



REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES, JURÍDICAS
Y EMPRESARIALES

JULIO 2023

Nº 019





ÍNDICE

SECCIÓN ECONÓMICA

- I. LÍNEAS DE FINANCIACIÓN CDTI PARA PROYECTOS I+D+i Y SU DEDUCCIÓN FISCAL EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES.
PEDRO-B. MARTÍN MOLINA 3 - 7

SECCIÓN LEGAL

- II. INCIDENCIA DE LA REESTRUCTURACIÓN Y DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
MANUEL RUIZ DE LARA 8 - 21

- III. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE INTERVENCIONES MÉDICAS EN CENTROS PRIVADOS: ¿CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL?
ALMUDENA CÁRCABA FANJUL 22 - 28

COLABORACIONES

- IV. CONEDE:
LA CESIÓN DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES A COMUNIDADES ENERGÉTICAS.
GUILLERMO AMILIVIA DÍAZ 29 - 38

OPINIÓN

- V. EL SISTEMA DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: ¿UN PROBLEMA DE EJEMPLARIDAD?
ANTONIO FUENTES BUJALANCE 39 - 41

LECTURA RECOMENDADA

- VI. LLAMADME PONCIO PILATO: PREFECTO DE JUDEA
AVELINO GARCÍA BERMEJO

EVENTOS

- VII. IBEROCREA: Experiencia de aprendizaje para la innovación y el emprendimiento.

LAS PRINCIPALES LÍNEAS DE FINANCIACIÓN CDTI PARA PROYECTOS DE I+D+i Y SU DEDUCCIÓN FISCAL EN EL IMPUESTO DE SOCIEDADES.

PEDRO BAUTISTA MARTÍN MOLINA

Abogado, Economista, Auditor, Doctor y Profesor Titular UNED
Socio Fundador de Firma "Grupo Martín Molina"

1.- Las ayudas a los proyectos I+D+i

Las principales herramientas públicas para la financiación de proyectos de I+D+i con las que cuentan las empresas privadas constituyen un impulso directo para la ejecución de proyectos empresariales disponibles para todo tipo de compañías y temáticas. A nivel nacional, el organismo más relevante que cuenta con amplias líneas de financiación es el Centro para el Desarrollo Tecnológico y la Innovación (CDTI).

El CDTI es una Entidad Pública Empresarial (EPE), dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación, que promueve la innovación y el desarrollo tecnológico de las empresas españolas. Es la entidad que canaliza las solicitudes de ayuda y apoyo a los proyectos de I+D+i de empresas españolas -de cualquier sector en las que quiera participar de forma individual o en un consorcio empresarial- en los ámbitos estatal e internacional. Así pues, el objetivo del CDTI es contribuir a la mejora del nivel tecnológico de las empresas españolas mediante el desarrollo de las siguientes actividades:

- Evaluación técnico-económica y concesión de ayudas públicas a la innovación mediante subvenciones o ayudas parcialmente reembolsables a proyectos de I+D desarrollados por empresas.
- Gestión y promoción de la participación española en programas internacionales de cooperación tecnológica.
- Promoción de la transferencia internacional de tecnología empresarial y de los servicios de apoyo a la innovación tecnológica.
- Apoyo a la creación y consolidación de empresas de base tecnológica.

El CDTI dispone de diferentes ayudas para empresas de cualquier sector en las que

quiera. Así, el objetivo del CDTI es contribuir a la mejora del nivel tecnológico de las empresas españolas mediante el desarrollo de proyectos punteros. Las dos principales líneas de financiación que están vigentes en la actualidad son con plazos abiertos durante el año:

1.- Una línea destinada para la ejecución de proyectos de investigación y desarrollo empresarial (PDI), desarrollados por empresas y destinados a la creación y mejora significativa de procesos productivos, productos o servicios.

El proyecto que se quiere financiar el proyecto puede tener una duración mínima de 12 meses y máxima de 36 meses.

El presupuesto mínimo que es financiable del proyecto ha de ser de 175.000€ y los gastos que se cubren son los directamente relacionados con las actividades del proyecto, tales como:

- Amortización de activos fijos.
- Costes de personal.
- Materiales y consumibles.
- Colaboraciones externas y consultoría.
- Gastos generales.
- Costes de auditoría.

Los gastos que se imputen al proyecto tienen que ser posteriores a la fecha de presentación del proyecto, para poder así garantizar el efecto incentivador del mismo.

La modalidad de ayuda a los proyectos de investigación y desarrollo empresarial (PDI) se denomina "Ayuda Parcialmente Reembolsable". Entre sus características cabe destacar que:

- Tiene una cobertura financiera de hasta el 85% del presupuesto total aprobado.
- Cuenta con un tramo no reembolsable que depende de las características del proyecto y del beneficiario y puede llegar hasta el 30% del crédito para todos los proyectos cofinanciados con fondos FEDER.
- Cuenta con un tramo reembolsable en un plazo de 10 o 15 años, con un periodo de carencia de 2 o 3 años, a un tipo de interés fijo igual a Euribor a 1 año, que se establece en el momento de la aprobación del proyecto.

En esta clase de línea de financiación, la empresa puede optar en solicitar un anticipo de la ayuda concedida:

a) De un 35% de la ayuda concedida con un límite de hasta 250.000 euros, sin exigencia de garantías adicionales a las condiciones financieras acordadas. El resto de la ayuda se pone a disposición de la empresa una vez finalizados los diferentes hitos del proyecto.

b) De un 50% de la ayuda concedida, siempre que aporte avales para garantizar el exceso del 15% sobre el anticipo sin garantías adicionales. Los avales presentados pueden ser de entidades financieras, sociedades de garantía recíproca o entidades públicas que puedan emitir avales según su normativa reguladora con solvencia suficiente a juicio del CDTI.

c) De un 75% de la ayuda concedida, siempre que aporte avales para garantizar el exceso del 40% sobre el anticipo sin garantías adicionales. Los avales presentados pueden ser de entidades financieras, sociedades de garantía recíproca o entidades públicas que puedan emitir avales según su normativa reguladora con solvencia suficiente a juicio del CDTI.

En cualquiera de los casos, la empresa debe disponer de un mínimo de financiación propia, basada fundamentalmente en recursos generados por la misma y sustitutivamente a través de la realización de ampliaciones de capital con o sin prima y/o préstamos participativos en aportaciones dinerarias.

2.- La línea destinada a potenciar la innovación en determinadas regiones españolas más desfavorecidas y/o que atraviesan especiales dificultades económicas, a través de la mejora de capacidades de empresas que propongan proyectos de inversión tecnológicamente innovadores que faciliten su crecimiento. El proyecto debe tener algunas de las siguientes finalidades:

- la creación de un nuevo establecimiento,
- la ampliación de la capacidad de un establecimiento existente,
- la diversificación de la producción de un establecimiento en productos que anteriormente no se producían en el mismo, o,
- la transformación fundamental del proceso global de producción de un establecimiento existente.

En este caso se limitan los proyectos de actividades productivas susceptibles de recibir ayuda, pues la norma vigente excluye de esta línea de financiación a los sectores del acero, el carbón, la construcción naval o las fibras sintéticas, el sector de la producción agrícola primaria, el sector de los productos de la pesca y la acuicultura, el sector de los transportes, entre otras.

Cualquier inversión que se realice debe permanecer en la zona beneficiaria durante al menos 5 años, sabiendo que el proyecto puede tener una duración mínima de 6 meses y máxima de 24 meses.

El presupuesto mínimo del proyecto objeto de financiación ha de ser de 175.000€ con un máximo 30.000.000€.

No se financian gastos, sino que únicamente cubre la adquisición de activos no corrientes nuevos que supongan una innovación tecnológica y una mejora de las capacidades productivas en la empresa (o en el grupo societario) que realiza el proyecto. Esta inversión se ha de materializar en activos fijos nuevos tanto materiales como intangibles:

- Activos materiales nuevos consistentes en instalaciones, maquinaria y equipos.

- Activos intangibles nuevos como las patentes, las licencias, los conocimientos técnicos u otros derechos de propiedad intelectual o industrial. Sólo se admiten los activos fijos intangibles a la hora de determinar los costes de inversión si cumplen las siguientes condiciones:

- Se usen exclusivamente en el establecimiento beneficiario de la ayuda,
- Se incluyan entre los activos de la empresa beneficiaria,
- Permanezcan asociados con el proyecto al que se destina la ayuda durante al menos cinco años -o tres años si es una pyme-.
- Sean amortizables.
- Se adquieran en condiciones de mercado a terceros no relacionados con el comprador.

Los costes imputados al proyecto deben ser posteriores a la fecha de presentación del proyecto, para garantizar el efecto incentivador del mismo.

Al igual que el caso anterior, la modalidad de ayuda al proyecto es una “Ayuda Parcialmente Reembolsable”. Caben destacar las siguientes notas sobre este tipo de ayuda:

- Tiene una cobertura financiera de hasta el 75% del presupuesto total aprobado.
- La ayuda concedida nunca puede ser superior a la ayuda solicitada para el proyecto por la empresa.
- Existe un tramo no reembolsable que depende de las características del proyecto y del beneficiario y que se sitúa en la horquilla del 10% y el 25% del presupuesto aprobado, dependiendo de la Comunidad Autónoma y el tamaño de empresa solicitante.
- Existe un tramo reembolsable con un plazo de 9 años, con un periodo de carencia de 1 año desde la finalización del proyecto, siendo su tipo de interés fijo igual a Euribor a 1 año más el 1%, que se establece en el momento de la aprobación del proyecto.

La empresa tiene la capacidad de solicitar un anticipo de la ayuda concedida:

- a) De un 50% de la ayuda concedida, sin exigencia de garantías adicionales a las condiciones financieras en la aprobación del proyecto. El resto de la ayuda se pone a disposición de la empresa una vez finalizado el proyecto.
- b) De un anticipo del 75% de la ayuda concedida, siempre que aporte avales para garantizar el exceso, procedentes de entidades financieras, sociedades de garantía recíproca o entidades públicas con capacidad y solvencia suficiente para emitir avales según su normativa reguladora. Este primer desembolso no podrá superar, en ningún caso, los 8 millones de euros.

En cualquier caso, el CDTI puede requerir la constitución de garantías para la devolución de la ayuda cuando el análisis económico financiero de la empresa así lo requiera.

2.- Las deducciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades por proyectos de I+D+i.

La deducción de la cuota de un impuesto es un vehículo que permite reducir la cuota a pagar como consecuencia de haber realizado una inversión o haber realizado unos gastos en pro del desarrollo de la actividad económica de la empresa.

En este sentido, la deducción fiscal es un mecanismo de financiación indirecta porque minorra las cuotas a abonar en el Impuesto sobre Sociedades a través de un retorno de los gastos incurridos en actividades de I+D+i. Esta deducción se adapta a la coyuntura económica de la empresa, incluso si no tiene beneficios, siendo posible obtener el retorno directo de la deducción fiscal generada por “cash back” o “monetización”, herramienta especialmente indicada para empresas de base tecnológica.

Las deducciones fiscales derivadas de proyectos I+D+i ejecutados con ayudas públicas (CDTI) se pueden aplicar a cualquier empresa, independientemente de su tamaño, de su facturación y del sector de actividad. Debe perseguir una mejora para la empresa, en cuanto a los materiales, los productos o los procesos, incluida la implantación de software.

Estas ayudas son compatibles con otras subvenciones, aunque en este último caso la base de la deducción se tiene que minorara en el importe de las subvenciones recibidas para el fomento de dichas actividades.

El Impuesto sobre Sociedades concede un plazo de 18 años desde la finalización del periodo impositivo en el que se generaron las deducciones para su aplicación. Además, el cómputo de este plazo se puede diferir hasta el primer ejercicio que se produzcan resultados positivos, en los siguientes casos:

- en las entidades de nueva creación, y,
- en las entidades que saneen pérdidas de ejercicios anteriores mediante la aportación efectiva de nuevos recursos (sin que se considere como tal la capitalización de reservas).

Los porcentajes de deducción aplicables a los gastos efectuados por las actividades de I+D+i varían en función de la importancia de los retos afrontados con el proyecto y el nivel de mejora conseguido.

- a) Investigación y desarrollo: se produce una mejora sustancial objetiva a nivel sectorial y el porcentaje oscila entre un 25% y un 42% del presupuesto del proyecto. Se puede incrementar un 17% la participación del personal en exclusiva y un 8 % en activos en exclusiva.
- b) Innovación tecnológica: supone una mejora interna sustancial para la empresa y el porcentaje de deducción asciende al 12% del presupuesto del proyecto.

Estas deducciones fiscales por I+D+i se aplican sobre la cuota íntegra en el Impuesto sobre Sociedades hasta el límite del 25 % de la cuota. En el caso de que la deducción se genere en el ejercicio impositivo del Impuesto, el límite de aplicación asciende al 50 %.

INCIDENCIA DE LA REESTRUCTURACIÓN Y DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

ILMO.SR.D.MANUEL RUIZ DE LARA

Magistrado especialista Juzgado de lo Mercantil nº11 de Madrid

El artículo 130.2 del Código Penal hace referencia expresa a la incidencia de determinados supuestos de disolución y reestructuración de la persona jurídica en relación con la responsabilidad penal en la que pueda incurrir y por tanto también en relación con los perjuicios que pudieran derivarse de ella. Así distingue dicho artículo 130.2 :

- La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

- No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Sentado lo anterior debemos plantearnos si en los supuestos de reestructuración empresarial que se produzcan después de la comisión del ilícito penal que determina la responsabilidad penal de la persona jurídica pero antes de que se dicte sentencia condenatoria, ¿La nueva sociedad resultante sucederá a la sociedad extinguida en las consecuencias derivadas de dicha responsabilidad penal? ¿Asumirá la responsabilidad civil ex delicto ? ¿Sucederá en los perjuicios que se deriven a terceros por la condena penal de la persona jurídica? ¿Qué sucede con las sanciones interdictivas que puedan imponerse a las personas jurídicas inmersas en el proceso de reestructuración empresarial?

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de Mayo de 2016 (ROJ SAN 2094/2016) establece que la personalidad de las infracciones y sanciones se conforma como uno de los principios señeros del derecho punitivo del Estado y comporta en principio la imposibilidad de la traslación de las consecuencias sancionadoras sobre personas o entidades distintas de los autores de los hechos punibles; traslación que no era infrecuente en sistemas sancionadores primarios.

En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1988, de 22 de diciembre , proclamó que el principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad personal por hechos propios impide un indebido traslado de la responsabilidad punitiva a persona ajena al hecho infractor, pues ello comportaría aceptar un régimen de responsabilidad objetiva que vulneraría la exigencia de dolo o culpa necesarios para la existencia de infracción administrativa. En otras sentencias el propio Tribunal Constitucional ha derivado este principio del artículo 25.1 de la Constitución (STC 146/1994, de 12 de mayo , y STC 254/1988, de 21 de diciembre). Este mismo principio de la personalidad de las sanciones es recogido desde largo tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de Mayo de 2016 considera que dicho principio de responsabilidad sancionadora estricta (de personalidad de las sanciones) debe ser sin embargo matizado en el caso de las mutaciones societarias con el fin, al propio tiempo, de respetar la atribución de las infracciones a sus efectivos autores y también de evitar que cualquier cambio en la estructura de una sociedad comporte la directa extinción de la acción punitiva de los poderes públicos.

A este principio también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia afirmando su plena aplicación, aunque generalmente lo ha sido para determinar las responsabilidades en el ámbito de las relaciones entre sociedad matriz y filial, como es el caso de la sentencia Akzo Nobel NV y otros (asunto C-97/08), de 10 de septiembre de 2.009 ; o sentencia 18.12.2008, asunto T-85/06 (General Química S.A.), sentencia 16.11.2000 (Asunto Astora, C-286/98), y 24.9.2009 (Asunto C-125/07 , Erste Group Bank).

También ha tenido ocasión de pronunciarse el supuesto de sucesión de empresas, como es el caso de la Sentencia del TJUE de 11.12.2007 (asunto C-280/06), en relación con una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, admitiendo que una entidad que no es autora de una infracción puede ser, sin embargo, sancionada por la actuación de otra a la que sucede, para evitar eludir las sanciones, simplemente por el hecho de que su identidad se modifique como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. Lo relevante de esos cambios jurídicos es que no produzca, necesariamente, el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad. La sentencia llega a afirmar que "la imposición de la sanción por infracción a la sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a que ha sucedido".

Si no estuviese prevista la posibilidad de imponer una sanción a una entidad distinta de la que cometió la infracción, las empresas podrían eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. De este modo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas (En este sentido, las sentencias del TJUE de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 173; de 29 de junio de 2006, Showa Denko/Comisión, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, apartado 61, y de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, C-76/06 P, Rec. p. I-0000, apartado 22). En suma, el Derecho comunitario reconoce la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero tampoco excluye que la empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la anterior, lo cual requiere valorar las circunstancias concurrentes en cada caso.

El Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 11 de octubre de 2006 recuerda que constituye un principio estructural básico del derecho sancionador, con cita de la STC 246/91 de 19 de diciembre, que, señala "ha de aplicarse necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas". En palabras del Tribunal Constitucional "Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz".

En relación con las anteriores cuestiones debemos partir de la base de que tanto el hecho delictivo que genera la responsabilidad penal como la inadecuación o inexistencia de los programas de cumplimiento normativo escapan a la esfera de control de la nueva sociedad surgida a partir del proceso de reestructuración empresarial. Y ello porque el hecho delictivo se habrá realizado en una estructura empresarial distinta a la de la sociedad que surge como consecuencia del proceso de reestructuración empresarial. Como consecuencia de lo anterior el programa de compliance penal existente en el momento de comisión del hecho delictivo y la valoración de la adecuación de los requisitos de idoneidad y eficacia de dicho programa de cumplimiento normativo deberá adaptarse a las circunstancias económicas, estructurales y empresariales de la sociedad que es objeto de reestructuración empresarial. Programa de compliance penal que necesariamente será distinto al de la sociedad resultante del proceso de reestructuración empresarial, tanto por la diferente naturaleza de la actividad empresarial de la sociedad resultante como por su distinta estructura empresarial y organizativa.

Correlacionado con lo anterior debemos partir de la premisa que los administradores de la nueva sociedad resultante de la reestructuración empresarial no incurrir en responsabilidad societaria alguna por el inadecuado programa de compliance penal de la otra empresa, dado que se trataría de hechos ocurridos cuando no tenían la condición de administradores y en una empresa que no gestionaban y respecto a la cual no era posible exigirles un deber de diligencia.

Si bien ello es cierto, debe destacarse que desde el momento en que se cometió el delito, en ausencia del adecuado programa de cumplimiento normativo, nació el hecho generador de la responsabilidad civil ex delicto y se derivó al pasivo de la persona jurídica un crédito futuro o al menos contingente como consecuencia de los perjuicios que pudieran derivarse fruto de la existencia de responsabilidad penal.

De acuerdo con la finalidad del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los programas de compliance penal tendentes a instaurar una cultura empresarial de desincentivación de ilícitos penales en la estructura organizativa, debemos situar el nacimiento del perjuicio para terceros y para la persona jurídica en dicho momento, en el de la comisión del ilícito penal en ausencia del adecuado programa de cumplimiento normativo. Desde el momento en que la sociedad no tiene un adecuado programa de cumplimiento normativo, los administradores la exponen a un riesgo de incurrir en responsabilidad penal sin posibilidad de exonerarse al amparo del artículo 31 bis del Código Penal. Desde ese momento podemos concluir que la sociedad tiene una menor competitividad que aquella que esté dotada del adecuado programa de compliance penal.

Debe rechazarse la idea de que el crédito nacería con la apertura del procedimiento penal o con la sentencia condenatoria. Debemos partir del hecho generador de la responsabilidad y de los perjuicios ocasionados, que no es otro que la comisión del ilícito penal en ausencia del adecuado programa de cumplimiento normativo para que la persona jurídica resultase exenta de responsabilidad penal al amparo del artículo 31 bis del código penal.

Será en dicho momento cuando se generan los perjuicios a terceros derivado del ilícito penal que no pudo evitarse en ausencia del adecuado programa de cumplimiento normativo. Será en ese momento cuando la empresa ve materializada la disminución de su competitividad al nacer el hecho que generará una pérdida del valor de la empresa por la inexistencia de una cultura empresarial desincentivadora del delito. Y será también ese momento el adecuado para valorar, en atención al programa de compliance penal existente hasta ese momento en la empresa, la diligencia de los administradores societarios y su eventual incursión en responsabilidad societaria por las consecuencias que pudiesen derivarse en el procedimiento penal para la persona jurídica.

Partiendo de ello debemos llegar a la primera conclusión consistente en que la unión de la comisión del hecho delictivo en el seno de la organización empresarial con la inexistencia del adecuado programa de cumplimiento normativo determinará el momento del nacimiento de un crédito contingente (que se dará cuando se haya aperturado el procedimiento penal) o al menos de una expectativa de crédito (cuando no se haya aperturado el procedimiento penal) en el patrimonio de la persona jurídica delincente. Tanto la expectativa del crédito como el propio crédito contingente nacen y parten del hecho generador consistente en la comisión de ilícitos penales en el seno de la organización empresarial en defecto del adecuado programa de cumplimiento normativo.

Dicha interpretación conecta mejor con los fines de promover una realidad desincentivadora del ilícito penal en seno de la persona jurídica y facilita la transmisión de los créditos derivados de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos de reestructuración o sucesión empresarial.

En los supuestos de transformación de la sociedad al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la LME, la sociedad adopta un tipo social distinto conservando su personalidad jurídica. En tales supuestos no se plantea problema alguno en orden a la sucesión en el crédito contingente derivado de la responsabilidad civil ex delicto o de la sanción pecuniaria que surgiese como consecuencia de la condena de la persona jurídica como responsable penal. No se produce la extinción de la persona jurídica conservando su personalidad jurídica por lo que el crédito contingente o la expectativa de crédito se integraría en el patrimonio de la sociedad transformada que sigue existiendo bajo otro tipo social distinto.

Cuando en una entidad se ha cometido una infracción penal en ausencia del adecuado programa de compliance penal y es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad penal de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (En este sentido y en el ámbito del derecho sancionador y de defensa de la competencia se pronuncian las sentencias del TJUE de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines* y *Rheinzink/Comisión*, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y *Aalborg Portland y otros/Comisión*, antes citada, apartado 59).

A partir de ahí debemos concluir que seguirán concurriendo los presupuestos de la responsabilidad societaria de quienes ostentaban la condición de administradores antes de la transformación de la sociedad. Se mantiene la existencia de un perjuicio para la sociedad o para los socios de la sociedad transformada derivado de la responsabilidad civil ex delicto o de la posible sanción pecuniaria, que determinará la aparición de un pasivo sobrevenido como consecuencia de la condena de la persona jurídica en sede penal por la inadecuación de los programas de cumplimiento normativo y por la falta de diligencia de los administradores societarios en la instauración de programas de compliance eficaces e idóneos.

Debe reseñarse así mismo que en los supuestos de transformación al conservar la sociedad su personalidad jurídica y seguir actuando en el tráfico económico sería igualmente posible la imposición, a la sociedad transformada, de las penas de disolución jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades o inhabilitación para obtener subvenciones o para contratar. De ello se deriva que el perjuicio ocasionado a la propia sociedad o a los socios por la comisión de un hecho delictivo y por la inadecuación de los programas de compliance penal, seguiría existiendo. La imposición de las referidas sanciones interdictivas comportaría una pérdida de competitividad de la sociedad, del valor de la empresa y por tanto comportaría un daño que cristalizaría necesariamente en un perjuicio a la propia sociedad y a los socios titulares de acciones o participaciones en la misma.

En los supuestos de fusión por absorción, las sociedades absorbidas se extinguen y sus patrimonios son adquiridos por la sociedad absorbente por aplicación de lo previsto en el artículo 23 de la LME. Es por ello que debe estimarse que si las sociedades absorbidas estuviesen incurso en un procedimiento penal, incoado antes de la fusión, el crédito contingente derivado de la responsabilidad civil ex delicto o de la posible sanción pecuniaria se transmitiría a la sociedad absorbente. Lo que tendría incidencia en la valoración de las empresas que se fusionan ante la posible materialización de la contingencia del crédito.

Dicha interpretación es acorde con los principios del derecho punitivo, el que el infractor de una norma no puede por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones (STS de 18 de abril de 1994).

El segundo supuesto radicaría en que el procedimiento penal no se hubiese incoado respecto a ninguna de las sociedades absorbidas con anterioridad a la fusión, pero el ilícito penal y la inadecuación del programa de cumplimiento normativo daten de fecha anterior a la fusión. En tales casos nos encontraríamos ante una expectativa de crédito por la posible imposición de la responsabilidad civil ex delicto o por la posible imposición de una multa en el posterior procedimiento penal. La expectativa de crédito parte de un hecho generador que se produce con anterioridad a la fusión y debe entenderse que se transmite a la sociedad absorbente. De forma que el perjuicio que se derive de la responsabilidad civil ex delicto o de la imposición de la sanción de multa seguirá latente y se trasladará a la persona jurídica absorbente.

Al respecto conviene referirse a la Sentencia del TJUE de 5 de Marzo de 2015 en el asunto C-343/13 establece que una «fusión por absorción» supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión.

Recuerda la Sentencia del TJUE de 5 de Marzo de 2015 que con arreglo al artículo 19, apartado 1, letra a), de la Directiva 78/855, una fusión por absorción implica ipso iure la transmisión universal del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.

Una multa impuesta por una resolución firme anterior a la fusión, pero aún no abonada, forma parte del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, ya que debe considerarse que el importe de dicha multa constituye una deuda de la citada sociedad en favor del Estado miembro de que se trata.

La Sentencia del TJUE de 5 de Marzo de 2015 determina que procede considerar que entre los terceros, cuyos intereses pretende proteger la Directiva, figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de «acreedores» o de «portadores de otros títulos», sino que pueden calificarse de ese modo tras dicha fusión en razón de situaciones nacidas antes de ésta, como la comisión de infracciones al Derecho del trabajo constatadas mediante resolución sólo después de la citada fusión. Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa.

Respecto a las sanciones interdictivas que se regulan en el artículo 32.7 del Código Penal, no sería posible la traslación de las mismas ni por tanto de los perjuicios que se derivan de las mismas a la sociedad absorbente. La finalidad de las sanciones de disolución de la persona jurídica, clausura de establecimientos o suspensión de actividades tiene por objeto evitar la reiteración delictiva aprovechando la estructura empresarial. Dado que como consecuencia de la fusión se produciría la extinción de las sociedades absorbidas, dichas sanciones no serían trasladables a la persona jurídica absorbente al haber desaparecido el riesgo de reiteración delictiva en las sociedades absorbidas. Todo ello sin perjuicio de que en caso de concurrir con posterioridad a la fusión los fundamentos que determinan el reproche penal de las personas jurídicas, dichas sanciones fuesen impuestas a la entidad jurídica absorbente siempre por hechos e inadecuación de los programas de cumplimiento normativo producidos con posterioridad a la fusión.

Entrando dentro del supuesto de escisión total y ante la extinción de la persona jurídica que se escinde debemos partir de la base de que no resultará posible la traslación, a las sociedades beneficiarias de la escisión, de los perjuicios de las sanciones interdictivas que pudiesen haberse impuesto a la sociedad escindida dado que por los mismos argumentos expuestos anteriormente no cabe efectuar la traslación de dichas sanciones a las sociedades beneficiarias.

No sucede lo mismo con el crédito contingente o la expectativa de sanción que se derivarían de la posible responsabilidad civil ex delicto o de la posible multa que pueda recaer en la persona jurídica delincuente. En dichos supuestos las referidas consecuencias de carácter patrimonial deberían trasladarse a las sociedades beneficiarias de la escisión. Así lo impone el artículo 69 de la LME al establecer que la escisión total implicará la división del patrimonio de las sociedades escindidas en dos o más partes y su transmisión en bloque a una sociedad de nueva creación o su absorción por una sociedad ya existente.

Realizado el análisis en torno a la escisión total procede a continuación determinar qué sucede en los supuestos de escisión parcial. Conforme a lo que se prevé en el artículo 70 de la LME, la sociedad escindida no se extingue ni se disuelve sino que únicamente se produce el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Reduciendo la sociedad escindida el capital social en la cuantía necesaria.

Los efectos de la escisión parcial implican necesariamente que la sociedad escindida conserva su personalidad jurídica y por tanto podrán imponérsele las sanciones pecuniarias y la responsabilidad civil ex delicto derivada de la responsabilidad penal.

Ante el riesgo de reiteración delictiva y conforme a los criterios que se enumeran en el artículo 66 bis del código penal se le podrán imponer así mismo las sanciones interdictivas que se preven en el artículo 33.7 del código penal.

Debe tenerse así mismo en cuenta que si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la LME y al artículo 130.2 del código penal, la escisión parcial no impide la condena de la persona jurídica escindida y la imposición de las consecuencias y penas previstas en el código penal ; No puede obviarse que el traspaso de parte de su patrimonio en bloque conllevará así mismo una minoración de la capacidad económica para hacer frente a la responsabilidad civil ex delicto y a la multa que se le pueda imponer a la sociedad delincente. No olvidemos que en los supuestos de escisión parcial la sociedad escindida no percibe contraprestación alguna por el traspaso de su patrimonio en bloque sino que son los socios de la sociedad que se escinde, los que reciben un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

Es por ello que para evitar ese riesgo de pérdida de capacidad económica en los supuestos de escisión parcial también cabe apreciar la traslación de la pena a las sociedades beneficiarias. Evitando de éste modo que a partir de una escisión parcial producida con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos que determinarían la incursión en responsabilidad penal de la persona jurídica escindida, se pueda enervar la efectiva ejecución de las sanciones pecuniarias o de la responsabilidad civil ex delicto impuesta a la persona jurídica delincente. Debe tenerse así mismo en cuenta que en tales supuestos de traslación de las consecuencias de la responsabilidad penal de la persona jurídica escindida parcialmente , operaría respecto a las sociedades beneficiarias de la escisión parcial la regla de moderación establecida en el artículo 130.2 del código penal.

En correlación con lo anterior, debe concluirse que en los supuestos de escisión parcial, se mantienen los presupuestos de la responsabilidad societaria de los administradores en toda su extensión, materializándose los perjuicios derivados de dicha responsabilidad en toda su extensión.

Distinto sería el supuesto de segregación regulado en el artículo 71 de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades de capital. La segregación implica la concurrencia de los siguientes requisitos :

- _ Traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades.
- _ Recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

En este supuesto la sociedad segregada mantiene su personalidad jurídica con lo cual al igual que en la escisión parcial resulta posible la imposición de sanciones interdictivas y de las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad penal. Más discutible resulta la traslación de la responsabilidad penal a las sociedades beneficiarias dado que no se extingue la pena y la capacidad económica de la persona jurídica segregada permanece intacta al recibir una contraprestación por el traspaso de su patrimonio en bloque. Es por ello que en tales supuestos no resulta aplicable la regla prevista en el artículo 130.2 del Código penal.

La Ley de Sociedades de Capital contempla la disolución voluntaria de la sociedad y también supuestos de disolución legal de la sociedad.

Así el artículo 368 de la LSC establece que la sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos.

Por su parte los artículos 360 y 363 de la LSC regulan los supuestos de disolución legal y de disolución de pleno derecho de las sociedades de capital.

Cabe preguntarse qué sucede si tras la comisión del ilícito penal se produce la disolución de la "sociedad delincuente" bien a partir de una disolución voluntaria acordada por la junta general de accionistas o bien al concurrir los supuestos de disolución legal del artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ante ello surge el interrogante en torno a qué sucedería con la responsabilidad penal de la persona jurídica y con las consecuencias punitivas derivadas de dicha responsabilidad. ¿Se extinguen también con la disolución mercantil de la persona jurídica delincuente?

Al igual que hemos analizado anteriormente, en relación con la multa pecuniaria o la responsabilidad civil ex delicto, nos encontraríamos ante una expectativa de crédito si el procedimiento penal no se hubiese incoado en el momento de la disolución de la sociedad o ante un crédito contingente si se hubiese incoado el procedimiento penal.

La respuesta a dicho interrogante tiene incidencia directa en la responsabilidad de los administradores societarios derivada de los programas de compliance penal. Y ello porque si concluimos que la disolución de la sociedad produce la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, no se materializarán los perjuicios derivados de las sanciones que puedan imponerse a la persona jurídica por lo que no se podrá articular la acción social de responsabilidad del artículo 238 de la LSC frente a los administradores societarios ante la inexistencia de resultado lesivo.

Sin embargo si la respuesta a dicho interrogante es negativa determinando que la disolución mercantil de la persona jurídica delincuente no determinará la extinción de la responsabilidad penal, se mantendrán los presupuestos de exigencia de responsabilidad a los administradores societarios al amparo de lo previsto en el artículo 238 de la LSC.

A la hora de analizar dicha cuestión debe partirse de la premisa de que la disolución de la persona jurídica delinciente determinará la imposibilidad de imponer las sanciones interdictivas previstas en el artículo 33.7 del Código Penal. Por su propia naturaleza y ante la disolución societaria o concursal de la persona jurídica no podrán imponerse a la misma :

- _ La disolución de la misma dado que ya se habría producido a partir del procedimiento concursal.
- _ La suspensión de actividades.
- _ La clausura de sus locales y establecimientos.
- _ La prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- _ La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- _ La intervención judicial.

El interrogante se plantea en relación a las sanciones pecuniarias derivadas de la multa y a la responsabilidad civil ex delicto. Pese a la disolución de la persona jurídica delinciente ¿resulta posible la condena por responsabilidad penal y la imposición de la pena de multa o de la responsabilidad civil ex delicto?

El artículo 130.1 del Código Penal no resuelve tal cuestión dado que no hace referencia alguna a la disolución de la sociedad como causa de extinción de la responsabilidad penal. Contempla sin embargo el artículo 130.1 la extinción de la responsabilidad penal en el caso de muerte de la persona física, pero no prevé un supuesto asimilable en el caso de la disolución de la persona jurídica.

Tampoco el artículo 130.2 del Código Penal contiene referencia alguna. Circunscribiéndose a los supuestos de reestructuraciones de sociedades (anteriormente analizado en los párrafos precedentes) y a los supuestos de disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica.

Lo dispuesto en el artículo 130.2 en relación con la disolución encubierta no serviría para regular el supuesto que nos ocupa. Y ello porque dicho artículo define la disolución encubierta como el supuesto en que la sociedad continúa su actividad económica y se mantiene la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Como hemos visto anteriormente, una interpretación a sensu contrario del artículo 130.2 del código penal nos llevaría a afirmar que la disolución de la sociedad que no tuviese carácter encubierto o meramente aparente sí conllevaría la extinción de la responsabilidad penal.

El supuesto que nos ocupa no sería una disolución aparente o encubierta sino una verdadera disolución por voluntad de la junta general de socios o por concurrir causa legal de disolución. O bien por estar en el marco de un procedimiento concursal y aperturarse la fase de liquidación o concluirse el concurso por insuficiencia de masa activa.

Procede señalar que el artículo 371 de la Ley de Sociedades de Capital establece en su apartado segundo que la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación».

De lo anterior se desprende que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica sólo mientras dura el procedimiento de liquidación, de la que carecerá una vez terminadas las operaciones de liquidación. Conforme al artículo 395 de la Ley la extinción de la sociedad se produce una vez que se ha llevado a cabo la liquidación, que comprende las siguientes operaciones: aprobación del balance final de liquidación, pago a los acreedores y distribución entre los socios de la cuota de liquidación. Y esta escritura se inscribirá en el Registro Mercantil conforme al artículo 396.

Durante el proceso de liquidación no podrá procederse a devolver el haber social mientras no se hayan satisfecho los créditos de todos los acreedores o consignado el importe de los mismos. Así lo establece el artículo 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital al disponer que los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social.

Así lo remarca también el artículo 394.1 de la Ley de Sociedades de Capital al establecer que transcurrido el término para impugnar el balance final de liquidación sin que contra él se hayan formulado reclamaciones o firme la sentencia que las hubiese resuelto, se procederá al pago de la cuota de liquidación a los socios. Cuando existan créditos no vencidos se asegurará previamente el pago.

Debemos partir de la premisa por tanto que durante el procedimiento de liquidación de la sociedad disuelta, ésta conserva su personalidad jurídica por lo que será posible la imposición y ejecución de una sanción pecuniaria o de la responsabilidad civil ex delicto como consecuencia de su condena en un procedimiento penal. Se mantienen por tanto los presupuestos para exigir responsabilidad a los administradores societarios al amparo de lo previsto en los artículos 238 y 239 de la LSC.

Debe señalarse que el artículo 371 de la LSC establece únicamente que la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad disuelta se dará únicamente mientras se realiza la liquidación. La interpretación literal de dicho artículo implica necesariamente que una vez liquidada, se extinguirá también la personalidad jurídica.

Hay que reiterar tal como se ha puesto de manifiesto anteriormente que la extinción de la sociedad a consecuencia de la cancelación en el Registro quedará condicionada a que efectivamente se haya llevado a cabo el proceso de liquidación y reparto conforme a Derecho, de tal modo que si no hubiese sido así o no estuviese concluido el proceso, podrá solicitarse la reapertura del proceso de liquidación y proceder contra la sociedad.

En correlación con lo anterior, surge el interrogante de qué sucedería en caso de que una vez extinguida la sociedad se produjese la condena de la persona jurídica en el procedimiento penal. Resulta evidente que no sería posible imponerle ni ejecutarle las llamadas sanciones interdictivas. Pero, ¿sería posible imponerle una sanción pecuniaria o de responsabilidad civil del delito cometido? ¿Será posible su condena por responsabilidad penal pese a la extinción mercantil de la sociedad?

Determinadas posiciones doctrinales partiendo del principio de personalidad de las penas y de una aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 130.1 del Código Penal entienden que la responsabilidad penal se extinguirá con la disolución y liquidación de la persona jurídica, que determinaría en definitiva su extinción en el ámbito mercantil.

Dicha posición doctrinal se sustentaría en los siguientes argumentos :

- _ La imposibilidad de imponer una pena a una entidad que como consecuencia de su disolución ya no existe en el tráfico jurídico.
- _ La aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 130.1 del Código Penal que equipararía la muerte del reo al supuesto de disolución y extinción mercantil de la sociedad como causa de extinción de la responsabilidad penal.
- _ La pérdida de la finalidad de prevención especial que se daría en torno a la imposición de la sanción de multa ante la desaparición del tráfico jurídico de la sociedad extinguida.

Sin embargo tal posición doctrinal determina que la responsabilidad penal de la persona jurídica pueda ser enervada por la decisión de los socios o incluso por la voluntad de los propios administradores societarios que podrían provocar que la entidad incurriese en causa legal de disolución para eludir la responsabilidad penal.

La referida posición tradicional provocaría que si una sociedad no se ha dotado del correspondiente programa de compliance penal, en el caso de que se cometiese un hecho delictivo y para eludir la responsabilidad penal, la junta general de socios acordase la disolución de la persona jurídica que una vez liquidada vería como se extinguiría su responsabilidad penal pese a que se ha cometido un ilícito penal y carecía del adecuado programa de compliance penal. Según esa postura tradicional una vez extinguida y liquidada a sociedad no sería posible la condena de la misma en un procedimiento penal.

Con la referida interpretación sería también posible que los propios administradores de la sociedad paralizasen la actividad de la sociedad y lo hiciesen con el objetivo de eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica y derivado de ello eludir su propia responsabilidad societaria por la negligencia en la instalación del adecuado programa de cumplimiento normativo. El cese de la actividad social o la paralización de los órganos sociales determinaría que la sociedad estuviese incurso en causa legal de disolución al amparo del artículo 363 de la LSC. De esta forma los administradores societarios tendrían el deber de convocar junta para disolver la sociedad o solicitar en su caso la disolución judicial de la misma conforme al artículo 365 de la LSC. Es más, en caso de que no lo hiciesen incurrirían en responsabilidad societaria por deudas posteriores a la concurrencia de la causa legal de disolución.

La disolución de la persona jurídica y su extinción determinaría la propia extinción de la responsabilidad penal de dicha sociedad. La posición tradicional nos abocaría a una evidente grieta en el sistema que desincentiva a las empresas y a los propios administradores societarios a instaurar programas adecuados de compliance penal. Según la posición tradicional en cuanto a la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre podría eludirse la misma y los administradores su propia responsabilidad societaria, acordando la disolución voluntaria o provocando la disolución legal de la sociedad.

La finalidad del artículo 31 bis articulando una exoneración de la responsabilidad penal cuando la sociedad esté dotada del adecuado programa de compliance penal quedaría enervada por dicha vía, desincentivando a las empresas y a los propios administradores a instaurar programas de cumplimiento normativo adecuado.

Es por ello que consideramos más acorde estimar que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extinguirá por la disolución de la sociedad en el ámbito mercantil. Dicha posición encontraría amparo en los siguientes argumentos :

_ El artículo 130.1 del Código Penal no prevé como causa de extinción de la responsabilidad penal, la disolución de la persona jurídica.

_ El artículo 130.2 del Código Penal que establece expresamente que la fusión de una sociedad (con la consiguiente extinción de la misma según la LME) no supone la extinción de la responsabilidad penal de dicha persona jurídica sino la traslación de la misma.

Se desliga de ésta forma la responsabilidad penal de la propia existencia de la persona jurídica, no anudando el legislador la extinción de la misma a los supuestos de extinción de la propia persona jurídica delincuente.

_ Atendiendo a una finalidad teleológica del artículo 31 bis del Código Penal consistente en favorecer e incentivar a las sociedades y administradores societarios a que instauren programas de prevención de ilícitos penales idóneos y eficaces en aras de evitar que la sociedad incurra en responsabilidad penal por posibles ilícitos penales que pudiesen cometerse en el seno de la organización empresarial.

_ La responsabilidad penal de la persona jurídica parte de un deber normativo ante la inexistencia de un programa de compliance penal adecuado y no puede ser enervada por la mera voluntad de la propia sociedad delincuente manifestada a través de los acuerdos de sus órganos sociales o a partir de las actuaciones posteriores al delito realizadas por la propia sociedad.

_ Evitar un enriquecimiento injustificado de los acreedores menos preferentes y de los socios que se verían beneficiados a partir de la extinción de la responsabilidad penal, con el correlativo empobrecimiento injustificado del Estado.

_ La extinción de la persona jurídica no se produce con la cancelación registral sino con la completa liquidación de la sociedad, debiendo incluir los liquidadores en el patrimonio pasivo la expectativa de sanción derivada de la responsabilidad penal de la persona jurídica ante el inadecuado programa de compliance penal o en su caso el crédito contingente que se haya generado.

Conforme a ésta posición la disolución mercantil de la sociedad no extinguiría la responsabilidad de la persona jurídica sino que nos encontraríamos ante un pasivo sobrevenido (derivado de la posible sanción pecuniaria o de la responsabilidad civil ex delicto) al que resultaría aplicable lo previsto en el artículo 399 de la LSC. De forma que los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación.

La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 May. 1992). La cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara. Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 Dic. 1999. (Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 2013 ROJ STS 1614/2013 , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de Marzo de 2014 ROJ 3058/2014 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de Marzo de 2015 ROJ 2498/2015).

En el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones, y éstas forman parte del pasivo transmitido a los socios, sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas y en contemplación última de intereses de éstas. Así lo establece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de Marzo de 2017 (ROJ SAN 2436/2017).

De la anterior doctrina jurisprudencial se colige que sería posible la imposición de la sanción pecuniaria y de la responsabilidad civil ex delicto derivadas de una condena en un procedimiento penal, una vez disuelta la sociedad delincuente e incluso cancelados sus asientos registrales.

Una vez liquidada la sociedad, de dicho pasivo sobrevenido responderían los antiguos socios de la sociedad extinguida hasta el límite de lo que hubieran percibido en la liquidación. Esa responsabilidad de los socios establecida en el artículo 399 de la LSC evidentemente cristaliza en un perjuicio para los mismos que tiene su origen en la falta de diligencia de los administradores de la sociedad extinguida en lo que respecta a la instauración del adecuado programa de compliance penal no evitando la condena penal de la persona jurídica. Tal perjuicio causado a los socios evidentemente abre la puerta a una acción de responsabilidad al amparo de lo previsto en el artículo 241 de la LSC.

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE INTERVENCIONES MÉDICAS EN CENTROS PRIVADOS : ¿CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

ALMUDENA CÁRCABA FANJUL
Abogada Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

En la determinación del régimen jurídico aplicable en materia de responsabilidad médica por daños ocasionados a terceros , son múltiples las variables que han de tenerse en cuenta y en virtud de las cuales el supuesto concreto objeto de análisis revestirá unas u otras características. En este sentido, y con carácter sintético, pueden señalarse como tales factores, entre otros y sin ánimo de exhaustividad, los siguientes:

- La producción del daño en un centro médico de carácter jurídico-público o jurídico-privado o concertado
- El tipo de relación jurídica existente entre el personal sanitario y la víctima del daño (contractual o extracontractual, obligación de medios u obligación de resultado, existencia de un contrato de seguro médico suscrito por el perjudicado)
- La concurrencia de los elementos integrantes de alguno de los tipos penales médicos previstos en nuestro Código Penal, lo que conducirá a la aplicación del régimen previsto en los arts. 109 y ss. de dicho Código.

La concurrencia de unas u otras circunstancias en el supuesto de hecho de que en cada caso se trate, determinará consecuencias de notable importancia referidas a cuestiones tales como la jurisdicción competente para conocer de la reclamación y la normativa de fondo aplicable (bien los arts. 1902 y 1903 CC, bien el art. 1101 y ss. CC, los arts. 139 y ss. LRJAPC o incluso los referidos arts. 109 y ss. CP).

Así, y por lo que respecta al orden jurisdiccional competente, para conocer de las reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de supuestos de responsabilidad médica, durante largo tiempo ha existido un enconado debate acerca de si los órganos judiciales competentes al efecto se circunscribían a la jurisdicción civil, a la jurisdicción contencioso-administrativa o incluso a la jurisdicción social ¹, siempre y cuando la atención

¹Vid. en este sentido, entre otros muchos, GÓMEZ LIGÜERRE, "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", Indret, 2001; RIVERA FERNÁNDEZ, "El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria", Anuario de Derecho Civil, 2002, pp. 1620 y ss.; ÁLVAREZ MONTERO, Antonio, "Reclamación de indemnización por daños y perjuicios causados por asistencia sanitaria defectuosa en el ámbito de la Seguridad Social: La persistente controversia sobre la jurisdicción competente", Civitas. Revista española de derecho del trabajo, N° 82, 1997, pp. 249-258; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "Sobre la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria", Civitas. Revista española de derecho del trabajo, N° 96, 1999, pp. 587-600; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración Sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria", Civitas. Revista española de derecho del trabajo, N° 96, 1999, pp. 587-600; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración Sanitaria por lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria", Justicia: revista de derecho procesal, N° 2, 1994, pp. 275-302.

sanitaria se hubiese desarrollado en un centro de carácter público o bien concertado, en virtud del Sistema Nacional de Seguridad Social. Cuestión que a día de hoy se encuentra totalmente solventada a favor de la jurisdicción contenciosa por vía legislativa² en base a la Disposición Adicional 12^ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como por los arts. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴ y 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵.

De forma consecuente con la atribución del conocimiento de las reclamaciones por daños sufridos a consecuencia de cualesquiera actuaciones de los profesionales sanitarios en centros médicos públicos o concertados, por mediación de la afiliación de la víctima al régimen de la Seguridad Social, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el fondo del asunto queda igualmente sometido a la normativa de naturaleza jurídico-administrativa, materializada en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con una total exclusión por tanto de la normativa jurídico-privada reguladora de los daños experimentados bien sea en virtud de una relación contractual, bien de una relación extracontractual⁶, distinción que pierde cualquier tipo de virtualidad práctica en tales casos.

Sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de tales reclamaciones Vid. SSTS Sala 4^ª de 6 de marzo de 2000, 18 de septiembre de 1998 o 10 de julio de 1995.

²Como repaso a la evolución existente en la materia resulta especialmente ilustrativa por su claridad y rigor la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^ª) de 18 de mayo de 2001, FFJJ 1 a 4.

³Introducida por medio de la reforma operada en virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y según la cual: "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

⁴Según el cual: "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

⁵Que establece que: "Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica".

⁶No obstante, debe tenerse apuntarse, siquiera someramente, que aunque el régimen de responsabilidad por daños instaurado por el Art. 139 LRJAPC y por la propia Constitución (Art. 106.2) es de tipo objetivo, en la práctica dicho régimen se equipara en gran medida, sobre todo en materia de criterios de imputación del daño, al propio régimen culpabilístico previsto por el Art. 1902 CC (Cfr. STS Sala 1^ª de 5 de enero de 2007).

Dejando pues al margen tanto los supuestos de responsabilidad sanitaria que se rigen por la normativa administrativa y cuyo conocimiento judicial está encomendado también al ámbito administrativo, como aquellos otros en los que la actividad originadora del daño coincide con alguno de los tipos delictivos previstos en nuestro Código Penal (que rige por tanto la resolución de tales casos –arts. 109 y ss. CP-), el objeto del presente artículo se circunscribe única y exclusivamente al estudio de cuál ha de ser la calificación de la responsabilidad en que incurren los profesionales sanitarios en los casos en que la actividad originadora del daño tiene lugar en el ámbito estrictamente privado, y respecto a la cual se plantea la duda acerca de si tal responsabilidad es de tipo contractual (regida por los Arts. 1101 y ss. CC) o de tipo extracontractual (en cuyo caso procederá la aplicación de los Arts. 1902 y 1903).

Semejante cuestión plantea la necesidad de delimitar los posibles supuestos que pueden darse en la práctica en materia de responsabilidad médica. En este sentido, y siguiendo a GARCÍA GARNICA⁷, podemos distinguir las siguientes hipótesis:

1. Supuestos en los cuales la asistencia médica se presta de forma espontánea o de urgencia sin contrato mediante :

- Tal y como señala la autora citada se trataría de aquel supuesto en el que el facultativo actúa espontáneamente en caso de urgencia, sin consentimiento del paciente, ni de las personas llamadas a prestarlo por sustitución o representación, y fuera de la consulta o del centro en el que presta sus servicios.
- En tales casos parece que la respuesta a la cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad en que puede incurrir el facultativo en cuestión se inclina a favor de la aplicación del régimen jurídico previsto por nuestro ordenamiento para la responsabilidad extracontractual (Arts. 1902 y 1903 CC).

Sin embargo, GARCÍA GARNICA apunta que toda vez que la persona que atiende a la víctima no es un profano, sino un profesional de la medicina, y pese a que no exista contrato entre las partes, surgen para el médico en cuestión toda una serie de obligaciones que van más allá del genérico *neminem laedere*⁸. De lo cual deduce que el facultativo, en tanto que no está obligado por un mero deber de no irrogar daños a tercero, debe observar la *lex artis ad hoc* en el tratamiento del paciente, evitando incurrir en impericia o negligencia, de tal manera que sostiene la conveniencia de aplicar en estos supuestos al régimen de responsabilidad médica algunas de las reglas propias de la responsabilidad contractual, como es el caso de los Arts. 1104 y 1107 CC⁹.

⁷GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Aspectos básicos de la responsabilidad médica", Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 22 y ss. La autora sigue a su vez los planteamientos esbozados por GÓMEZ CALLE, "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil, 1998, pp. 1695 y ss. y también, y fundamentalmente, por ASÚA GONZÁLEZ, "Responsabilidad Civil Médica", Tratado de Responsabilidad Civil (1ª Ed.), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 968.

⁸En alusión a los celeberrimos principios de Ulpiano de *honeste vivere, naeminem laedere, sum cuique tribuere*.

⁹Art. 1104 CC: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Art. 1107 CC: "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Respecto a dicha posición, debe precisarse que la aplicación de tales preceptos a los supuestos de atención sin mediar relación contractual, de urgencia o espontánea, y fuera del establecimiento médico, no supone nihil novum sub sole. La consideración de tales casos como hipótesis de daños por responsabilidad extracontractual no implica modificación alguna en los criterios a tener en cuenta para valorar la pericia de la actuación llevada a cabo por el facultativo en cuestión, toda vez que dicha valoración deberá en todo caso efectuarse de manera conforme (como dispone el 1903) a la naturaleza de la obligación y según corresponda a las circunstancias de las personas (un facultativo médico), del tiempo (en el que se produzca el auxilio) y del lugar (fuera de un establecimiento profesionalmente habilitado para la realización de actividades de intervención o tratamiento médico-quirúrgico).

En consecuencia la *lex artis* es parámetro fundamental a tener en cuenta para cualesquiera análisis que se puedan hacer respecto a la culpabilidad o no en la causación del daño por parte del médico al “auxiliado”, con independencia de la calificación del supuesto de responsabilidad como contractual, extracontractual o cuasicontractual¹⁰, como se desprende, entre otras muchas, de las SSTS de 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre de 2007 y 10 de junio de 2008, que en supuestos calificados como de responsabilidad extracontractual acuden a la utilización de dicho criterio “profesionalizado” para enjuiciar la incursión o no del facultativo en culpa o negligencia generadora de la obligación de indemnizar de conformidad con el Art. 1902 CC, y ello aunque dicho criterio parezca tener más relación con las previsiones del CC relativas a la responsabilidad contractual.

Por todo ello, y a modo de resumen, puede decirse que, en el plano estrictamente teórico, en estos casos estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual¹¹, pese a lo cual deberá enjuiciarse la actividad llevada a cabo por el médico conforme a la *lex artis* que rige su profesión.

¹⁰No se comparte tampoco la idea apuntada por la autora, siguiendo a parte de la doctrina, de que en estos casos podamos estar en presencia de un cuasicontrato, y concretamente ante un supuesto de gestión de negocios ajenos que llevaría aparejada la necesidad de aplicar los Arts. 1888 y ss. CC, aunque la misma pretenda basarse en la STS de 24 de mayo de 1995 que hablaba de la irrelevancia de calificar el supuesto como contractual, extracontractual o cuasicontractual, toda vez que la irrelevancia en cuestión lo es a los efectos apuntados aquí, es decir, a la hora de enjuiciar la incursión o no por parte del médico en culpa o negligencia, aspecto éste que se hará, según se ha dicho, siempre al hilo de la observancia o no de la *lex artis*, y ello, aquí sí, con independencia de la calificación del supuesto como contractual, extracontractual o cuasicontractual.

¹¹Cosa distinta es que el médico no es un sujeto más en materia de auxilio, sino que por el contrario se encuentra obligado por mandato legal (que no contractual) a prestar auxilio ex Art. 196 CP, o bien, según los casos en base al Art. 195 CP.

2. Prestación de asistencia médica en virtud de contrato entre paciente y facultativo

En estos casos sí que estamos en presencia, caso de que se irroguen daños al paciente, de un supuesto de responsabilidad contractual, toda vez que se perfecciona un contrato médico-paciente, que según los casos tendrá la consideración de arrendamiento de servicios (en los supuestos de la denominada medicina curativa o asistencial) o de obra (generando una obligación de resultado predicable en principio, y con carácter general, de las operaciones, fundamentalmente estéticas¹²), lo cual tendrá una notable repercusión en el enjuiciamiento de la procedencia o no de la indemnización por daños y perjuicios que pueda solicitarse.

Así, mientras que en los contratos de arrendamiento de servicios el profesional médico deberá “únicamente” proceder conforma a la *lex artis*, en los contratos de resultado lo que se puede exigir es la obtención de un resultado físico previamente pactado y acordado, siempre y cuando en virtud del contrato o de las circunstancias que rodean al mismo, se desprenda que se ha garantizado la consecuencia de tal resultado o al menos quepa, razonablemente, esperar el mismo, aspecto que no está exento de problemas¹³.

Independientemente de ello en estos casos existe otra variable a tener en cuenta, cual es el hecho de que en la intervención pactada por contrato entre médico y paciente, pueden intervenir otros sujetos (enfermeras, anestesistas...) con los que el paciente no ha contratado nada. En estos supuestos, si el daño se produce por la actuación negligente de tales terceros ajenos a la relación contractual médico-paciente, la víctima dispone de dos opciones. En primer lugar puede reclamar el daño directamente al tercero causante del mismo, no por mor de una responsabilidad contractual sino extracontractual al amparo del Art. 1902 CC. Asimismo, puede reclamar directamente contra el médico los daños causados por dichos sujetos, con base en la culpa del facultativo in vigilando o in eligendo prevista en el Art. 1903.4º CC¹⁴, y ello sin perjuicio de la posibilidad posterior de que dispone el médico de repetir la reparación de tales daños contra sus auxiliares.

¹²No obstante también podría predicarse esta calificación de intervenciones tales como la realización de vasectomías o ligaduras de trompas con la finalidad de evitar el alumbramiento de hijos.

¹³Vid. en este sentido, entre otras, las SSTS de 12 de marzo de 2008, 30 de junio y 20 de noviembre de 2009. Realmente lo que ocurre es que en los supuestos propios de la denominada medicina satisfactiva (en que se persigue un resultado contrato que teóricamente se ha pactado previamente) el deber de información integrado en la *lex artis* propia de la profesión se acrecienta y se extrema (STS de 23 de mayo de 2007). Por ello en términos estrictos en tales casos habrá que estar más a la verificación del grado de cumplimiento de dicho deber de información extremo que al hecho de que se haya conseguido o no el resultado, lo que por otra parte no deja de ser una obviedad por cuanto hemos partido de la calificación como contractual de la responsabilidad dimanante de tales casos, de forma que si, según las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión, cabe concluir que el paciente asumía conscientemente la posibilidad de no consecución del resultado en el momento de celebración del contrato no puede posteriormente reclamar por la no obtención del mismo.

¹⁴Art. 1903 CC: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Como ejemplo de culpa in vigilando o in eligendo en materia de responsabilidad médica puede citarse la STS de 22 de febrero de 2001.

Estas mismas consideraciones (obligación de medios/resultado y responsabilidad contractual/extrac contractual) son extrapolables a los casos en los cuales el paciente no contrata directamente con un médico individualmente considerado, sino con un centro médico (siempre privado claro está), en cuyo caso será éste el que responda de los daños causados¹⁵ (por vía contractual), sin perjuicio de la posibilidad que tiene de repetir dichos daños contra sus empleados caso de que ello resulte procedente. Asimismo, la víctima, según se ha apuntado ya, tiene la posibilidad de demandar directamente al personal médico causante del daño, aunque no por vía contractual, sino extrac contractual, puesto que tales sujetos no tienen vínculo contractual alguno con el paciente¹⁶.

3. Prestación de asistencia sanitaria fruto de la contratación de un seguro médico

En aquellos casos en que la prestación de asistencia sanitaria tiene lugar por medio de la concertación de un seguro médico por parte del paciente víctima del daño, se plantean múltiples cuestiones respecto a la naturaleza de la responsabilidad dimanante de una actuación incorrecta.

De nuevo aquí nos encontramos con un desdoblamiento de las relaciones en presencia. De una parte está claro que existe un contrato entre la aseguradora y la víctima, aunque puede discutirse si el papel de dicha aseguradora no es más que el de mera intermediaria entre el paciente y los profesionales sanitarios que le atienden, encontrándose jurisprudencia y doctrina divididos, aunque la posición mayoritaria entiende que por el contrato de seguro médico la compañía responde de la correcta prestación de los servicios objeto de cobertura¹⁷.

Sin perjuicio de ello, la víctima podría igualmente reclamar a la compañía aseguradora por los daños sufridos en virtud del Art. 1903 CC, y en consecuencia del régimen propio de la responsabilidad extrac contractual. Lo mismo ocurre respecto a la reclamación que directamente puede ejercitar el paciente contra los profesionales sanitarios o centro médico en el cual se le atendió, que nuevamente será una responsabilidad extrac contractual y no contractual.

¹⁵Tanto los daños imputables a dicho centro o clínica, como los propios de los dependientes o auxiliares que llevan a cabo la intervención y materialmente son autores del daño causado. Aunque puede darse la circunstancia de que el contrato celebrado no contemple la prestación de servicios médicos, sino el despliegue de un actividad distinta, como por ejemplo la mera puesta a disposición de medios materiales (instalaciones, instrumental, servicio de catering...).

¹⁶Salvo que la relación jurídica existente entre el facultativo y el centro sea la de un contrato a favor de tercero, en cuyo caso la reclamación de la víctima directamente al médico será de naturaleza contractual y no extrac contractual.

¹⁷Vid. SSTs de 4 de diciembre de 2004 y 19 de diciembre de 2008.

- **Incidencia práctica de la distinción culpa contractual/extracontractual a efectos prácticos. Conclusión**

Independientemente de cuanto se ha dicho en torno a la categorización jurídica de la clase de responsabilidad contractual extracontractual de las distintas hipótesis en que el daño por intervención médica tiene lugar, siempre dentro del ámbito estrictamente privado, lo cierto es que la jurisprudencia viene admitiendo de manera reiterada el denominado principio de unidad de la culpa civil (o yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual), de forma que permite la solicitud de manera cumulativa de ambas clases de responsabilidad, siendo el tribunal el que, en base al principio *iura novit curia*, determina la naturaleza del supuesto en cuestión. Aspecto que por otra parte es del todo lógico desde el momento mismo en que se ha apuntado que tanto en los casos de responsabilidad contractual como extracontractual el criterio de determinación de la concurrencia o no de culpa o negligencia en el actuar médico apunta a la *lex artis*, y ello sin perjuicio de las precisiones que se han hecho respecto a los casos en que teóricamente se ha de calificar la relación jurídica como contractual, fundamentalmente en los contratos de seguro médico y con centros hospitalarios en lugar de directamente con el facultativo.

Puede pues decirse, a modo de conclusión, que la verdadera repercusión práctica de la distinción contractual vs. extracontractual se encuentra en el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de reclamación, que es de un año en el caso de acciones derivadas de culpa extracontractual (Art. 1968 CC), mientras que en la contractual es de 15 años (Art. 1964 CC). Relevancia de la que carecen otros efectos como, por ejemplo, las presunciones de solidaridad o no según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.



LA CESIÓN DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES A COMUNIDADES ENERGÉTICAS

GUILLERMO AMILIVIA DÍAZ

Departamento de Derecho Público y Regulatorio de Andersen

Grado en Derecho-Universidad de León

Máster de Práctica Jurídica-especialidad empresarial

Resumen

La proliferación de las comunidades energéticas en los últimos años ha tenido lugar a consecuencia del notable impulso dado por las Administraciones Públicas desde un punto de vista estratégico, lo que se ha plasmado -además de otras muchas acciones, como las subvencionales- en la participación de los Entes Locales.

Dicha participación se viene produciendo habitualmente como promotores de estas entidades, cuestión que se traduce en la membresía de las comunidades pero también en la cesión de espacios -generalmente de carácter residual, como las cubiertas de los edificios- para ubicar las instalaciones de generación eléctrica.

En este contexto, son innumerables las dudas que se plantean dada la paupérrima regulación de estas figuras, siendo especialmente destacables las cuestiones relativas a los procedimientos de cesión de bienes inmuebles de los Ayuntamientos, así como las propias de la participación de una Administración Local en estas entidades.

Palabras clave

Comunidades energéticas, Entidades Locales, bienes patrimoniales y demaniales.

Abstract

The spread of energy communities in the last few years has been a consequence of the notable boost given by the Public Administrations from a strategic viewpoint, which has been reflected -in addition to many other actions, such as grants- in the active participation of Local Authorities.

This public involvement usually takes place as promoters of these entities, which translates into the membership of the communities, but also through the assignment of spaces -generally of a vestigial nature, such as the roofs of buildings- to locate the electric generation facilities.

In this scenario, countless doubts arise due to the lack of rules and regulations governing these entities, with special emphasis on questions relating to the procedures for the assignment of real estate owned by the Town Councils, as well as those relating to the participation of a Local Authority in these entities.

Key words

Energy communities, Local Authorities, public properties.

SUMARIO

I.Introducción

II.Régimen jurídico de la cesión de bienes inmuebles a comunidades energéticas

II.I.Cesión de bienes demaniales o de dominio público

II.II.Cesión de bienes patrimoniales

II.III.Aspectos comunes a ambos tipos de bienes de la Administración

III.Participación de las Entidades Locales en las comunidades energéticas

III.I.Límites a la participación de los Ayuntamientos en las comunidades energéticas

III.II.Aplicabilidad de la LCSP a la adquisición de energía producida por la comunidad energética

IV.Bibliografía

I. Introducción

Las políticas energéticas impulsadas en el seno de la Unión Europea en los últimos años van cada vez más encaminadas a la promoción de las energías renovables, esencialmente a través del fomento del autoconsumo y de la economía colaborativa en las actividades de generación eléctrica.

Prueba de ello es el impulso dado a la figura de las comunidades energéticas, introducidas en la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, cuya regulación fue posteriormente ampliada por medio de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 5 de junio de 2019; todo ello traspuesto al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 23/2020, que introdujo las comunidades de energías renovables como un nuevo sujeto del sector eléctrico -que aglutina, sin establecer diferencias jurídicas ni prácticamente organizativas, las figuras europeas de las comunidades ciudadanas de energía y las comunidades de energías renovables-¹.

Resulta llamativo, sin embargo, que una figura de tal relevancia y con semejante potencial para la política energética no cuente aún con un desarrollo reglamentario, si bien se han iniciado los trámites este mismo año², a lo que se unen los intentos de clarificación de ciertos aspectos a través de las convocatorias de ayudas públicas para estos proyectos. Por tanto, toda su regulación se puede resumir prácticamente en un párrafo, el de la definición contenida en la Ley del Sector Eléctrico:

Las comunidades de energías renovables, que son entidades jurídicas basadas en la participación abierta y voluntaria, autónomas y efectivamente controladas por socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dichas entidades jurídicas y que estas hayan desarrollado, cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios y cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde operan, en lugar de ganancias financieras.

Esta definición fija una serie de aspectos clave para comprender el régimen jurídico y de funcionamiento de las comunidades energéticas, siendo conveniente detenernos en los mismos de forma somera:

- El carácter abierto y voluntario no sólo afecta en cuanto a la concepción colaborativa de esta figura, sino que tiene incidencia directa en la forma jurídica que se debe dar a estos proyectos, pues ha de garantizar una libertad de entrada y salida de sus integrantes, evitando cualquier forma de discriminación.

¹GONZÁLEZ RÍOS, I., Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales, Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, N° 117, 2020, págs. 151-155

²Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan las figuras de las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía. Sometido a trámite de información pública, que concluyó el 17 de mayo de 2023.

- La naturaleza autónoma de las mismas y la exigencia de que estén controladas por socios o miembros influye también en las cuestiones que acabamos de indicar, llevándonos hacia figuras jurídicas de estilo asociativo -como las cooperativas o las asociaciones³-.
- La proximidad entre sus miembros y las instalaciones se plantea también como eje central de las comunidades energéticas, potenciando ese carácter colaborativo entre vecinos y la eficiencia propia de la cercanía.
- De igual forma, la exigencia de que los proyectos sean propiedad de las comunidades energéticas reafirma su independencia, su control por los socios y evita una perversión de estas figuras mediante su sometimiento a terceros -generalmente con mayor peso en el sector eléctrico- que puedan condicionar las actividades de la comunidad por ser propietarios de las instalaciones.
- La concreción sobre quiénes pueden ser socios o miembros de las comunidades ratifica los caracteres ya expuestos, por ir dirigida esencialmente a los ciudadanos y a las pymes con implantación en los territorios, permitiendo igualmente la entrada de autoridades locales, cuyo papel -como veremos- va a resultar clave desde un punto de vista tanto institucional como operativo.
- Y, finalmente, la priorización de los beneficios medioambientales, sociales y económicos -para sus socios, miembros o zonas de operación- frente a la existencia de ganancias financieras supone la confirmación sobre la conveniencia de emplear figuras cuya tónica común sea la ausencia de ánimo de lucro; dándonos además las claves para considerar que las actividades de estas entidades cumplen con fines de interés general o social.

Hecha esta contextualización sobre el régimen jurídico de las comunidades, debemos entrar en materia en lo referente a la participación de las autoridades locales en estos proyectos, que tienen un papel primordial en el impulso de los mismos, si bien nos vamos a detener en el estudio -por su interés jurídico- de la cada vez más frecuente cesión de espacios municipales para ubicar las instalaciones de generación eléctrica⁴.

Dicha actividad de cesión, por su interés desde el punto de vista social y sus implicaciones jurídicas ha llevado a cuestionarse cuál es el régimen jurídico de estas cesiones, el procedimiento, la naturaleza y las especificidades de las mismas, así como las implicaciones que puede conllevar la participación de los Ayuntamientos no sólo como cedentes sino también como socios o miembros.

³LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., Comunidades Energéticas de carácter local y lucha frente a la despoblación: condicionantes legales y papel de los entes locales, en NAVARRO GÓMEZ, C. et al, Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2022, págs. 577-578

⁴MENÉNDEZ SÁNCHEZ, J. / FERNÁNDEZ GÓMEZ, J., Comunidades energéticas. Casos de estudio, Instituto Vasco de Competitividad - Fundación Deusto, 2022, págs. 115-116

II. Régimen jurídico de la cesión de bienes inmuebles a comunidades energéticas

La cesión más habitual realizada por las Entidades Locales a las comunidades energéticas es la de las cubiertas de sus edificios, por ser espacios generalmente carentes de uso y cuya utilización no perturba las actividades desarrolladas en estos inmuebles (polideportivos, oficinas, bibliotecas o colegios, por ejemplo). En este contexto se plantea una primera disyuntiva, derivada de la calificación que tengan estos inmuebles -sean bienes demaniales o patrimoniales-. En todo caso, según dispone el artículo 396 del Código Civil, las cubiertas de los tejados son elementos comunes e inseparables de los edificios, por lo que tendrán la misma calificación que los edificios.

Por tanto, debemos diferenciar si la cesión es respecto a un bien de dominio público o un bien patrimonial, pues dicha diferenciación se traslada también a la legislación patrimonial de la Administración, y particularmente a la normativa aplicable a los Entes Locales, donde se da un tratamiento diferenciado en función de la naturaleza de estos bienes.

II.I. Cesión de bienes demaniales o de dominio público

Las características básicas de los bienes demaniales son de carácter prohibitivo, resumiéndose en la imposibilidad de venderlos (inalienables), obtener su propiedad a través de la usucapión (imprescriptibles) o embargarlos (inembargables); lo que implica que la cesión total o parcial del uso de sus espacios a personas privadas deba hacerse a través de la figura de la concesión demanial, la cual habilita al concesionario a utilizar el bien cedido de forma privativa, anormal y prolongada en el tiempo.

En el ámbito de la Administración Local debemos atenernos al Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), así como a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que establecen como norma general para la selección del titular de una concesión demanial el procedimiento de pública concurrencia, mediante la aplicación de criterios de carácter igualitario y objetivo.

Sin embargo, la propia LPAP, en su artículo 93.1, habilita a realizar un otorgamiento directo de la concesión -entre otros- en los supuestos del artículo 137.4 del mismo cuerpo legal. Este precepto incluye en su apartado c) el supuesto que mejor encaje tiene con las comunidades energéticas, al hacer referencia a casos en que “el inmueble resulte necesario para dar cumplimiento a una función de servicio público o a la realización de un fin de interés general”⁵.

⁵ DE GUERRERO MANSO, C., La protección del medio ambiente mediante la utilización de concesiones demaniales, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 24, 2022, págs. 25-26

La existencia de un fin de interés general se ajusta plenamente a la filosofía y el marco jurídico previamente expuesto para las comunidades energéticas, dado que su finalidad es la de proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales para sus socios, miembros o zonas de operación, en lugar de producir ganancias financieras.

De hecho, esto se ratifica en vista del Proyecto de Real Decreto de desarrollo de estas figuras, que fija los criterios que deben cumplir las comunidades para entender que estas proporcionan los beneficios indicados⁶.

En este mismo sentido, cabe destacar que ya existe normativa a nivel autonómico en la que expresamente se indica que las actividades desarrolladas por las comunidades energéticas son de interés general o social, como es el caso de Navarra⁷. Y, de igual forma, el amplio régimen subvencional existente en torno a las comunidades energéticas es prueba prueba inequívoca del interés general y público de las actividades que desarrollan estas entidades, que se entiende como merecedor de apoyo económico por parte de las Administraciones Públicas, lo que se ratifica dado su papel central en las estrategias energéticas europeas, nacionales y autonómicas⁸.

Respecto al régimen económico de la concesión demanial, el artículo 93.4 de la LPAP establece la posibilidad de que la concesión se otorgue excepcionalmente con carácter gratuito, exigiéndose una ausencia de beneficios económicos a consecuencia de la concesión o, en caso de que estos existan, que se enmarquen dentro de unas circunstancias que los reduzcan sustancialmente.

Como ya hemos indicado, la comunidad energética no puede producir beneficios económicos de forma directa, lo que lleva a concluir que se cumple per se con la exigencia del precepto citado.

II.II. Cesión de bienes patrimoniales

Los bienes patrimoniales -definidos por la legislación en sentido negativo; esto es, aquellos que no son demaniales- resultan también objeto de negocios jurídicos por parte de las Administraciones Locales y cuentan con su propia -aunque escasa- regulación, coincidente en muchos aspectos con la de los bienes de dominio público.

⁶El proyecto normativo expone en sus artículos 4.1.f) y 10.6 que existe una presunción de que la comunidad “proporciona beneficios medioambientales, económicos y sociales a sus socios o miembros y a las zonas locales donde operan cuando destinan, principalmente, los beneficios económicos que pudieran obtener a la reducción de costes de energía de sus socios o miembros, al desarrollo de actuaciones relacionadas con su objeto social, a inversiones que supongan una mejora ambiental del entorno o al desarrollo social de la localidad o localidades donde desarrollan su actividad.”

⁷El artículo 14.1 de la Orden Foral 64/2022, de 21 de octubre, del Consejero de Desarrollo Económico y Empresarial, por la que se establecen medidas de fomento de las comunidades de energía en Navarra indica que “las instalaciones de aprovechamiento de fuentes de energía renovable promovidas por una comunidad de energía tendrán la consideración de instalaciones de interés social.”

⁸FAJARDO GARCÍA, I.G., El autoconsumo de energía renovable, las comunidades energéticas y las cooperativas, Noticias de la economía pública social y cooperativa - CIDE, N° 66, 2021, pág. 39

Así, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL) -artículo 79.2- prevé la cesión de estos bienes con carácter gratuito en favor de entidades privadas siempre que estas no tengan ánimo de lucro y sean de interés público, requisitos que se ratifican en la redacción del artículo 109.2 del RBEL.

Como ya se ha expuesto previamente, el interés público de las comunidades energéticas -o, más bien, de sus actividades- resulta innegable. Sin embargo, se ha planteado en ocasiones la discusión sobre si estos preceptos, al exigir un interés público lo hacen refiriéndose, en el caso de las asociaciones, a la declaración de utilidad pública, un procedimiento tasado y con requisitos muy delimitados. Sin embargo, el Tribunal Supremo⁹ se ha inclinado por un criterio antiformalista, que prima la apreciación por la Administración de estas circunstancias, lo que hace extensibles sus efectos a otras personas jurídicas, como las cooperativas.

De igual forma, los textos legales citados habilitan a que se realice la cesión de los bienes inmuebles a través de un procedimiento de adjudicación directa, evitando los procedimientos de publicidad y concurrencia pública -que, según la norma, son los que se aplican con carácter general-.

La fundamentación de esta medida excepcional parte precisamente de las características especiales de los proyectos que pueden ser beneficiarios; es decir, en estos casos, la búsqueda de beneficios sociales y medioambientales en lugar de la generación de plusvalías, así como la particularidad de los bienes cuya cesión se solicita -las cubiertas- y de la actividad a desarrollar allí.

Sin embargo, así como los bienes demaniales contaban con preceptos que hacían referencia expresa a esta posibilidad de la adjudicación directa, en el caso de los bienes patrimoniales el terreno resulta algo más farragoso, pues no existe una regulación concreta -seguramente por tratarse de bienes menos frecuentes, por lo que la cesión de los mismos apenas se da-.

Por tanto, además de lo previamente expuesto, debemos acudir al ya citado artículo 137.4 de la LPAP; pues en tanto se admiten las adjudicaciones directas incluso para negocios jurídicos de mayor relevancia o de carácter irreversible -como la enajenación-, entendemos que con más motivo se permite para las cesiones temporales de dichos bienes, que resultan negocios claramente menos gravosos.

⁹Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª) 5076/2002, de 8 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5076)

II.III. Aspectos comunes a ambos tipos de bienes de la Administración

Respecto al régimen jurídico de dichas cesiones existen ciertos aspectos de interés, esencialmente de carácter procedimental, que resultan iguales independientemente del tipo de bien de que se trate y que merecen una breve mención.

Así, respecto a la adjudicación de la concesión, debemos atenernos a lo dispuesto en la normativa de contratos del Sector Público -dado que la norma general, ya indicada, es la de que se acuda a procedimientos competitivos-. En este sentido, la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) establece una diferenciación sobre qué órgano es el competente para adjudicar dicha concesión -el Pleno del Ayuntamiento o el Alcalde- atendiendo en todo caso a la cuantía de la misma, siendo el importe de referencia de tres millones de euros.

Sin embargo, como se ha indicado, las comunidades energéticas cumplen todos los requisitos legales que habilitan a que se realice una cesión gratuita, independientemente de la naturaleza del bien, lo que implica que la competencia sea -por estar debajo del umbral indicado- del Alcalde del Ayuntamiento, conforme han ratificado los órganos consultivos de contratación pública, que entienden que en las cesiones gratuitas el presupuesto base de licitación debe ser considerado como de cero euros¹⁰.

Cuestión distinta, en cambio, supone la aprobación de la participación del Ente Local en la comunidad energética bajo la condición de socio o miembro, siendo competencia del Pleno la adopción de esta decisión -ex artículo 47.2.g) de la LRBRL-, requiriéndose mayoría absoluta, todo ello dada la doble vertiente que esto implica: el componente de compromiso institucional de participar -y, en la mayoría de los casos, aportar las cubiertas- en la comunidad y, además, por las implicaciones presupuestarias que tiene para el Ayuntamiento, que pasa a ser un sujeto obligado al pago de las cuotas que se establezcan.

III. Participación de las Entidades Locales en las comunidades energéticas

La entrada de las autoridades locales en las comunidades energéticas como socios o miembros y no sólo a través de la cesión de espacios públicos resulta también ciertamente habitual desde una perspectiva económica (minoración de sus facturas eléctricas) y desde un punto de vista institucional, pues la circunscripción de estas entidades al ámbito local justifica plenamente el respaldo de los consistorios, a lo que se une el alineamiento de estas iniciativas privadas -o semipúblicas- con los objetivos de política energética perseguidos por las Administraciones.

En este contexto, vamos a analizar dos cuestiones relevantes y que se pueden plantear: ¿pueden participar ilimitadamente las Entidades Locales en las comunidades energéticas? y ¿el hecho de que participen Administraciones Públicas en estos proyectos conlleva la aplicación de la LCSP?

¹⁰Vid. Informe 8/2021, de 12 de noviembre de 2021, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

III.I. Límites a la participación de los Ayuntamientos en las comunidades energéticas.

En primer lugar, la propia organización de las comunidades obliga a su articulación democrática y participativa, lo que implica una prohibición de que alguno de los socios -particulares o institucionales- tenga un control efectivo, ya sea por su número de derechos de voto, por controlar la adopción de decisiones o por tener la facultad de nombrar a la mayoría de miembros del órgano de gobierno. De hecho, el Proyecto normativo para el desarrollo de estas figuras así lo contiene en su artículo 4.

Por otra parte, la LCSP -en su artículo 3- fija un marco que nos permite conocer qué entidades se consideran integrantes del sector público, lo que supone que les resulte de plena aplicación esta norma de conformidad con el apartado tercero de dicho precepto, siendo así un límite a la participación de los consistorios, dada esta cláusula de cierre incluida en la legislación contractual. En lo referente a las comunidades energéticas, los Ayuntamientos no pueden ser sus financiadores mayoritarios, ni tampoco controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de gobierno. De lo contrario, se estaría incurriendo en las prohibiciones expuestas en el párrafo anterior y, además, se consideraría que la comunidad energética es un poder adjudicador; o, lo que es lo mismo, toda su actividad de contratación debería regirse por lo establecido en la LCSP.

Asimismo, un eventual control de la comunidad energética por parte de un Ente Local no sólo chocaría frontalmente con las problemáticas ya expuestas, sino que generaría conflictos de carácter financiero, pues daría lugar a su integración dentro del perímetro de consolidación de la Administración, a efectos de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las consiguientes obligaciones de fiscalización y control presupuestario.

III.II. Aplicabilidad de la LCSP a la adquisición de energía producida por la comunidad energética

Otra de las cuestiones que en ocasiones se plantea es si la energía eléctrica que el Ayuntamiento adquiere -o, mejor dicho, recibe- con motivo de la participación en la comunidad se encuentra sometida a la aplicación de la legislación de contratación administrativa, ya sea por su cuota correspondiente de energía o por la recepción de los excedentes de producción.

Por un lado, no está claro que nos encontremos ante un verdadero negocio de compraventa, toda vez que se está produciendo simplemente un autoconsumo de proximidad: se consume la energía producida por unas instalaciones propiedad de la comunidad energética, de la que se es socio. El artículo 2 de la LCSP ayuda a disipar estas dudas, pues establece que dicha norma únicamente resulta de aplicación a los contratos onerosos, entendiendo como tales aquellos que reporten un beneficio económico al contratista.

¹¹DEL SAZ CORDERO, S., La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?, Revista de administración pública, N° 174, 2007, págs. 358-359

¹²MELERO Balcázar, A., El reto continúa: la estabilidad presupuestaria en las entidades locales. Especial referencia al mapa de entes dependientes y adscritos y a la clasificación SEC, Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, N° 73, 2019, págs. 73-74

En este sentido, el pago de una cuota a cambio de la asignación de una potencia mensual a descontar de la facturación de energía eléctrica difícilmente puede considerarse que tenga un carácter oneroso, por no suponer un beneficio para la comunidad energética. De hecho, la propia concepción y organización de las comunidades energéticas lleva a excluir este planteamiento. Ello dada la imposibilidad de que tengan ánimo de lucro, por la forma jurídica que habitualmente adoptan -la de asociación o cooperativa- y por el destino que generalmente se establece en los Estatutos para las cuotas a satisfacer por los socios -la de entrada, y la cuota mensual-. Así, al no poder obtener ni repartir beneficios la comunidad energética, las cuotas percibidas tienen como única finalidad sufragar los gastos de adquisición, mantenimiento y gestión de la infraestructura de producción.

Por tanto, y en ausencia de especialidades en la LCSP o en la normativa reguladora del autoconsumo, cabe concluir que la normativa de contratación pública no aplica a estas situaciones, ni siquiera en los supuestos de adquisición de excedentes de producción -casos previstos por muchas comunidades energéticas para las situaciones en que la comunidad tenga vacantes entre sus socios, tratando de evitar el desperdicio de la energía generada-.

IV. Bibliografía

- DE GUERRERO MANSO, C., La protección del medio ambiente mediante la utilización de concesiones demaniales, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° Extra 24, 2022
- DEL SAZ CORDERO, S., La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?, Revista de administración pública, N° 174, 2007.
- FAJARDO GARCÍA, I.G., El autoconsumo de energía renovable, las comunidades energéticas y las cooperativas, Noticias de la economía pública social y cooperativa - CIDEC, N° 66, 2021.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales, Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, N° 117, 2020.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., Comunidades Energéticas de carácter local y lucha frente a la despoblación: condicionantes legales y papel de los entes locales, en NAVARRO GÓMEZ, C. et al, Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2022.
- MELERO BALCÁZAR, A., El reto continúa: la estabilidad presupuestaria en las entidades locales. Especial referencia al mapa de entes dependientes y adscritos y a la clasificación SEC, Auditoría Pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, N° 73, 2019.
- MENÉNDEZ SÁNCHEZ, J. / FERNÁNDEZ GÓMEZ, J., Comunidades energéticas. Casos de estudio, Instituto Vasco de Competitividad - Fundación Deusto, 2022.

EL SISTEMA DE SEGUNDA OPORTUNIDAD: ¿UN PROBLEMA DE EJEMPLARIDAD?

ILMO.SR. D. ANTONIO FUENTES BUJALANCE

Magistrado especialista Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba
Profesor asociado de Derecho Mercantil de la UCO

Desde hace años, en concreto desde el año 2015 cuando se empezó a pergeñar legislativamente la génesis del actual sistema de segunda oportunidad o exoneración de pasivo insatisfecho mediante la Ley 25/2015 de 28 de Julio que modificó la extinta Ley Concursal, vengo advirtiendo que esta herramienta acabaría siendo un foco de litigación concursal enorme y que las solicitudes de concurso de personas físicas buscando los beneficios de la norma serían masivos. De hecho, eso mismo debió pensar el legislador cuando traspasó las competencias de los concursos de personas físicas no empresarios a los Juzgados de Instancia, dado que el principal motivo de ello fue la avalancha esperada de este tipo de procesos que se entendió no serían soportable por los ya saturados juzgados mercantiles, aunque hoy en día como sabemos los juzgados mercantiles han vuelto a recuperar la plena competencia para todo tipo de concursos de persona física.

Pues bien, aunque ha tardado un poco, hoy en día ya podemos afirmar sin ambages que la avalancha ya ha llegado, me decía un compañero hace unos días que su juzgado se ha convertido en una gestoría ya que prácticamente se dedican a rellenar modelos de tramitación de este tipo de procesos, doy fe que así es.

Precisamente al aumentar de manera exponencial este tipo de procesos, la práctica diaria comienza a ofrecernos los auténticos contornos de la norma y de un problema que ha dado la cara a la hora de conceder o no la exoneración de deudas, lo que podríamos denominar el “test de ejemplaridad”.

El sistema de exoneración de pasivo insatisfecho o segunda oportunidad, tiene una base de razonamiento muy sencilla a priori, si usted no tiene con qué pagar lo que debe, yo se lo perdono. Es cierto que hay algunas deudas que no se perdonan o no se perdonan del todo, el ejemplo más claro que tanto juego jurisprudencial ha dado y va a seguir dando con las cuestiones prejudiciales planteadas en torno a la nueva regulación emanada de la Ley 16/2022 de 5 de Septiembre, es el crédito público, pero no me quiero centrar en eso, quizás en otra ocasión.

Quiero llamar la atención sobre ese “test de ejemplaridad” o “análisis de responsabilidad crediticia”, me explico:

Determinados órganos judiciales, y no los mento por tener una motivación de crítica de sus resoluciones, sino por ser quizás las que han dado visibilidad a lo que voy a exponer, están valorando en el momento de decidir si conceden o no la exoneración de deudas a los deudores si la deuda que se pretende exonerar fue en su día una deuda adquirida de manera responsable y razonable, y el razonamiento también es sencillo, si usted tiene una deuda generada por haber sido usted un irresponsable al endeudarse, usted no tiene derecho a que yo le perdone la deuda. Para fundar conforme a ley este razonamiento se suele acudir al art. 487.6 del Texto Refundido de la Ley Concursal que niega la posibilidad de obtener la exoneración cuando el deudor *"....haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones , incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable.*

Para determinar la concurrencia de esta circunstancia el juez deberá valorar:

- a) La información patrimonial suministrada por el deudor al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.*
- b) El nivel social y profesional del deudor.*
- c) Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.*
- d) En caso de empresarios, si el deudor utilizó herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones Públicas."*

Estamos como vemos ante una norma poco concreta y que deja mucho margen a la interpretación, y dentro de ese análisis, los jueces corremos el riesgo de sesgar el mismo con una variable que sea la de valorar la ejemplaridad de la actuación del deudor. Si la sociedad detecta que al irresponsable, cuando no al “listo”, se le perdona las consecuencias de su irresponsabilidad o pillería, que de todo puede haber, resulta que se envía un mensaje quizás perverso a la sociedad, el irresponsable sale de rositas y el “responsable” sigue pagando. Desde luego este riesgo existe, pero creo que el problema es más bien de eficiencia del sistema, del sistema legal de exoneración y del sistema crediticio. De eficiencia del sistema legal de exoneración, por cuanto lo que resulta antieconómico e ineficiente es mantener “activa” una deuda a una persona que no puede pagarla, porque este es el requisito básico para poder exonerarse, no poder pagar.

Podemos no exonerar la deuda, pero nuestra legislación civil ya recoge un mínimo inembargable, que no es precisamente bajo, para un sueldo de 2000 euros netos por ejemplo, lo máximo que se puede embargar son 300, y si se tienen cargas familiares esa cantidad puede incluso ser menor. Repito, podemos negar la exoneración y no eliminar la deuda, pero esa deuda no se va a pagar posiblemente nunca, deuda que además genera sin parar intereses de demora y se va engordando con el tiempo, y ¿cual habrá sido el resultado?, un sistema “ejemplar”

pero ineficiente porque no resuelve el problema legal, y habría que preguntarse si la norma concursal y de exoneración está para “repartir moralina social” o para solucionar problemas legales, un sistema legal que no soluciona el problema y que no hace sino simplemente estabularlo sin solución, es una norma ineficiente.

Pero como decíamos también es un problema de eficiencia del sistema crediticio, prácticamente el 100% de la deuda que se solicita sea exonerada corresponde a deuda en manos de prestamistas profesionales, más ortodoxos, como las entidades financieras, y menos ortodoxos, como esas plataformas domiciliadas en paraísos fiscales de facto que conceden microfinanciación y que campan por las redes digitales concediendo préstamos, tarjetas etc a golpe de “click”. Así habría que preguntarse si “en el pecado no deben llevar la penitencia” todas estas entidades que conceden financiación también irresponsable, porque tan irresponsable puede ser el que pide como el que da, he visto casos que duelen a la vista, miles y miles de euros concedidos con nóminas que apenas superan el SMI o con nóminas cuya parte embargable son un puñado de euros al mes. De hecho el legislador, si bien no lo ha hecho de una forma evidente, cuando el precepto transcrito pide que se valore la información que el deudor otorgó al acreedor antes de conceder el préstamo, lo que nos está diciendo sin lugar a dudas es que también valoremos esa “responsabilidad” por parte del prestamista, y hoy en día con todos los sistemas de comprobación posibles que existen es complicado engañar a alguien salvo que uno se deje engañar o sea muy irresponsable al valorar la solvencia de un deudor, un sistema crediticio eficiente no concedería jamás a un buen número de personas la financiación a los deudores que están acudiendo a los juzgados para exonerarse de las deudas, si el sistema gana en eficiencia se concederá a quien pueda pagar, y esos deudores responsables se beneficiarán de mejores condiciones por ser piezas codiciadas por las entidades.

Pero a pesar de todo, si aún queremos seguir poniendo el foco en la ejemplaridad del comportamiento del deudor, en España y fuera de España, tenemos recientes ejemplos como en Suiza o EEUU, donde corporaciones que nadie duda que no han sido precisamente responsables en su proceder, han acabado recibiendo toda la “comprensión” y ayuda millonaria del Estado, aquí parece ser que no hay ningún problema de ejemplaridad ni de préstamo irresponsable, o inversiones irresponsables, es decir, al deudor al que irresponsablemente se le presta por la entidad no se le perdona, hay que ser ejemplar, pero al acreedor que presta irresponsablemente, no solo se le “perdona”, sino que se le rescata y se le inyecta dinero público, hombre hay que solucionar un problema que puede socavar los cimientos del sistema financiero, de acuerdo, aceptemos pulpo como animal de compañía, pero no me negarán que es una curiosa y selectiva forma de entender la ejemplaridad.

LLAMADME PONCIO PILATO PREFECTO DE JUDEA

EDITORIAL CAJÓN DE SASTRE

Avelino García Bermejo

El libro, cuyo autor es mi padre Avelino García Bermejo, fallecido ya hace más de 30 años, realiza en mi opinión una obra muy original, donde el personaje de Poncio Pilato, tan conocido por las Sagradas Escrituras y a la vez tan desconocido en casi todo, escribe unas memorias donde repasa su vida de soldado de Roma.

Para mí la obra tiene varias partes, y así como también varios componentes, que considero, la hacen muy atractiva.

Por un lado, la narración en primera persona de Poncio Pilato, con la dificultad que esto entraña al ser un personaje histórico y del que además se sabe muy poco.

Por otro lado, una documentación histórica bastante prolija que nos acerca de manera clara y profusa a la situación geopolítica de Judea y por ende del Imperio Romano en esa zona.

También, y esto para mí es esencial en la obra, la mirada de Poncio Pilato hacia Cristo, las preguntas que aquél le hace a Cristo, la recreación de los hechos que sucedieron en toda la Pasión bajo el punto de vista de Poncio Pilato. Los personajes que se mueven en la historia alrededor de Cristo y del propio Pilato.

Por último, las conclusiones que saca el autor y que pone en boca de Pilato con toda la carga humana que ello conlleva. Conceptos como la existencia, la vida, la muerte, la predestinación, la vejez, son tratados por el autor de manera seria y compacta y que nos hace pensar en nuestra existencia y en lo que somos.

En suma, en mi opinión se trata de una obra atrayente y novedosa que creo no dejará al lector indiferente y que nos transporta a otro tiempo con una gran maestría. Por supuesto, la lectura del libro debe ser masticada poco a poco debido al profundo contenido de la misma.



Francisco García Más

LLAMADME PONCIO PILATO PREFECTO DE JUDEA



EDITORIAL CAJÓN DE SASTRE

CÓRDOBA 2023

AUTOR

AVELINO GARCÍA BERMEJO

Consigue tu ejemplar por 19,90€ en

Libros Cajón de sastre



Experiencias de aprendizaje para
la innovación y el emprendimiento

IBERO CREA MAD

Crear, crear, compartir

Del 02 al 04 de octubre 2023

Organizan:

OBSERVATORIO IBEROAMERICANO
DE EMPRENDIMIENTO,
REEMPRENDIMIENTO
Y RECICLAJE

Escuela
Internacional
Creativa & de
Innovación

Instituto de
Emprendimiento
Avanzado

SIU | SOCIAL
INTERNATIONAL
UNIVERSITY
FUNDADA EN 2012
FIAM ACADEMY

Colaboran:

UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA

WF43

SOY
EMPREENADOR

#OlundRur@l
TODAY

pdm
Universidad de Murcia

UNIC

Mipre
MIM

SX

CUNIEP

FUE

ceaje

OFITUR

RIECC