasta con el 40% que mantienen su primer empleo significativo, y el elevado número de contratos interinos y eventuales, lo que genera una inserción laboral precoz pero precaria e inestable.
- La inserción laboral de nuestros egresados en el extranjero con una fuerte demanda de países del entorno como Italia, Francia, Portugal y Reino Unido. Desde el año 2001 debido al programa/ convenio existente entre el Ministerio de Sanidad español y el National Health Service (NHS) del Reino Unido, se incorporaron 999 egresados a dicho país, de ellos 299 eran de Andalucía (según datos aportados por la propia embajada).

TABLA N° IV OBJETIVOS

**RELACIONADOS CON COMPETENCIAS ACADÉMICAS Y DISCIPLINARES**

Descripción

1. El alumno deberá comprender y analizar los aspectos relacionados con la teoría y práctica de los principios administrativos
2. El alumno sabrá aplicar los conocimientos a la práctica, planificar, organizar, tomar decisiones y evaluar, todo lo referente a los cuidados y la calidad de los servicios de enfermería
3. Utilizará destrezas, herramientas o tecnologías relacionadas con el desarrollo de competencias asociadas a la práctica enfermera y la toma de decisiones clínicas
4. Aprender autónomamente e investigar sobre aquellos temas relacionados con el desarrollo de las competencias fundamentales de la materia, principalmente las que afectan al liderazgo, la gestión y el trabajo en equipo
5. Pensar con iniciativa y creatividad para el desarrollo de las competencias interpersonales y de comunicación
6. El alumno aprenderá a comunicarse, relacionarse asertivamente, liderar y trabajar en equipo para el desarrollo de las competencias fundamentales de la materia y de los servicios de enfermería

**RELACIONADOS CON OTRAS COMPETENCIAS PERSONALES Y PROFESIONALES**

**VINCULACIÓN**

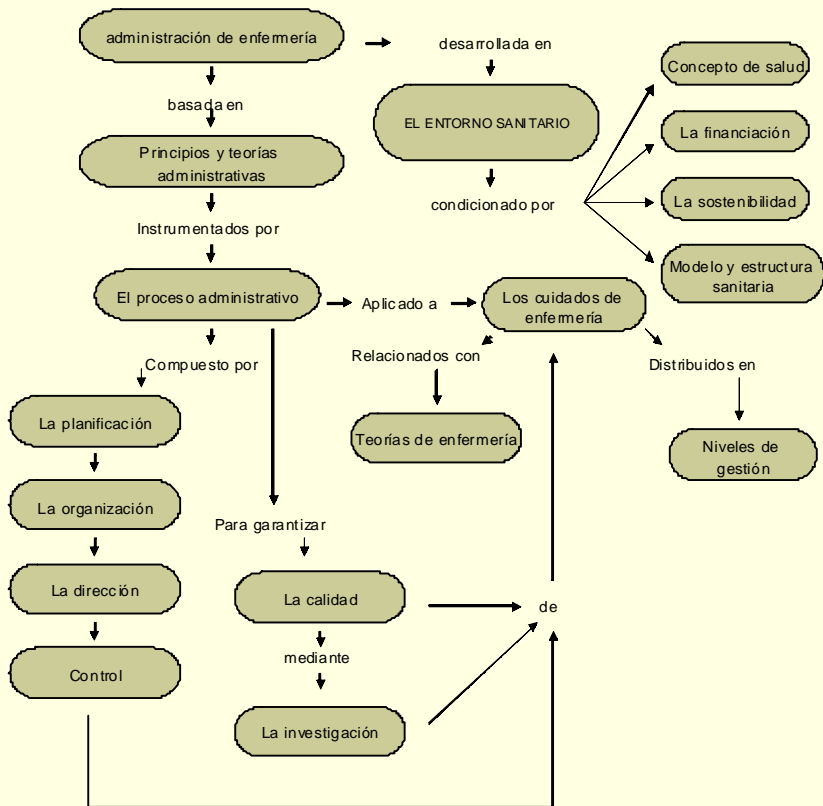
Descripción

**CET**

- |  |       |
|--|-------|
| 1. Durante el curso en el que se imparte la materia, <b>se fomentará la motivación</b> para el desarrollo de la función administrativa en el posterior ejercicio profesional | 4,5,6 |
| 2. Se realizarán las actividades necesarias para que el alumno adquiriera el <b>compromiso ético</b> necesario para el correcto desarrollo de la profesión                   | 4,5,6 |
| 3. Se ofrecerá la formación necesaria para fomentar la <b>preocupación por la calidad</b> de los servicios sanitarios y de enfermería  | 17    |

# CONTENIDOS

## Mapa conceptual de Administración de los servicios de enfermería



### **1. Conceptos generales de administración:**

Comprende la descripción general de las distintas teorías administrativas y conceptos generales necesarios para el desarrollo de la materia

### **2. El entorno sanitario:**

Incluye este apartado los conceptos generales que determinan la acción administrativa de salud, prestando especial atención a:

- a. El concepto de salud y su influencia en los distintos sistemas sanitarios
- b. Los diferentes sistemas sanitarios y sus características
- c. La financiación del sistema sanitario

### **3. Enfermería y administración:**

Abordaremos la relación existente entre estas dos áreas de conocimientos

### **4. Proceso administrativo**

Es el cuerpo de conocimientos mas extensos y eje que vertebra el conjunto de conocimientos competenciales de la materia. Definne los distintos estadios del proceso administrativo para posteriormente detenernos en un estudio pormenorizado de cada uno de ellos, relacionandolos con los principales instrumentos para la gestión de los servicios de enfermería

### **5. La calidad de los servicios sanitarios y de enfermería:**

Analiza el concepto de calidad de los productos y servicios y los relaciona con la prestación de cuidados de enfermería.

### **6. Investigación en la administración y gestión sanitaria:**

Realciona la función administrativa con la investigadora, ambas funciones esenciales en el ejercicio y desarrollo competencial de las enfermeras

## **4. CONCLUSIONES**

La asignatura de Administración de Servicios de Enfermería responde a la necesidad de formación de la enfermera actual en el conocimiento del sistema sanitario, sus elementos, así como los sistemas organizativos actualmente existentes en los servicios de salud y de cuidados enfermeros.

La enfermería actual ocupa un papel destacado en los servicios sanitarios, tanto los de atención primaria como especializada, por el número de personas que ejercen los cuidados enfermeros y por la cantidad de recursos materiales que se emplean en ellos. Esto hace a las enfermeras elemento indispensable en los sistemas sanitarios, de manera que la formación de estos profesionales en los

principios administrativos es imprescindible para conseguir cuidados enfermeros eficaces y eficientes y alcanzar una plena participación de las enfermeras en la gestión de las instituciones, en cualquier nivel de trabajo que se sitúen y la gestión de los propios cuidados, con la aplicación del proceso administrativo a los mismos.

La administración de los Servicios de Enfermería, como aglutinante de competencias para el desarrollo de la función administradora de las enfermeras, debe adaptarse a las demandas actuales derivadas de la creación del Espacio Europeo de Educación Superior, cuya consecuencia no será solo el acumulo de competencias que posibiliten la libre circulación de profesionales en este espacio, sino además la contribución a un cambio profundo en los objetivos de la enseñanza universitaria.

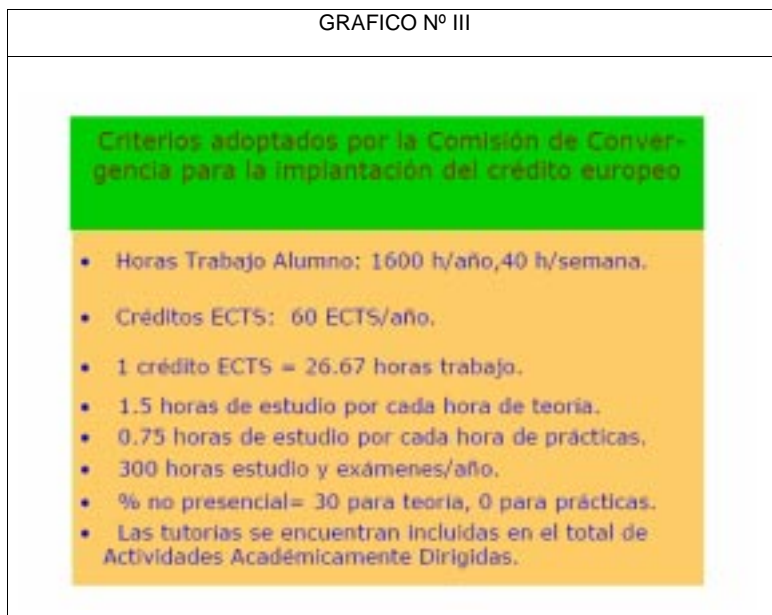
La planificación de la materia realizada con unidades ECTS, con un nivel de practicidad medio bajo y nivel de agrupamiento en la docencia medio alto, que se materializará con el establecimiento de seminarios y tutorías ECTS.

Deberán fomentarse las actividades, como proyectos o trabajos de investigación, que garanticen la suficiente autonomía en el aprendizaje.

Para el desarrollo de la metodología docente deberán utilizarse la tecnología e instrumentos que técnicamente la sociedad dispone.

La evaluación de la materia debe contar con objetivos que garanticen la competencia del alumno en la función administrativa de la enfermera.

GRAFICO Nº III



## BIBLIOGRAFÍA

1. Declaración de la Sorbona (1998).
2. Declaración de Bolonia (1999)
3. Declaración de Salamanca (2001)
4. Declaración de Praga (2001)
5. Declaración de Berlín (2003)
6. ANECA. Conclusiones y recomendaciones del Seminario sobre Titulaciones conjuntas en el marco del Proceso de Bolonia. Estocolmo, (Mayo de 2004).
7. ANECA. Encuesta de inserción laboral. Titulados.
8. ANECA. Encuesta de inserción laboral. Estudiantes.
9. ANECA. Programa de Acreditación. Proyectos Piloto 2003-2004. Guía de Valoración externa..
10. AQU. "El Boletín", nº 19: Boletín de información sobre la calidad universitaria. Marzo 2004.
11. Aiken L, Smith H and Lake E (1994). Lower Medicare mortality among a set of hospitals know for good nursing care. *Medical Care* 32 (8): 771-787.
12. AQU. Informe 09/2003: Marco general para la integración europea. Septiembre 2003.
13. AQU. Informe 01/2000: La educación superior en el siglo XXI. Enero 2000.
14. Buerhaus P (1992). Nursing, Competition and Quality. *Nursing Economics* 10 (1): 21-29.
15. CE. Direction générale de l'éducation et de la culture. Rapport européen sur les indicateurs de qualité de l'éducation et la formation tout au long de la vie. Bruxelles.
16. Comité consultivo para la formación de los enfermeros (1998). Informe y recomendación sobre las competencias requeridas para el ejercicio de la actividad de enfermero responsable de cuidados generales en la Unión Europea. C E E.
17. Communiqué of the Conference of Ministers responsible for Higher Education in Berlin on 19
18. September 2003: Realising the European Higher Education Area.
19. Consejo General de Enfermería de España. Documento: Proyecto para la adecuación de la formación europea al espacio europeo de educación superior. Madrid, febrero 2004.
20. Escuela Universitaria de Enfermería Santa Madrona (2004). La formación

- enfermera: estado de la cuestión y perspectiva internacional. Barcelona, ed. Fundació "la Caixa".
21. Koska M (1989). Quality. The name is nursing care. Hospitals. February 5, 32.
  22. Lavigne Richard de. Créditos ECTS y métodos para su asignación. Marzo de 2003.
  23. Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.
  24. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
  25. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2003). La integración del Sistema Universitario Español en le Espacio Europeo de Enseñanza Superior. Documento-Marco.
  26. Organización Mundial de la Salud (1999). La política de Salud para todos en el siglo XXI.
  27. Prescott P (1993). Nursing: An important component of hospital survival under a reformed health care system. Nursing Economics 11 (4): 192-199.
  28. PROYECTO DE LA TITULACIÓN DE ENFERMERÍA 137.
  29. Real Decreto 1466/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Enfermería y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél.
  30. Real Decreto 1044/2003, de 1 de agosto, por el que se establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al título.
  31. Real decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio español.
  32. Alexander MF; Runciman PJ (2003). Marco del CIE para las competencias de la enfermera generalista. Ginebra: CIE.
  33. Reichert Sybille y Tauch Cristian. (Mayo 2003). Trends in Learning structures in European Higher
  34. Education III. Bologna four year after. Steps towards sustainable reform of higher education in Europe (Trends III).
  35. Tauch Christian y Rauhvargers Andrejs. Estudio sobre master y titulaciones conjuntas en Europa. Génève, EUA, 2002.
  36. Tuning Educational Structures in Europe. Informe final fase uno.2003
  37. WHO European Strategy for Nursing and Midwifery Education. 2001

41. MARRINER-TOMEY, A.: "Administración y Liderazgo en Enfermería". Mosby. Madrid, 1996
42. MOMPART, M. P.: "Administración de Servicios de Enfermería". Masson, S.A. Barcelona, 2003.
43. VUORI, H. V. : "El control de calidad de los Sistemas Sanitarios. 8. Concepto y Metodología.". Masson, S.A.. Barcelona, 1996.
44. SALVADORES FUENTES, P. SÁNCHEZ LOZANO, FM. Manual de Administración de los Servicios de Enfermería. . Barcelona: Ariel Ciencias Médicas; 2002
45. ELOLA, J.: «Sistema Nacional de Salud: evaluación de su eficiencia y alternativas de reforma». Edit. SG Editores, S.A. Barcelona, 1.994
46. ARGIMON PALLÁS J.M.; JIMÉNES VILLA, J.: Métodos de investigación clínica y epidemiológica. 2ºEd. Edt. Harcourt. Madrid, 1999.
47. LAMATA FERNANDO; y Col.: Manual de Administración y Gestión Sanitaria. Edt. Díaz de Santos. Madrid, 1998.



**LEGISLACIÓN ECONÓMICA DE  
INTERÉS GENERAL**  
(Últimas disposiciones)



# LEGISLACIÓN ECONÓMICA DE INTERÉS GENERAL

(Últimas disposiciones)

*Recopilación: Francisco Sánchez Guijo*

## JEFATURA DEL ESTADO

B.O.E. N° 106 DE 04/05/2006

Educación.- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

## *MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA.-*

Emisiones sonoras. – Real Decreto 524/2006, de 28 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 212/2002, de 22 febrero, por el que se regulan las emisiones sonoras en el entorno debidas a determinadas máquinas de uso al aire libre.

B.O.E. N° 117 DE 17/05/2006

## JEFATURA DEL ESTADO

Consortio de Compensación de Seguros.- Ley 12/2006, de 16 de mayo, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

## COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre.- Circular 1/2006, de 3 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre.

B.O.E. N° 122 DE 23/05/2006

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.- Orden EHA/1543/2006, de 19 de mayo, por la que se reducen para el período impositivo 2005, los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

B.O.E. N° 126 DE 27/05/2006

*JEFATURA DEL ESTADO.-*

*ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.- Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.*

*ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.- Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.*

B.O.E. N° 134 DE 06/06/2006

*JEFATURA DEL ESTADO.-*

*PROCEDIMIENTO PENAL.- Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

*PROCEDIMIENTO PENAL.- Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.*

*ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO.- Ley 20/2006, de 5 de junio, de modificación de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público.*

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.- Orden EHA/1867/2006, de 14 de junio, por la que se modifica el anexo de la Orden EHA/1543/2006, de 19 de mayo, por la que se reducen para el período impositivo 2005, los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

B.O.E. N° 150 DE 24/06/2006

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

IMPUESTOS ESPECIALES.- Real Decreto 774/2006, de 23 de junio, por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio.

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.- Resolución 1/2006, de 15 de junio, de la dirección General de Tributos, sobre las limitaciones a la aplicación de la deducción por actividades de exportación en el Impuesto sobre Sociedades a partir de la Decisión de la de la Comisión Europea de 22 de marzo de 2006, en relación con la Ayuda de Estado n° E 22/2004-España.

B.O.E. N° 170 DE 18/07/2006

## JEFATURA DEL ESTADO.-

MEDIDAS TRIBUTARIAS.- Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera.

SEGUROS PRIVADOS.- Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados.

B.O.E. N° 172 DE 20/07/2006

JEFATURA DE ESTADO.-

ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA.- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

B.O.E. N° 178 DE 27/07/2006

JEFATURA DEL ESTADO.-

MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS.- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

B.O.E. N° 179 DE 28/07/2006

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-

CONTABILIDAD PÚBLICA.- Resolución de 18 de julio de 2006, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2000, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a aquellos organismos públicos cuyo presupuesto de gastos tiene carácter estimativo.

B.O.E. N° 183 DE 02/08/2006

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-

TESORO PÚBLICO. INGRESOS.- Resolución de 21 julio de 2006, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece el procedimiento para la recepción por el Estado español de los ingresos procedentes de otros Estados y territorios dependientes o asociados, por aplicación de la Directiva 2003/48/CE, del Consejo de la Unión Europea, de 3 de junio de 2003.

B.O.E N° 190 DE 10/08/2006

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA.-

BLANQUEO DE CAPITALS.- Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

