

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 2

Número 1

Junio 2014

eISSN: 2340-5155

URL: <http://revistas.usal.es/index.php/ais/issue/view/743>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 2

| Número 1

| Junio 2014

| eISSN: 2340-5155

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretario

Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Universidad de Salamanca, España)

Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)

Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)

Diego Pablo FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia.

Codirector de Global Governance Studies)

Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)

Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)

José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)

Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia

Antonia DURÁN AYAGO (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)

Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venecia, Italia)

Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)

Marta DEL POZO PÉREZ (Universidad de Salamanca, España)

José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)

Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)

Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)

Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)

Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)

Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)

Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)

Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)

Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)

Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)

Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)

César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España.

Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)

Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 2

Número 1

Junio 2014

eISSN: 2340-5155

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS)

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (Director)

Dr. Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Secretario)

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España)

Teléfono: +34 923 29 44 41

Correo-e: ais@usal.es

<http://campus.usal.es/derecho>

http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/index

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Pretende mantener los *más altos estándares de calidad* en sus publicaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf

Maquetación: Intergraf

Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 2

| Número 1

| Junio 2014

| eISSN: 2340-5155

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. La modificación de la Ley de Consumidores
por María Jesús Moro Almaraz 11-16
2. ¿Es posible armonizar los subsistemas tributarios autonómico y local?
por José María Lago Montero 17-24
3. Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma
del Código Penal de 2013
por Ana Isabel Pérez Cepeda 25-35
4. La nueva ley anticorrupción brasileña
por Modesto Carvalhosa 37-45

ESTUDIOS

1. *De iudicio*. Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar.
(Lección impartida en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca en
la festividad de Santo Tomás de Aquino, 2014)
por Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell 49-79
2. Política, Fuerzas Armadas y narcotráfico en México. ¿Un Ejército fuera
de la ley?
por Gustavo Fondevila y Alberto Mejía 81-106
3. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante
anterior
por Fernando Andrade Fernandes 107-136
4. Iniciativa Legislativa Popular en España: aspectos normativos
e incidencia práctica
por Rafaela Teresa Quintero Ortega 137-162

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

(JULIO-DICIEMBRE 2013)

Derecho Administrativo.....	168
Derecho Constitucional	199
Derecho Eclesiástico del Estado.....	203
Derecho de Extranjería	206
Derecho Financiero y Tributario	209
Derecho Mercantil	227
Derecho Procesal	265
Derecho del Trabajo y Seguridad Social	270
Derecho de la Unión Europea.....	281

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(JULIO-DICIEMBRE 2013)

Derecho Administrativo.....	307
Derecho Civil	309
Derecho Eclesiástico del Estado.....	319
Derecho Financiero y Tributario	323
Derecho Internacional Privado	330
Derecho Mercantil	337
Derecho Penal.....	351
Derecho Procesal	359
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.....	364
Derecho de la Unión Europea.....	371



TABLE OF CONTENTS

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. Changes in Consumer Law <i>by María Jesús Moro Almaraz</i>	11-16
2. Is it possible to harmonize regional and local tax subsystems? <i>by José María Lago Montero</i>	17-24
3. Justification and political-criminal keys of the 2013 Criminal Code Reform Project <i>by Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	25-35
4. The new anti-corruption Brazilian law <i>by Modesto Carvalhosa</i>	37-45

ARTICLES

1. <i>De iudicio</i> . Variations around the power and act of judging. (Lecture at the Paraninfo of the University of Salamanca in the festivity of Saint Thomas Aquinas, 2014) <i>by Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell</i>	49-79
2. Politics, Armed Forces and drug trafficking in Mexico: An outlaw army? <i>by Gustavo Fondevila and Alberto Mejía</i>	81-106
3. Money laundering: The question of precedent relevant criminal fact <i>by Fernando Andrade Fernandes</i>	107-136
4. Legislative initiative in Spain: Regulatory issues and practical impact <i>by Rafaela Teresa Quintero Ortega</i>	137-162

LAW REVIEW

(JULY-DECEMBER 2013)

Administrative Law	168
Constitutional Law	199
State Ecclesiastical Law	203
Immigration Law	206
Tax Law	209
Commercial Law	227
Procedural Law	265
Labour Law	270
European Union.....	281

CASE LAW

(JULY-DECEMBER 2013)

Administrative Law	307
Civil Law	309
State Ecclesiastical Law	319
Tax Law	323
International Private Law.....	330
Commercial Law	337
Criminal Law.....	351
Procedural Law	359
Labour Law	364
European Union.....	371

—— **TRIBUNA DE ACTUALIDAD** ——

La modificación de la Ley de Consumidores

Changes in Consumer Law

María Jesús Moro Almaraz

Profesora Titular de Derecho Civil
Diputada en Cortes Generales

Fecha de recepción: 24 de abril de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 5 de mayo de 2014

El pasado 28 de marzo se publicaba en el *BOE* la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.*

Por medio de esta Ley se lleva a efecto, esencialmente, la transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, aunque, como precisaremos más tarde, no sólo se limita a ello. Dada la concisión que corresponde a estas líneas, limitaremos nuestro apunte a los aspectos de la Ley que de forma más directa afectan al texto refundido y concordantes.

La Directiva 2011/83/UE se inscribe en esa nueva generación de normas comunitarias que se han concebido para alcanzar una mayor armonización de las normativas nacionales de consumo que la alcanzada por acción de los anteriores instrumentos,

pues, como se ha dicho y analizado pormenorizadamente por las propias instituciones comunitarias y por los especialistas, la apuesta por las llamadas directivas de mínimos en esta materia, entre otros factores, ha abierto un amplio abanico regulatorio de los mecanismos jurídicos de protección de los consumidores, distorsionando los objetivos perseguidos y abriendo, incluso, importantes brechas de desprotección en un mundo crecientemente tecnificado, comunicado y vinculado por Internet. En las actividades comerciales y de consumo en la Red, es donde esa pluralidad de niveles e instrumentos de protección, plazos, criterios diferenciados respecto a la información o las garantías de venta de bienes de consumo o de prestación de servicios abruma si cabe más a un consumidor que, finalmente, se ve atrapado por una información sutilmente manejada y presentada para actuar, una vez más, en beneficio de la parte más fuerte en la contratación, especialmente de aquel que no obra en el mercado de buena fe o que pretende burlar los límites, controles y garantías de los consumidores y usuarios.

La información, mecanismo de transparencia y garantía de un consentimiento más libre, puede convertirse en «arma arrojadiza» convenientemente transformada en un valioso elemento de marketing. Las llamadas telefónicas de información comercial se articulan hoy como ofertas compulsivas e imperativas para la contratación. Los mecanismos de supuesta calidad en la atención al cliente actúan las más de las veces como conminatorios frente a un consumidor acosado telefónicamente con técnicas estudiadas y agresivas, en los horarios más intempestivos. Todo ello viene configurando un escenario muy diferente a aquel de los no tan viejos hábitos de consumo en un mercado *off line*, dentro o fuera de establecimiento, y del que tampoco podemos prescindir porque es parte del presente y un adelanto del que será ordinario y generalizado en un futuro no lejano.

Debe recordarse aquí que la mencionada Directiva de la que, en gran parte, trae causa esta reforma es el resultado modesto, incluso decepcionante, de un proceso de 6 años de revisión normativa, como nos recuerda TWIGG-FLESNER, a pesar del riguroso trabajo emprendido a instancia de la Comisión en la revisión del *Acquis* y por los investigadores implicados en el *Compendium Project* que analiza la transposición de las ocho directivas básicas de consumo. Poco tiene que ver, incluso, con la propuesta publicada en octubre de 2008. No es ésta la primera vez, ni será la última, que una directiva comunitaria, con objetivos muy ambiciosos en su punto de partida, va dejando atrás parte de los mismos en aras al consenso y al equilibrio de intereses implícito en las presiones de quienes negocian con una mayor capacidad de influencia, defraudando expectativas y condicionando además la labor de los legisladores nacionales.

El 17 de octubre de 2013, tras el preceptivo y largo periplo consultivo del anteproyecto español por los diferentes órganos, entidades e instituciones, se registró en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Un texto que proponía modificaciones en los arts. 3,4, 19.4, 20.2, 21.2 y 3, 59.2, 60, 67, 71, 77, 83, 92 a 113 del Texto Refundido, así como la incorporación de los arts. 59 *bis*, 60 *bis*, 60 *ter*, 66 *bis*, 66 *ter*, 66 *quarter*, 76 *bis*, además de disposiciones finales para la modificación de la ley de comercio minorista (derogando sus arts. 39 a 48 para evitar la confusión generada por un régimen duplicado para los contratos de venta a distancia) o competencia desleal, entre otras.

En su tramitación parlamentaria, se presentaron en el Congreso tres enmiendas a la totalidad por los Grupos Izquierda Plural, Socialista y Mixto y 246 enmiendas parciales, de las que se incorporaron 56, directamente o por transacción. El dictamen fue aprobado en la Comisión de Sanidad, con competencia legislativa plena, por 36 votos a favor, cuatro en contra y una abstención. En el Senado se aprobó finalmente el texto remitido por el Congreso sin modificación, tras la presentación y debate de 249 enmiendas parciales, 5 vetos y 9 votos particulares.

En el texto definitivo, mediante la disposición adicional segunda, se modifica también la Ley de Enjuiciamiento Civil para dar nueva redacción al apartado 4 y añadir un apartado 5 a su art. 11, en el que se atribuye legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios, y por las Disposiciones Finales 3 y 4 se reforma el art. 61 de la Ley General de Publicidad y el art. 36 de la Ley de contratos de crédito al consumo.

Pero, como ya apuntaba, no todas esas modificaciones obedecen a la transposición de la Directiva 83/2011, a pesar de que el Proyecto se caracteriza, como el propio Consejo de Consumidores apunta, por hacer «una transposición muy apegada a la letra de la directiva». Además, la Ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y entendió que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. A su juicio, se ha producido un incumplimiento al atribuir el artículo 83 del TRLGDCU la facultad al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida

en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

El precepto queda redactado de la siguiente forma:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Asimismo, de acuerdo con el Proyecto Piloto 3940/12/JUST de la Comisión Europea, en relación con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20.

De igual modo, se modifica, mediante la disposición final primera de esta ley, el artículo 5, apartado 1, letra f, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE.

Finalmente, en el curso de la tramitación parlamentaria en el Congreso, y con un amplio consenso, los grupos consideraron de especial interés en un tema especialmente sensible en este momento por los posibles riesgos para la salud de los consumidores ante el vacío de regulación y control, y de forma paralela al debate europeo sobre la Directiva sobre productos del tabaco, aprobada el 14 de marzo por el Consejo Europeo, incorporar previsiones normativas sobre el consumo y la publicidad de los cigarrillos electrónicos, cuyo uso estará prohibido en centros educativos y zonas infantiles, centros sanitarios, centros de las administraciones públicas, servicios de atención al ciudadano y transporte público con las modificaciones pertinentes en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Los principales ejes en torno a los que se articulan las novedades de la reforma del texto refundido son la información precontractual, el derecho de desistimiento y el reconocimiento de nuevos derechos:

Se amplía la información precontractual que, por ley, habrá que facilitar a los consumidores y usuarios, en general, y, en particular, cuando formalicen contratos a distancia.

Se procede a una amplia regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimiento, se regulan los efectos de su ejercicio en los

contratos complementarios, se introducen nuevas garantías para su ejercicio y cobra mayor dimensión su aplicación en los contratos de prestación de servicios y suministro de agua, gas, electricidad o calefacción. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en la Directiva, se amplía el plazo en el que se puede ejercer: de los 7 días hábiles actuales a 14 días naturales. En el caso de que no se hubiera informado al consumidor de que puede ejercer este derecho, ese plazo queda automáticamente ampliado a 12 meses. La nueva norma, además, incorpora un formulario de desistimiento común en Europa, que facilita el ejercicio de este derecho y que tendrá que facilitarse junto con la información previa al contrato o que puede cumplimentarse en línea.

Asimismo, define para los consumidores nuevos derechos, entre otros, los referidos a la forma y los plazos de entrega y el riesgo de pérdida o deterioro del bien adquirido, al hilo de las previsiones de los arts. 18 y 20 de la Directiva que pretendía salvar la incertidumbre generada por la omisión de estos aspectos en la directiva sobre ventas de consumo. En particular, se establecen medidas para evitar las «cargas encubiertas», de especial interés en el comercio electrónico donde con tanta habilidad se han extendido en la formulación de los procesos de contratación, con el objeto de alcanzar la transparencia total del precio. Así, el empresario tendrá que velar por que el consumidor, al realizar un pedido a través de Internet, confirme que es consciente de que éste implica una obligación de pago. De este modo, el usuario siempre tendrá que aceptar el precio final antes de que concluya la transacción. Si el empresario no obtiene el consentimiento expreso del consumidor para un pago adicional al acordado y, en su lugar, lo deduce utilizando opciones por defecto, el usuario tendrá derecho al reembolso del pago, de acuerdo con el art. 22 de la Directiva.

En cuanto a los cargos adicionales que pueden derivarse de los contratos formalizados a distancia, el texto establece nuevas reglas. Así, cuando el empresario decida habilitar una línea telefónica para comunicarse con sus clientes en relación al contrato, el uso de esta línea no podrá suponer un coste superior al de la tarifa básica. Se deja claro, asimismo, que no podrán facturar al consumidor cargos por el uso de determinados medios de pago que superen el coste al que tienen que hacer frente ellos por el uso de los mismos.

La Ley aborda la contratación telefónica de bienes y servicios tratando de delimitar un sistema más equilibrado que proteja a los consumidores y usuarios, sin exigir cargas exorbitantes para los empresarios o sin romper mecanismos o instrumentos que facilitan a éstos las posibilidades de negocio y a los consumidores el acceso ágil a la contratación de bienes y servicios, sin ver por ello disminuidas sus garantías y protección.

Las crecientes quejas por los abusos de todo tipo en los contratos telefónicos derivados de estrategias generalizadas de empresas que toman la iniciativa en la formulación de sus ofertas comerciales poniéndose en contacto con el consumidor tienen reflejo en la norma exigiendo la confirmación de la oferta por escrito o, salvo oposición

expresa del consumidor, en un soporte duradero. La oferta no será vinculante hasta que el consumidor haya firmado la oferta, o enviado su acuerdo por escrito ya sea en papel, por fax, correo electrónico o por un mensaje de SMS.

De este modo, se persigue una mayor seguridad de que el consumidor es plenamente consciente de lo que está aceptando al garantizarse adecuadamente que recibe la información precontractual obligatoria, algo que no es posible si el proceso completo se lleva a cabo en una única conversación telefónica.

Respecto al llamado «spam» telefónico, se han consensuado en la tramitación parlamentaria algunas medidas para poner límites al «spam» o «acoso» telefónico que sufren los consumidores: se habilita un sistema para que, en la primera llamada en que se realiza una oferta comercial, el usuario pueda rechazar recibir otras en lo sucesivo. En todo caso, las llamadas deben realizarse desde un número de teléfono identificable y nunca se efectuarán para realizar ofertas comerciales entre las 21.00 y las 9.00 horas, así como los fines de semana y festivos.

También se atiende a una reclamación frecuente de los consumidores afectados en sus contratos con compromisos de permanencia, habituales en telefonía móvil, estableciendo expresamente en un nuevo apartado cuarto del art. 74 que

En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado.

En la convicción de que el avance de las tecnologías aporta muchas ventajas pero también reporta inconvenientes o debilita la protección de los consumidores, las propuestas de los grupos parlamentarios se han hecho eco en distintos puntos del texto legal de las demandas formuladas por los consumidores y sus asociaciones. En ello se encuadra también la previsión de que las facturas electrónicas se emitan sólo en caso de que el consumidor dé su consentimiento. Mientras éste no se produzca, se publicarán en papel y no supondrán un coste adicional para el consumidor. Porque, por distintas circunstancias personales, económicas o sociales, la desaparición de la factura en papel introduce opacidad y dificultades para que muchas personas, seguramente los colectivos más necesitados de protección, puedan realizar el seguimiento y comprobación de la adecuada facturación de servicios, muchos de carácter básico. Razón por la que se ha querido evitar también que el sobre coste pueda condicionar su consentimiento.

No será ésta probablemente la última reforma de la legislatura en materia de consumo. Ha quedado anunciada la próxima y necesaria regulación pormenorizada de los servicios de atención al cliente que permitirá seguir debatiendo sobre la efectividad de los instrumentos de defensa de los consumidores.

¿Es posible armonizar los subsistemas tributarios autonómico y local?

Is it possible to harmonize regional and local tax subsystems?

José María Lago Montero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 2 de abril de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 5 de mayo de 2014

1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE POTESTAD TRIBUTARIA NORMATIVA A REGIONES Y MUNICIPIOS

Nadie discute en la doctrina que la autonomía financiera en el plano normativo de que disfrutaran Comunidades Autónomas y Entidades Locales presenta ventajas e inconvenientes, que no es malo recordar. Entre las primeras, cabe suponer que todo incremento en el grado de autonomía lleva parejo un incremento de la responsabilidad política, económica, financiera del ente que la usufructúa. Mas la cruda realidad hará a más de uno estar sonriendo ya maliciosa y desconfiadamente al respecto. A mi juicio, los ciudadanos tienen una percepción borrosa de las responsabilidades políticas de los gobernantes en materia tributaria, de quién decide qué ingresos tributarios suben o bajan y qué presupuesto se beneficia de las subidas o bajadas de ingresos o gastos públicos. Tengo para mí que buena parte de los electores no sabe a ciencia cierta que el Estado gobierna los cuatro pilares del sistema tributario (IRPF, IVA, IS, IIEE) ni que las CC. AA. participan en un 50%/50%/58% en tres de ellos, además de disfrutar

José María Lago Montero
¿Es posible armonizar los subsistemas
tributarios autonómico y local?

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 2, junio 2014, 17-24
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca

del 100% de la recaudación de un buen paquete de tributos «de segunda división» desde el punto de vista recaudatorio (sí creo, sin embargo, que la ciudadanía identifica con facilidad como locales todos los tributos que lo son, pero ignora que además reciben los ayuntamientos y diputaciones una suculenta transferencia de los presupuestos generales del Estado por valor casi equivalente al de la recaudación de los tributos locales, que ha mejorado sustancialmente en 2012 y 2013, hasta equilibrar y sanear las cuentas de buena parte de los entes locales). Ni que las CC. AA. gastan más que el Estado, Seguridad Social aparte. Los ciudadanos tampoco perciben a primera vista que los entes públicos gastan más de lo que ingresan, y que viven endeudados, crecientemente, pero ya se ocupan de recordárnoslo a todos los medios de comunicación y las autoridades comunitarias, a diario. En definitiva, creo que los electores no tienen una percepción clara de la responsabilidad fiscal de cada gobernante en este Estado descentralizado en el que vivimos, razón por la cual la pretendida ventaja de la autonomía normativa creciente, en términos de responsabilidad, supuestamente creciente, es poco apreciable.

También es un lugar común en la doctrina, sobre todo hacendística, el predicar que la autonomía trae consigo competencia fiscal sana y legítima entre los entes que la detentan, que se traducirá en una mayor eficiencia en las decisiones públicas. Pero ahora la cruda realidad habrá hecho ya, no sonreír sino reír a carcajada limpia a algunos de los que hayan leído estas últimas líneas. La supuesta competencia fiscal que observamos instalada entre nuestras CC. AA. y CC. LL. dista mucho a menudo de ser legítima, tiene tufillos fraudulentos con frecuencia, y no se aprecia cómo contribuye, ni mucho ni poco, a la eficiencia de las decisiones. Lo que sí se aprecia es que la autonomía normativa aumenta la disparidad de los contenidos de las disposiciones, lógicamente, y complica la gestión del sistema en su conjunto, poblado de infinidad de modelos de declaración, cada uno con sus bonificaciones y deducciones, con sus plazos de autoliquidación e ingreso, con sus oficinas gestoras multiplicadas y diversificadas. Disparidad de tratamientos a situaciones semejantes poco conciliable con la añorada igualdad de todos ante la ley auspiciada por los constituyentes de ahora y siempre, generadora de pequeños agravios, o no tan pequeños, y de notoria inseguridad jurídica, pues no es fácil saber con certeza el derecho aplicable en cada momento y en cada enclave territorial. Y a mayor dispersión normativa, mayores serán las maniobras de deslocalización, mayoritariamente fraudulentas, en una economía de libre mercado globalizada, lo que requiere incrementar la coordinación administrativa.

El Estado puede armonizar las disposiciones normativas de las CC. AA. cuando así lo exija el cumplimiento del Derecho comunitario originario o derivado, como bien recuerda el artículo 19.2 LOFCA. Y también puede armonizar tales disposiciones normativas regionales o locales cuando lo exija simplemente el interés general de la Hacienda Pública, ex artículos 149.1.14 y 150.3 CE, la unidad de mercado y la igualdad

de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, ex artículo 149.1.1 y 157.3 CE, o cuando lo requiera la planificación general de la actividad económica, ex artículos 149.1.13 y 128.2 CE. Al amparo de estos títulos competenciales el Estado puede revocar total o parcialmente cesiones concretas de potestades normativas tributarias y recuperar competencias en la materia.

2. REFLEXIONES ACERCA DE DISPARIDADES NORMATIVAS INNECESARIAS Y DE POSIBLE ARMONIZACIÓN

2.1. *En los impuestos sobre la renta*

¿De verdad es preciso para satisfacer el ansia de autonomía de nuestros entes regionales que éstos dispongan de potestad normativa en cuanto al mínimo exento en el IRPF? No entendemos qué tiene que ver con la autonomía el umbral de renta disponible/indisponible por esencial y afecta a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. Es una pieza del sistema tributario que simboliza el umbral de la capacidad económica y que entendemos que debería ser igual para todos los españoles. Es pieza esencial del sistema por formar parte del impuesto nuclear del mismo y ser de aplicación a todos los contribuyentes. No acertamos a adivinar qué circunstancias económicas o sociales propias de una Comunidad Autónoma pueden legitimar la existencia de mínimos vitales exentos distintos en cada una de ellas, circunstancias económico-sociales que no haya tenido ya en cuenta el Estado al adoptar la medida.

Tampoco vemos razonable la desigualdad de tramos en la tarifa, según la Comunidad Autónoma de residencia. Hasta la reforma 2009 el sistema no incorporaba esta potestad de ordenar la tarifa autonómica con tramos de renta distintos de la tarifa estatal. Nos parece una concesión al ansia de singularismo de algunos que no encuentra justificación técnica, complica la gestión y genera agravios comparativos innecesarios. Para mejorar la autonomía financiera bastaba un sencillo recargo autonómico previo abatimiento de la tarifa estatal, como propusiera la doctrina más solvente allá por los años 80/90, y no una tarifa autonómica entera y distinta de la del Estado no abatida, cuya rebaja siempre se reputará electorera por la oposición (es lo que está ocurriendo con las rebajas fiscales anunciadas en 2013 por Madrid, La Rioja, Murcia y Valencia, a las que se reprocha estar hiperfinanciadas por el sistema), amén de determinante de ayuda difícilmente compatible con el derecho comunitario. Incrementar la tarifa puede ser un ejercicio de responsabilidad tan profundo que lleve al suicidio político de los responsables que así lo hicieren. Cuando la tarifa estatal alcanza los tipos marginales de la de ahora, con progresividad nórdica aplicada a una renta mediterránea, el efecto sobre el consumo es devastador. Y el aguante del contribuyente de clase media, trabajador

por cuenta ajena materialmente asfixiado por un sistema tributario oneroso solo para algunos como él, se debilita. Todo ello sin olvidar que, como recordara el Tribunal Constitucional alemán, cuando el sistema detrae más del 50% de la renta disponible del contribuyente entramos en la zona gris cubierta por el principio de no confiscatoriedad (en la gris oscura han decidido penetrar con sus tarifas autonómicas de hasta el 57% Cataluña, Baleares, Asturias, Extremadura y Andalucía. En el extremo contrario, persisten las jurisdicciones fiscales empeñadas en atraer capital inversor sobre la base de una fiscalidad sobre la renta empresarial extremadamente benévola y/u opaca).

Tampoco se han enterado algunas CC. AA. de que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 161/2012, de 20 de septiembre, declara no conformes con nuestra Carta Magna las deducciones autonómicas de política económica, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado. El Estado no ha cedido competencias en el Impuesto sobre Sociedades para que el gravamen del beneficio empresarial sometido a tributación en todo el territorio nacional sea inalterable, evitándose así maniobras de deslocalización perversas por definición. Por la misma razón, cuando ese beneficio empresarial se obtiene por persona física debe mantenerse también inalterado, cosa que no ocurriría si prosperan las deducciones autonómicas por razones de política económica, incentivos fiscales generadores con frecuencia de competencia fiscal lesiva, poco compatibles con la libre competencia en un mercado único. Según la sentencia citada, la deducción por autoempleo dirigida a mujeres y jóvenes emprendedores no encaja en ninguna de las categorías habilitadoras de deducciones posibles: circunstancias económicas o familiares, inversiones no empresariales o aplicación de renta. Luego habrá que eliminarla del ordenamiento, en todas las ramas del derecho autonómico en las que se encuentre. Como habría que eliminar la deducción autonómica por adquisición de vivienda habitual, ahora que el Estado la ha suprimido del elenco, pues no tiene sentido su pervivencia en el nivel regional. Si se aprueba o no se aprueba su existencia es una cuestión de política económica que solo el Estado tiene competencia para ponderar. Que a los poderes públicos competa promover el acceso a la vivienda no significa que todos ellos puedan aprobar deducciones por su compra, ni que ésta sea la mejor manera de conseguir el fin querido, vista la burbuja inmobiliaria creada y a la que parece haber contribuido algo la polémica deducción (el tema da para mucho más de lo que cabe en esta modesta contribución. Pero quede señalado que, a nuestro juicio, ahora que el mercado está átono sí que tendría sentido el incentivo fiscal a la adquisición de vivienda habitual).

En cuanto a la hacienda local hemos propuesto en otros lugares como reforma a medio plazo la potenciación del tramo de participación en el IRPF a cambio de la supresión del mortecino e inconstitucional IAE, y aun del no menos mortecino y dudosamente constitucional, en estos tiempos de caída del valor de los inmuebles, impuesto sobre el «incremento» del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Entretanto, armonizar el IAE con los módulos del IRPF, reformar éstos para incorporar a los profesionales y aumentar la contribución del sector de autónomos por este concepto,

tan protestantes como desfiscalizados, son tareas que deberían acometerse ya en esa reforma que se anuncia para 2014-2015, que debería incluir una severa revisión del catálogo de beneficios fiscales de todos los tributos locales, inoperantes unos y dudosamente constitucionales otros, por activar medidas de política económica que solo compete activar al Estado.

2.2. En los impuestos patrimoniales

La mala vida que le han proporcionado al Impuesto sobre el Patrimonio nuestros gobernantes en estos últimos años no debe hacernos olvidar que se trata de un impuesto introducido en nuestro sistema en la reforma de 1977 como *complementario* del IRPF. Y digo yo que si un IRPF tan progresivo como el que soportamos algunos necesita de algún complemento y no se basta por sí solo para actuar, y de manera bien principal, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. El Impuesto sobre el Patrimonio sólo lo venían pagando los ahorradores no empresarios ni profesionales, merced a la generosa exención de que venían disfrutando los bienes afectos a negocio. Si a esto unimos que los grandes patrimonios encuentran fácil refugio siquiera sea parcial en jurisdicciones más templadas, si no paradisíacas, resulta que no es de extrañar la mala prensa que padece este gravamen, que sujeta efectivamente solo a la clase media trabajadora por cuenta ajena y ahorradora, educada en el valor del esfuerzo y del ahorro. Impuesto patrimonial que convive con otros dos bien conocidos de esa misma franja de contribuyentes que todo lo pagan, el IBI y el Impuesto sobre propiedad de vehículos (lo de circulación es un eufemismo, un tecnicismo para despistar).

Como decíamos, mala vida le han deparado nuestros Gobiernos estatales y autonómicos a este impuesto, primero vaciándolo por la vía de las exenciones y bonificaciones desproporcionadas, después hibernándolo durante tres ejercicios consecutivos (2008, 2009 y 2010) y a la postre descongelándolo, eso sí para 2011 y 2012, pero parece que también para 2013 y sucesivos... Está claro que no hay una idea clara predominante sobre qué hacer con este tributo, que sí tiene sentido con un mínimo exento alto y exención parcial para la vivienda habitual, hasta cierto límite. Lo que carece de racionalidad es la rebeldía autonómica de Comunidades gobernadas por el mismo partido que la nación a aplicarlo una vez que se ha decidido rehabilitarlo. De nuevo aquí se impone y ha de imponerse una medida armonizadora estatal, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional, una ley armonizadora del mínimo de sujeción efectiva a este tributo, dentro del que no tiene por qué estar todo el patrimonio empresarial: es inequitativo que sólo contribuyan efectivamente los ahorradores no empresarios ni profesionales. Hay que intentar ser más ponderado a la hora de aprobar exenciones y bonificaciones. De lo contrario, el impuesto figurará en breve como impuesto propio en el reino de taifas autonómico.

El impuesto patrimonial operativo hoy con absoluta generalidad es el impuesto sobre los bienes inmuebles, gravamen clásico de la propiedad no menos clásica que aporta a la Hacienda local el principal de sus ingresos propios. El fortalecimiento del IBI sobre la base del robustecimiento de los valores catastrales, allí donde la explosión de la burbuja inmobiliaria no los haya acercado a los decrecientes de mercado, debería ir seguido, como hemos propuesto en otros lugares, de la adopción de una triple tarifa, discriminadora de la vivienda habitual en familias de baja renta, del resto de las viviendas habituales y de los demás inmuebles que no sean vivienda habitual. Con este mecanismo se obvia la adopción de onerosos recargos de difícil implantación sobre inmuebles desocupados o segundas residencias, y se diferencia suficientemente la distinta entidad que significa cada uno de ellos dentro de esta tipología.

2.3. En los impuestos sobre el tráfico patrimonial

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ha hecho suyo como ninguno el mareo normativo autonómico de la España plural. So pretexto de igualar el gravamen en las Comunidades Autónomas de régimen común con el establecido en las de régimen foral, aquéllas emprendieron una carrera enloquecida por el camino de las reducciones y bonificaciones, en época de bonanza, de la que están dando marcha atrás en estos tiempos de crisis. Como que no les queda otra salida razonable que eliminar esas reducciones y bonificaciones estranguladoras del impuesto, que estarían muy bien armonizadas por una ley del Estado, visto el uso demagógico que han hecho de su potestad las CC. AA. Una cosa es que el gravamen pueda contemplar beneficios para determinadas personas del círculo íntimo del fallecido y renta previa no elevada, y otra bien distinta la generalización del 99% de no contribución, también para la familia Botín, que está muy necesitada. Es asimismo excesivo el tratamiento bonificador que se dispensa a los bienes afectos a negocio, que no tributan prácticamente nada, con lo que el impuesto se convierte en un gravamen sobre el ahorro de los trabajadores por cuenta ajena, otro más que sólo soportan ellos, pues empresarios y profesionales se liberan de sus obligaciones con la afección de los bienes al ejercicio de la actividad. Para asegurar la continuidad de la empresa familiar no hace falta un despliegue tan intenso de la potestad de bonificar, que debe ser reconducida a sus justos términos. La transmisión gratuita de bienes afectos a negocio debe tributar al menos en la escala más baja de la tarifa, con la vivienda familiar que también es un bien digno de protección, para que quienes tienen negocios tributen al menos lo que tributan quienes no los tienen. Lo contrario convierte al impuesto en un extraño gravamen sobre la renta ahorrada por los trabajadores por cuenta ajena, difícilmente sostenible por inequitativo. Para eso mejor que se integrara en el IRPF, como renta del ahorro y a los tipos de gravamen de ésta, y sin beneficios fiscales anómalos (suponemos que más pronto que

tarde el Estado español atenderá los requerimientos de la Unión Europea para que elimine la discriminación detectada en el tratamiento a los no residentes en este impuesto, en el que no pueden practicar minoración alguna autonómica precisamente por no ser residentes en ninguna Comunidad Autónoma. La solución pasa por distribuir los posibles hechos imponible sujetos entre CC. AA. en función de la radicación de los bienes y por armonizar aproximando las minoraciones practicables). Y aun que se convirtiera en un impuesto autonómico propio.

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales también ha sufrido el efecto de la motorización legislativa autonómica en un doble sentido: rebajas en época de bonanza y subidas en época de crisis. A la dispersión normativa tarifaria se une ahora la modalidad de la tarifa progresiva, inédita en un impuesto indirecto y real, que sobregrava ya en algunas CC. AA. la transmisión de la vivienda de segunda mano en cuanto supere ciertos umbrales no demasiado elevados: no creo que lo pensara esto el legislador de la Ley 22/2009, del sistema de financiación autonómico, ni ninguno de sus predecesores. Tampoco la proliferación de bonificaciones personales y familiares tiene encaje fácil en un impuesto real e indirecto, habiendo sido introducidas muchas de ellas con tales requisitos que se hace difícil imaginar la personalidad del beneficiario. Ha sobrado populismo y ha faltado proporcionalidad, así como comunicación entre las CC. AA., que, según se ha denunciado, no se informan unas a otras de la existencia de los hechos sometidos a liquidación y afectados por beneficios fiscales, lo que propicia maniobras fraudulentas de deslocalización a la caza del beneficio fiscal...

Sigue sin corregirse el tipo de castigo instrumentado en el AJD por las CC. AA. para con el que renunciare a la exención en el IVA en determinadas transmisiones inmobiliarias. A esta reliquia histórica que es el AJD sólo le faltaba esto para hacerlo más difícilmente soportable, un tipo de gravamen discriminatorio, perturbador del libre funcionamiento del IVA y del mercado. Es cierto que grava una riqueza inmobiliaria en movimiento a quienes se benefician de su generación. Pero tendría que repensarse visto que, además de ser un gravamen complementario para lo no gravado por otros conceptos del tráfico civil, es fundamentalmente un suplemento del IVA, no despreciable, que sangra al adquirente de su casa, la primera que se compra nueva en su vida y probablemente la única y última (en el IVA, gracias a Dios, no tienen aún competencias normativas las CC. AA. y esperemos que sigan sin tenerlas muchos años, ni aun en la fase minorista ni en los regímenes especiales. El mercado único europeo demanda aproximación de los gravámenes nacionales, justo lo contrario a la dispersión normativa regional. Armonización y neutralidad que se puede quebrar con medidas como la amnistía). Tendría futuro reconvertido en una tasa autonómica ponderada y atinente al coste del servicio que se presta.

2.4. En los impuestos especiales y ambientales

Consideramos apropiada la concentración de las potestades normativas en sede estatal, pues ésta es la mejor manera de mantener un cierto grado de armonización de la imposición indirecta, tanto a nivel nacional como comunitario. La creación de nuevos gravámenes con financiación afectada y/o pretextos ambientales tiene problemas de credibilidad, pues no es fácil apreciar ni el destino de los fondos ni la función protectora del entorno natural que se viene predicando de la mayoría de los nuevos tributos que se dicen ambientales. La Comisión ha detectado, con razón, falta de funcionalidad específica en el impuesto sobre ventas minoristas de gasolinas y en su suplemento autonómico, el llamado céntimo sanitario, que ni es céntimo ni es sanitario, sino un impuesto especial añadido sin contar con el *pláacet* comunitario. La maniobra de relocalarlo dentro del impuesto especial sobre hidrocarburos, como si fuera un afluente de éste, no creo que despiste a los vigilantes de la Comisión.

Tampoco el impuesto sobre la matriculación de vehículos está bien visto en Bruselas, que quiere fulminarlo antes de 2016. Nunca debió incorporarse este impuesto a nuestro sistema, introducido vulnerando fraudulentamente la prohibición comunitaria de tipos incrementados de IVA. Se impone, pues, la desaparición de este gravamen de castigo a la industria automovilística y al consumo de un bien tan querido por la ciudadanía, gradualmente, eso sí, para no causar estragos en un renglón nada despreciable de la financiación autonómica. Es el momento de reforzar en su lugar el impuesto de circulación de vehículos, con tarifas que compatibilicen la capacidad económica con la capacidad contaminante, en los términos que hemos expuesto en otros lugares.

En la imposición declaradamente ambiental encontramos que se solapan el nuevo canon estatal por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica con los impuestos autonómicos sobre centrales eléctricas que utilizan embalses para la producción de la energía. Formalmente son gravámenes distintos, con hechos imponibles diferentes y estructuras de cuantificación dispares. Pero lo cierto es que han recaído atropelladamente sobre las empresas del sector, que han tardado poco en repercutirlos en los precios a los consumidores. El que no se haya enterado aún, que compare los recibos de la luz de 2013 con los de 2012 o 2011, sobre todo en Castilla y León, que se ha sumado con alborozo a la fiesta de la imposición pretendidamente ambiental con nada menos que cuatro impuestos, que sumados a los cuatro estatales hacen 8 impuestos sobre la materia imponible *energía*, todos a pagar en primer término por las empresas eléctricas... y a la postre por el usuario, silencioso repercutido, sufrido contribuyente de hecho cuando no de derecho.

El catálogo de impuestos energéticos, especiales y/o ambientales, requiere de una armonización que evite solapamientos y sobreimposiciones, que grave proporcionalmente la capacidad económica y contaminante de cada cual. La lentitud de las instituciones comunitarias no es excusa para el abandono de la función de coordinación legislativa que compete entretanto a las Cortes Generales del Estado.

Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013

Justification and political-criminal keys of the 2013 Criminal Code Reform Project

Ana Isabel Pérez Cepeda

Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 11 de abril de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 5 de mayo de 2014

Después de tres Anteproyectos, el día 20 de septiembre de 2013 fue aprobado el Proyecto de reforma del Código Penal, lo que demuestra su aspecto improvisado y burdo, incluso en aspectos formales, carente de reflexión y debate público. El procedimiento de elaboración de la reforma ha cumplido de forma superficial la exigencia de la documentación contemplada en la Ley del Gobierno como obligatoria para adjuntar a un Proyecto de Ley. Los órganos que es preceptivo que participen en el curso del expediente, los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, se recabaron ambos en relación con una anterior versión del Anteproyecto, en el que después se han introducido algunas modificaciones de especial relevancia. Por otra parte, como ha señalado el Consejo de Estado en su dictamen, el expediente no incorpora las alegaciones, propuestas, estudios, informes o documentos aportados por entidades y órganos consultados. Además, no se ha realizado ni un solo estudio

previo de detección de problemas y planteamiento de estrategias, ni tampoco han sido sometidos los textos a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema. Es más, se ha prescindido incluso de las aportaciones de órganos especializados como la Comisión General de Codificación.

En contraposición a lo manifestado en la exposición de motivos, en un análisis detenido del Proyecto se desvela que las verdaderas claves del Proyecto de reforma del Código Penal podrían sintetizarse en las siguientes:

1. POPULISMO PUNITIVO VERSUS CONFIANZA Y EFICACIA DE LA JUSTICIA PENAL

El Proyecto tiene como finalidad principal fortalecer la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia haciendo necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo «una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado».

En realidad, cuando en el Proyecto se afirma que las resoluciones sean percibidas por la sociedad como justas, dada las medidas que propone, está equiparando la justicia a retribución; empero, no es la existencia de una necesidad de prevención general positiva o de demanda social y la que pueda advertirse en la reforma, menos aún la confianza en la justicia, puesto que la confianza en la justicia implica la aceptación por parte de la población de que las instituciones de justicia están actuando con la legitimidad exigida, lo que conlleva el cumplimiento u obediencia de las leyes por parte de los ciudadanos. Un enfoque de indicadores sociales para confiar en la justicia reconoce que la policía y los tribunales penales necesitan el apoyo público y la legitimidad institucional para que puedan operar con eficacia y equidad. Con el fin de generar la cooperación pública y cumplimiento de las normas, estas instituciones deben demostrar a los ciudadanos que son dignos de confianza. La percepción pública de la legitimidad de las instituciones de justicia existe si actúan de forma competente, garantizando un procedimiento justo y protección igualitaria a toda la sociedad, entonces esa confianza resulta óptima para prevenir el delito.

La reforma en ciernes cae en la tentación de recurrir al Derecho penal para asegurar y apoyar una política determinada, con el marchamo de eficacia. Así, de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único

régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia. Este nuevo régimen de suspensión único, que abarca la suspensión y la sustitución actuales, contempla su concesión o denegación en la propia sentencia condenatoria, amplía el beneficio a los reincidentes y la recaída en el delito no conlleva automáticamente la revocación; no obstante, con el fin de asegurar la eficacia en la justicia penal establece como límites para su concesión la prevención general. De otra, se somete a una revisión técnica y reforma de la regulación de los delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo, tipificando también nuevos delitos de hostigamiento o acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada pero se divulgan luego en contra de su voluntad, y manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas cautelares o de seguridad.

Los compromisos internacionales suscritos por España en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Directiva 2011/36/UE llevan al prelegislador a tipificar el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas; al tratarse de un comportamiento coactivo, se recoge como modalidad agravada dentro del delito de coacciones. También se castiga a quien utilice medios coactivos para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar a él, con esa misma finalidad de obligarle a contraer matrimonio. Nos encontramos ante una política criminal puramente demostrativa como manifestación del populismo punitivo, puesto que el prelegislador tipifica esta conducta como delito de una forma irreflexiva e impulsiva, eludiendo cualquier reconocimiento realista de los problemas. Se utiliza el Derecho penal, como ha puesto de manifiesto Baucells Lladó, por un lado, con funciones propagandísticas, para presentarse como un país pionero en la reforma penal. De otro lado, con funciones valorativas, en la medida en que pretende reforzar los valores que dicen proteger, sin ser necesario porque la ley penal ya disponía de instrumentos, dejando así la norma de ser un instrumento para la protección de intereses, convirtiéndose en un fin en sí mismo, que resulta predominante.

Respecto a la corrupción y cohecho, relacionados con la delincuencia de los poderosos, el Proyecto endurece las consecuencias jurídicas. Si bien la persecución y el castigo de estos comportamientos no debe agotarse, si quiere ser efectiva, con la modificación o inclusión de nuevos delitos en el Código Penal; sino que debe ir aparejada de la adopción de medidas eficaces, como el decomiso y la recuperación de los activos derivados de los hechos delictivos. En este sentido, valora positivamente la actualización de los instrumentos jurídicos a su disposición para evitar que la comisión de acciones antijurídicas sea provechosa y la modificación que se obrará respecto del delito de cohecho en las transacciones comerciales internacionales. El decomiso de bienes no solo afectará al terrorismo, sino también al blanqueo de capitales, a la falsificación de moneda, a la corrupción en el sector privado y a los delitos informáticos.

La malversación, que en el Código Penal vigente se refiere básicamente a la sustracción de fondos públicos y a la desviación del destino de los mismos, la reforma amplía a los supuestos por los que se puede castigar la gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público, aplicándose también a los gestores desleales de fondos públicos.

En el caso de los delitos socioeconómicos, las exigencias de una actuación eficaz pasan por alto que las demandas que la sociedad dirige al Derecho penal son siempre prácticas. Además de ampliar el catálogo de agravantes de la estafa, el Proyecto tipifica una nueva forma de administración desleal, configurándola como un delito patrimonial, castigando los actos de gestión desleal cometidos mediante abuso o deslealtad por quien administra el patrimonio de un tercero y le causa un perjuicio, ampliando el delito a quien adquiera bienes que no son útiles o no puedan cumplir la función económica de la gestión leal. En el caso de las insolvencias punibles desarrolla nuevos tipos para «quien oculte, destruya, cause daños o realice cualquier actuación que no se ajuste al deber de diligencia de la gestión y se disminuya el valor de elementos patrimoniales». También se aplica a quien realice operaciones de venta por precio inferior a su coste, a quien simule créditos o quien lleve doble contabilidad.

En este ámbito, uno de los aspectos polémicos que genera el texto de reforma del Código Penal es que en defensa de la propiedad intelectual e industrial se han introducido penas hasta seis años de prisión por la difusión de obras sin consentimiento, afectando a las páginas de enlaces o a quienes manipulan dispositivos para eludir las medidas de protección antipiratería.

Sin embargo, el Proyecto frente a la criminalidad económica ha sido insuficiente y escasamente eficaz, cuando en el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas detalla procedimientos y sistemas disciplinarios, altera su fundamento basándose en el sistema de *criminal compliance* o programas de cumplimiento penal que determinan una responsabilidad de la persona jurídica por hecho propio, optando por un modelo de culpabilidad por organización. Pero, a su vez, favorece principalmente la impunidad de las grandes empresas al determinar como circunstancia eximente la adopción y ejecución de un sistema de *criminal compliance* previo a la comisión del delito, no sólo en los casos que el delito hubiese sido cometido por un empleado, cuatro medio, etc., sino también cuando haya sido cometido por los propios administradores, siempre y cuando su delito no hubiese sido facilitado por la falta de control del mencionado órgano de vigilancia.

No se puede obviar que en el Proyecto existe una utilización populista del Derecho penal, que se caracteriza por un inmediato y permanente uso del Derecho penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por repercusión mediática, motivando la adopción de medidas que no persiguen ningún objetivo propiamente jurídico-penal, sino exclusivamente obtener rentabilidad política. Este y no otro objetivo ha sido la razón de que se presente como la principal novedad de la

reforma penal la pena de prisión permanente revisable. Esta pena podrá ser impuesta en supuestos de excepcional gravedad como los asesinatos terroristas, el homicidio del jefe del Estado o de su heredero y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad. En el caso de los asesinatos terroristas, se sigue desarrollando una legislación excepcional antiterrorista cuando la amenaza en la actualidad es mínima, en lugar de adaptar esta legislación a las exigencias del Estado de derecho y de una política criminal racional. También es aplicable en los asesinatos especialmente graves, definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie. En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas a garantizar la seguridad de la sociedad. El problema es que un estudio detallado de los requisitos para obtener la libertad demuestra que la prisión permanente sólo es evitable mediante un régimen de revisión extraordinariamente difícil de superar. Por tanto, a pesar de los argumentos defensivos alegados en la exposición de motivos esta pena entra en colisión tanto con el mandato de determinación y certeza del art. 25.1 CE como con el mandato de resocialización, se plantean obstáculos insalvables en la práctica a la revisión, convirtiéndose en una pena de cadena perpetua, lo que es incompatible con lo dispuesto en el art. 25.2 CE.

La alarma social que generan determinados delitos contra la libertad sexual que con demasiada frecuencia conocemos a través de los medios de comunicación motiva la reforma del sistema de medidas de seguridad, la ampliación de la libertad vigilada o el tratamiento de los delitos de homicidio y asesinato incluyendo agravaciones carentes de justificación, esta medida junto con la ampliación de la libertad vigilada, a pesar de que los delincuentes sexuales estadísticamente representan una minoría del total.

Por ende, en los delitos contra la libertad sexual se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, que obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil. Como novedad importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los quince años, adecuándose, según la exposición de motivos, a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, para mejorar la protección de los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. A pesar de esta justificación, lo cierto es que dicha Convención sólo menciona expresamente a las personas que aún no hayan cumplido los 15 años con el fin de que los Estados parte adopten todas las medidas posibles para asegurar que no participen directamente en conflictos armados, en el resto de disposiciones simplemente hace

referencia a los menores de 18 años. Por tanto, el prelegislador es quien ha decidido que los menores de 15 años no son capaces de autodeterminarse sexualmente porque *iuret et de iure* se presume que carecen de la formación y madurez suficiente, y en consecuencia no son titulares del derecho de libertad sexual, vendándoles o al menos limitando su ejercicio.

Asimismo, se tipifica la conducta consistente en hacer presenciar a un menor de quince años actos o abusos sexuales sobre otras personas, aunque esta conducta ya podía castigarse a través del artículo 185 Código Penal que sanciona al que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena. Simultáneamente, con una clara tendencia a agravar las penas, en los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas discapacitadas. Los clientes de los menores ya prostituidos se castigan expresamente. Especial atención se presta al castigo de la pornografía infantil, con una definición amplia tomada de la Directiva europea, equiparando el material de carácter sexual elaborado con menores de edad con el realizado con adultos que «parecen ser menores» por su aspecto, cuando no se pone en peligro ningún bien jurídico protegido. También se castigan los actos de producción y difusión, así como se endurece el régimen punitivo del mero uso o adquisición de pornografía infantil, o el acceso a ella por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, facultando a los jueces y tribunales para ordenar la retirada de las páginas web o bloquear su acceso, además de sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. Estos hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a), castigado, además, con mayor pena. Por tanto, la previsión expresa de esta nueva conducta es innecesaria, tratándose de una ley simbólica declarativa.

Constatamos así una vez más que, desde las instancias europeas, se promueven escasas políticas descriminalizadoras, sino más bien una política criminal claramente intervencionista y expansiva, que es observada por nuestros prelegisladores no solo con cierto «papanatismo», sino que en numerosas ocasiones sirve para justificar y tratar de legitimar reformas claramente más represivas que las establecidas en instrumentos internacionales o europeos.

En el mismo orden de cosas, la influencia de determinados discursos creados y transmitidos por medios de comunicación, grupos de presión y algunos partidos genera que el miedo al delito lleve implícita una demanda pública de una política criminal más estricta y medidas de protección. En no pocas ocasiones, como se está haciendo ahora también con una política criminal más represiva contra la pequeña delincuencia patrimonial, se utiliza el Derecho penal como instrumento de manipulación de la ciudadanía y de demagogia electoral, desconociendo el principio de *ultima ratio* determina

que sólo cuando resulta indispensable y, sobre todo, justo y útil, es adecuado el recurso al Derecho penal. El populismo también nutre, como se verá en las siguientes páginas, la distinción entre ciudadano e individuo peligroso, reservando para el peligroso el incremento ilimitado de las penas de prisión y un severo endurecimiento del régimen de cumplimiento.

2. LA VIS EXPANSIVA DEL PUNITIVISMO VERSUS PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

Teniendo en cuenta que el Derecho penal se justifica sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si la intervención se demuestra inútil, incapaz para evitar delitos (exigencia de utilidad de la intervención penal) y habida cuenta de la gravedad de los instrumentos de los que se sirve. También perderá su justificación si existen otros mecanismos de control social menos graves y violentos para la tutela de bienes jurídicos (el principio de subsidiariedad). El cumplimiento de este principio trata de garantizar la legitimidad y eficacia del Derecho penal.

En aras de cumplir con las exigencias del principio de intervención mínima, el Proyecto suprime las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, si bien algunas de ellas se incorporan al Libro II del Código reguladas como delitos leves.

La reducción del número de faltas teóricamente debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles. Ahora bien, sólo han sido las faltas contra el orden público las que se han convertido en infracciones administrativas y las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve las que se reconducen hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código Penal). Mientras que las conductas de resistencia y de desórdenes públicos antes eran calificadas como faltas, serán delito y en el caso de infracciones contra bienes jurídicos personales, las amenazas y coacciones leves y las infracciones leves contra el patrimonio pasarán a ser delitos leves cuando no concorra ninguna circunstancia agravante.

Por ende, el número de tipos penales de la Parte Especial retocados con finalidades expansivas es muy numeroso y con carácter general se endurecen las penas. La inclusión de la cadena perpetua, la aplicación de las medidas de seguridad a personas imputables, permitiendo la extensión de la duración de las mismas en el tiempo, hasta convertirlas en medidas de seguridad perpetuas, la posibilidad de aplicar la libertad vigilada indefinidamente o el alargamiento del plazo para cancelar los antecedentes penales son ejemplos claros del nuevo orden proyectado. Todo ello sin estudio normativo o empírico alguno que avale la necesidad de la reforma, lo que provocará una nueva

expansión de la población penitenciaria, agravando la situación que tiene nuestro país, que cuenta con el mayor número de personas privadas de libertad en Europa por cada 100.000 habitantes, mientras los índices de criminalidad permaneces estables, y están por debajo de la media de los países miembros de la UE. En realidad, la administración penitenciaria tiende a ocupar los espacios dejados libres de la desmovilización institucional en amplios sectores de la vida política, social y económica del Estado de bienestar. No le falta razón a Wacquant cuando afirma que la desregulación económica da paso a la desinversión social y la expansión criminalizadora en el sistema penal, provocando el recurso masivo y sistemático del encarcelamiento, la «hiperinflación carcelaria», como único instrumento capaz de afrontar los conflictos causados de la demolición del Estado social y de la inseguridad material que se difunde en las capas inferiores de la pirámide social.

3. CRIMINALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Teniendo presente que la intervención de los poderes públicos es imprescindible para proporcionar las condiciones mínimas para la convivencia en sociedad, pero dentro de los límites estrictamente necesarios en orden a la optimización de la libertad de los ciudadanos. Ante violencia formalizada que conlleva el Derecho penal, el recurso al mismo debe ser excepcional, evitando que el Estado realice una «huida al Derecho penal» para erradicar todo tipo de conflicto social, más aun para criminalizar actos de normalidad democrática como son las manifestaciones de disidencia a través de actos políticos colectivos, como pretende el Proyecto.

En este sentido, se incluye una nueva definición de «alteración del orden público» a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas. En el tipo delictivo desaparece el elemento subjetivo especial relativo a la finalidad común de atentar contra la paz pública, para el prelegislador basta con que se produzcan actos de violencia sobre personas o cosas, o la amenaza de llevarlos a cabo, y que ello altere la paz pública, no siendo necesario que de estos actos se deriven lesiones o daños. Del mismo modo se recoge la supresión en este delito de los modos comisivos referidos a la invasión de los edificios o instalaciones y la obstaculización de vías públicas o accesos a las mismas, creando un peligro para los que por ella circulen, deja de estar tipificada expresamente. Pero quizás la reforma más relevante es la sanción de quienes sin participar directamente en los actos de violencia incitan a otros, o refuerzan su disposición a llevarlos a cabo, contradiciendo el régimen general de responsabilidad penal en función del grado de intervención en el hecho de un tercero.

A ello se suma la revisión de la redacción del actual artículo 561 (aviso falso de bomba), para incluir los supuestos de activación mediante noticias falsas de los servicios sanitarios o de emergencia, desaparece así toda mención a la alteración del orden público que se derive de la falsa alarma. Igualmente, se castiga penalmente al que se mantuviere en un domicilio social o local fuera de las horas de apertura, como subtipo atenuado del artículo 203, así como el uso de uniforme o la atribución pública de la condición de profesional, que se tipifica en un nuevo artículo 402 bis en el marco de una mejora de los tipos penales de usurpación de funciones públicas y de intrusismo. En la misma línea, en el delito de atentado se incluyen todos los supuestos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre el agente excluyendo la resistencia meramente pasiva, que continúa sancionándose con la pena de desobediencia grave, además se modifican las penas de los delitos de atentado y se amplía el ámbito de los sujetos protegidos.

Los supuestos de alteraciones leves del orden público y los casos de faltas leves de respeto a la autoridad se reconducen a la vía administrativa, prescindiendo así de las garantías penales y a un proceso penal debido para ser sancionados los infractores.

Con todo este arsenal de medidas penales tendentes a mantener el orden público, no se respeta el hecho de que la ciudadanía a través de los actos colectivos de protesta ejerce sus derechos de manifestación, reunión, huelga, expresión, información y, en general, de participación en los asuntos públicos. La reforma proyectada modifica la regulación de los delitos contra el orden público con la finalidad de restringir el ejercicio de esos derechos, neutralizando a los disidentes políticos, los que reivindican la deslegitimación de este sistema, los excluidos, los débiles... En realidad, se está criminalizando a la oposición política, permitiendo que se puedan practicar detenciones cautelares y diligencias invasivas de derechos.

Por otra parte, el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, aprobado el 20 de diciembre de 2013, pretende limitar los supuestos en los que se podrá abortar a los casos de violación en las 12 primeras semanas y riesgo para la salud física y psíquica de la madre en las primeras 22 semanas, suprimiendo, incluso, la causa de interrupción por anomalía fetal. La justificación y fundamento del Anteproyecto es exclusivamente imponer una obligación moral al género femenino de reproducirse y perpetuar la especie. Esta reforma anunciada supone un retroceso en los derechos en nuestra sociedad: la negación de la dignidad de la mujer embarazada, alejando a España de los demás países europeos. Los derechos inherentes al ser humano se niegan a las mujeres, o como mucho se convierten en derechos otorgados temporalmente, en la medida en que su ejercicio depende del concepto de moral de aquellos que en ese momento detentan el poder legislativo, y que pretendan o no imponer a las «vulnerables o débiles» mujeres necesitadas de tutela. Aunque se haya tenido que esperar hasta el s. XXI, ha llegado el momento de asumir y reconocer sin lugar a injerencias ni

límites que todas las mujeres tienen derecho a una sexualidad libre, derecho a decidir si quieren o no ser madres, con quién y en qué momento. Desde una perspectiva constitucionalista, resulta fundamental que con la mayor brevedad posible exista un pronunciamiento que reconozca que estos derechos de las mujeres son garantía del libre desarrollo de la personalidad femenina, que forman parte esencial del derecho a la dignidad humana.

4. DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD: EL VERDADERO DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD

La reforma ha afectado principalmente a los delitos «pequeños y medianos», cometidos por marginados sociales (prototipo de inseguridad ciudadana). Se llevan a cabo avances por el camino del Derecho penal de la peligrosidad, dando un nuevo paso en la restricción de la libertad personal, que afecta de forma muy específica a sectores sociales marginales, cuyas filas son cada vez más numerosas (al ampliarse la pobreza y la disidencia política). Desde estos planteamientos, existe un incremento radical del nivel de represión penal de los delitos patrimoniales más ínfimos al criminalizar como delito los hurtos o estafas de cualquier cuantía, sin límite mínimo, dejando de ser delitos leves cuando concurre alguna agravante. Estas medidas se tratan de un verdadero Derecho penal de la peligrosidad, dirigido, de forma sesgadamente clasista, contra la pequeña delincuencia patrimonial, innecesario en términos político-criminales, pero muy útil desde el punto de vista del control social.

El Proyecto también fundamenta una acción represiva mayor hacia los grupos considerados de riesgo, marcados en su totalidad por la sospecha. Se enfatiza la represión a través de diversas formas del uso de la fuerza pública, violencia institucional que se despliega con contundencia sobre los «colectivos peligrosos», que lamentablemente son los inmigrantes irregulares, condición frecuentemente asociada a «sin trabajo», «sin domicilio legal», sin acceso a determinados equipamientos y servicios colectivos, etc. Prueba de ello, como denuncia Terradillos Basoco, es que la intervención penal frente a los flujos migratorios, a requerimiento de la economía globalizada y de la ideología ultraliberal, se traduce en políticas de exclusión del trabajador foráneo, construyéndose un paradigma de la marginalidad. Por ende, la reforma del Código Penal responde a estos requerimientos con la criminalización de la delincuencia bagatelar, con la represión de los delitos menores contra la propiedad intelectual (*top manta*), la ayuda a la inmigración ilegal y con la generalización de la expulsión. Respecto a esta última, no sólo se renuncia a la fijación de un límite máximo a la pena sustituida, lo que entra en contradicción con las necesidades de prevención general, sino que además se aplica a todos los extranjeros, con independencia de la valoración jurídica de su situación de residencia en España, comportando una ampliación indiscriminada de la

expulsión judicial, incompatible con las exigencias constitucionales. Por otra parte, en el art. 59 bis LO 4/2000, a pesar de que las políticas criminales europeas profundizan en un enfoque victimocéntrico de la trata, la asistencia y protección de las víctimas sigue vinculando a la cooperación.

El resultado es el control de la población reducida a un rol precario del proceso productivo y sin ningún rol, limitando las garantías de sus derechos, provoca una mayor exclusión por lo que, en vez de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos.

Después de todo lo expuesto, tratando de desvelar las patologías de que adolece el Proyecto de reforma del Código Penal del 2013, que se muestra ilegítimo, populista, represivo, clasista... solo queda preguntarse, cuando se apruebe la reforma qué quedará del fundamento del Derecho penal: la justicia y la equidad. El hecho de priorizar objetivos retributivos, incapacitantes y disuasivos, unidos a una focalización obsesiva en la seguridad, ha llevado a que se desarrollen estrategias político-criminales concretas, de rasgos populista-autoritarios y segregadores, que elevan el nivel de «punitividad», esto es, de severidad del sistema penal, criminalizando la pobreza, justo en el momento en el que ha habido una eliminación de los programas sociales y el mercado laboral se vuelve más permisivo.

Finalmente, incidir en que frente a esta política-criminal, que hace un uso indebido del poder punitivo conferido al Estado, restringiendo los derechos del conjunto de los ciudadanos, se puede afirmar que la legitimación del ejercicio del poder jurídico penal proviene de la contención del poder punitivo, en base a la necesidad ineludible de preservar el Estado de derecho y los espacios de libertad ciudadana como condición indispensable de la dinámica social y la política democrática. En consecuencia, la seguridad para los ciudadanos no surge desde el ejercicio del poder estatal, sino de los límites a dicho ejercicio que posibilitan el disfrute de los derechos.

La nueva ley anticorrupción brasileña

The new anti-corruption Brazilian law

Modesto Carvalhosa

Abogado-Carvalhosa e Eizirik

Fecha de recepción: 4 de abril de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 5 de mayo de 2014

1. INTRODUCCIÓN

El 1.º de agosto de 2013, la Presidenta de la República del Brasil firmó la Ley n.º 12.846/13, que prevé el tema, hasta entonces inédito en el país, de la responsabilidad **administrativa** y **civil** de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Cabe mencionar que Brasil ya se había comprometido a responsabilizar a personas jurídicas por actos de corrupción al ratificar: (i) la Convención sobre lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE, de 1997 (Decreto n. 3.678, de 2000); (ii) la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 (Decreto n. 4.410, de 2002); y (iii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003 (Decreto n. 5.687, de 2006).

La Ley, denominada por los medios de comunicación Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia, entrará en vigor al final de enero de 2014, y será un importante hito en la lucha contra la corrupción en Brasil, que antes sólo castigaba a los individuos (personas físicas) que pagaban y que recibían sobornos, pero no a las empresas que se involucraban en actos de corrupción.

La iniciativa de la Ley Anticorrupción o de la Empresa Limpia se debió a las manifestaciones callejeras de junio de 2013 que se llevaron a cabo en todas las grandes y medianas ciudades de Brasil. Estas manifestaciones constituyeron una condena por una gran parte de la sociedad civil hacia: (i) las políticas públicas que privilegiaron, con grandes gastos, las construcciones de estadios fabulosos para el mundial de fútbol, en los estándares FIFA; (ii) la gestión pública, que no ofrece, en niveles aceptables, los servicios esenciales de salud pública (falta de hospitales y pésima atención); (iii) el transporte público (pésimos e insuficientes autobuses) en calles congestionadas e insuficiencia y aglomeración de trenes urbanos y del metro; (iv) los pésimos niveles de educación pública, que tiene como consecuencia una falta de mano de obra mínimamente cualificada, inclusive en la construcción civil; (v) la corrupción generalizada en los niveles federales, estatales y municipales, abarcando todos los niveles de los agentes públicos, que se refleja en el descrédito también generalizado en la opinión pública sobre la gestión gubernamental (hay una percepción generalizada entre la sociedad civil de que todo agente público es un corrupto).

En este marco conflictivo, las empresas que tienen relación contractual de cualquier naturaleza con los tres niveles de la Administración (Unión, Estados y Municipios) no son víctimas indefensas de esta situación, sino que tienen un papel interactivo con los agentes públicos corruptos. Estas empresas practican la corrupción activa, ya sean empresas nacionales o multinacionales, ya sean grandes, medianas o incluso pequeñas. De ahí surge la necesidad de arbitrar medidas legales para penalizar a las empresas que tengan relación contractual de cualquier naturaleza con el poder público.

La nueva ley atiende las iniciativas de ámbito global, como se puede ver en los tratados internacionales al respecto y de las leyes específicas de diversos países tratando del tema. Pero a diferencia de lo que ocurre en otros países, la ley brasileña de 2013 –la Ley de la Empresa Limpia– prevé sanciones a nivel administrativo y no penal con respecto a las conductas de corrupción activa por parte de las empresas. Este criterio sancionador-administrativo sigue la tendencia de ampliación y prevalencia de la jurisdicción administrativa sobre la penal, mediante la continua y creciente creación de agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias. En el caso concreto de la nueva Ley se busca, con tal desplazamiento sancionatorio al ámbito de la propia administración pública, escapar del rigor de la tipificación del derecho penal con relación a la configuración del delito de corrupción activa, en la medida en que los métodos utilizados por las empresas corruptoras son constantemente alterados y ampliados, principalmente por la utilización de otras empresas, como las empresas de consultoría, para la consumación de las prácticas de corrupción ante los agentes públicos; especialmente en los contratos públicos de obra y concesión, así como en el suministro de servicios y de equipamientos utilizados por la administración.

Hay, por lo tanto, ventajas en la adopción del régimen sancionatorio administrativo, en lugar del régimen penal con relación a la represión de la corrupción activa por parte de las empresas, siempre que se defina bien la reglamentación de la ley brasileña de 2013 con relación a la formación de agencias administrativas sancionadoras independientes. Además de alejar el rigor de la tipificación penal, el ámbito administrativo-sancionador permite una integración entre los diversos órganos del Estado, como es el caso de la agencia de represión al abuso del poder económico (CADE) referente a la formación de cárteles para burlar los concursos públicos. En este sentido, la nueva ley contra la corrupción practicada por las empresas adopta el régimen de los acuerdos de indulgencia (clemencia), al igual que, desde 2011, la agencia brasileña antitrust (CADE), lo que facilita enormemente la profundización de la extensión de los comportamientos ilícitos y del cuadro de los involucrados en la práctica de la corrupción activa empresarial. Por lo demás, la Ley de la Empresa Limpia instituye un incentivo a la adopción por las empresas del régimen de *compliance*, en el ámbito del gobierno corporativo, lo que puede venir a atenuar las sanciones. Estas medidas (acuerdo de clemencia y *compliance*) también justifican la elección del régimen administrativo-sancionador en lugar del penal.

No obstante, existe actualmente una importante iniciativa en el Congreso Nacional para reformar el Código Penal, con el fin de introducir la criminalización de las empresas en relación con los delitos de corrupción activa, además de tipificar, tanto para ellas como para las personas físicas, la moderna práctica delictiva del uso de la información privilegiada proveniente de la administración pública.

Estas consideraciones en torno de la legislación en curso y proyectada en Brasil para la inclusión de las empresas en responsabilidad administrativa y, en el futuro, penal por la práctica de corrupción activa, se inscriben en el siguiente contexto: (i) en el sistema legal brasileño hasta entonces vigente, no había ninguna sanción dirigida específicamente a personas jurídicas involucradas en casos de corrupción, sino sólo sanciones a actos de corrupción practicados por personas físicas, en el ámbito penal, conforme lo previsto en el artículo 333 del Código Penal (corrupción activa); (ii) en el contexto político, se verificó, en los últimos años, una serie de escándalos de corrupción donde aparecieron involucradas empresas nacionales y extranjeras y la administración pública (después del caso «Mensalão», que tuvo amplia difusión, diversos escándalos han sido divulgados en los medios de comunicación; recientemente ha ganado protagonismo el caso del cártel en el metro y trenes urbanos del Estado de São Paulo, con la participación de multinacionales como Siemens y Alston); y (iii) frente a estas circunstancias, se ha convertido en una urgente necesidad adoptar medidas eficaces para combatir los actos de corrupción practicados por las empresas.

La denominada Ley de la Empresa Limpia surgió a iniciativa de la Presidencia de la República y fue aprobada, rápidamente, en cerca de un mes y medio, por las dos cámaras del Congreso Nacional y firmada por la Presidenta de la República. Esta

agilidad, atípica en el proceso legislativo brasileño, para la aprobación de la Ley de la Empresa Limpia, es fruto de la presión de la sociedad por iniciativas destinadas al combate de la corrupción. Como reacción, el Gobierno brasileño anunció varias medidas para intentar satisfacer las demandas populares. Así, además de la promulgación de la Ley de la Empresa Limpia: (i) el Senado Federal votó a favor de calificar la corrupción como crimen atroz, que impide que los acusados sean liberados después del pago de fianzas y aumenta la pena mínima que se impondrá a los responsables por delitos como el de desvío de recursos públicos; y (ii) la Cámara de los Diputados, por su parte, se pronunció a favor de la prohibición del voto secreto en votaciones para revocar el mandato de legisladores acusados de irregularidades y el rechazo de la reforma constitucional que retiraba del Ministerio Público la competencia para instaurar investigaciones penales y administrativas.

2. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA LEY DE LA EMPRESA LIMPIA

La Ley de la Empresa Limpia refleja la tendencia internacional de hacer que las empresas sean responsables por actos de corrupción, independientemente de las personas físicas involucradas. La responsabilidad objetiva, sumada a la responsabilidad conjunta de controladoras y controladas en grupos empresariales, de empresas consorciadas, así como de sucesoras en operaciones de fusiones y adquisiciones, hace que las empresas tiendan ahora a adoptar medidas preventivas frente a los actos de corrupción. Entre los actos de corrupción previstos expresamente por la Ley de la Empresa Limpia figuran (art. 5.º): (i) prometer, ofrecer o dar ventaja indebida a un agente público; (ii) financiar, costear o patrocinar la práctica de actos ilícitos; (iii) utilizar persona interpuesta para ocultar o disimular actos ilícitos; (iv) utilizar expedientes ilícitos ante la administración pública, de modo que frustre procesos de licitación pública y compromisos contractuales; y (v) dificultar la actividad de investigación o fiscalización por órganos o entidades públicas.

En el ámbito administrativo, se podrán aplicar multas que oscilen entre el 0,1% y el 20% de la facturación bruta de la empresa en el ejercicio anterior al de la instauración del proceso administrativo o, ante la imposibilidad de utilización de este criterio, las multas podrán variar de R\$ 6.000 a R\$ 60 millones. El punto que ha generado mayor polémica es el hecho de que la competencia para la aplicación de estas sanciones es difusa. Esto se debe a que el inicio de los procesos administrativos puede ser iniciativa tanto de la administración federal, estatal y municipal, como de los poderes legislativo y judicial (art. 8.º). Hay, por lo tanto, un gran riesgo de que, debido a la competencia concurrente de las autoridades del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las empresas tengan que hacer frente a multas pesadas en diversos ámbitos (federal, estatal y municipal), y, consecuentemente, que puedan ser eventualmente objeto de presiones e intentos

de chantaje para evitar la aplicación de estas sanciones, lo cual puede dar lugar a una nueva modalidad de corrupción.

Estas multas, aplicadas en el ámbito administrativo, no excluyen la responsabilidad judicial, *en el ámbito civil*, de los agentes de tales actos de corrupción, que pueden dar lugar al embargo de bienes, suspensión o interdicción parcial de actividades, disolución compulsoria de la persona jurídica, así como la prohibición de recibir incentivos, subsidios, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas.

3. ATENUANTES PREVISTAS EN LA LEY DE LA EMPRESA LIMPIA

La Ley de la Empresa Limpia, con el objetivo de generar incentivos para las empresas para controlar los actos de corrupción, establece dos atenuantes a la sanción por la práctica de tales actos: (a) la instauración por las empresas de sistemas de *compliance*; y (b) la celebración de pactos de clemencia.

3.1. *Sistemas de compliance*

La Ley de la Empresa Limpia, basada en un concepto desarrollado inicialmente en el derecho estadounidense, prevé en su artículo 7.º, inciso VIII, la creación de sistemas de gobierno empresarial para el control de conductas lesivas que puedan dar lugar a la responsabilidad objetiva:

Art. 7.º - Se tendrán en cuenta en la aplicación de las sanciones: (...) VIII – la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivos a la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica.

Así, la adopción de mecanismos y procedimientos de *compliance* servirá como atenuante a sanciones por la administración pública ante las empresas. Sin embargo, los parámetros para la evaluación de tales mecanismos y procedimientos dependen de una reglamentación que no ha sido aún elaborada por el poder ejecutivo federal (art. 7.º, párrafo único).

Por cierto, es importante mencionar un estudio reciente (*Transparencia en la Información Corporativa: Evaluando Multinacionales en los Mercados Emergentes*) de TRANSPARENCY INTERNATIONAL, asociación internacional dirigida al combate de la corrupción, que analizó 100 de las empresas que crecieron más rápido en los últimos años con sede en 16 países de mercados emergentes, entre las cuales 13 son brasileñas, evaluando el grado de transparencia de tales empresas, así como el desarrollo de medidas y programas anticorrupción, ejecutados por ellas. Dicho estudio concluyó

que, en general, las prácticas de *compliance* adoptadas por las empresas en todo el mundo siguen siendo insuficientes. En Brasil, las empresas lograron una evaluación final con un promedio ligeramente por debajo del desempeño general (3,6 puntos de 10 puntos posibles). Y, con relación a la lucha contra la corrupción, la puntuación promedio fue de 5,4 puntos de 10 puntos posibles. De las empresas brasileñas analizadas, Petrobras fue la que tuvo una mejor puntuación (8,8 puntos), mientras que el Grupo Odebrecht, por otro lado, no ha marcado un solo punto en este sentido.

El resultado de este estudio refleja la falta de reconocimiento por las empresas de la importancia de la transparencia en el desarrollo de un buen gobierno y en la gestión de riesgos de corrupción. De acuerdo con el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación) la corrupción le cuesta a Brasil cerca de R\$ 85.000 millones por año. Según TRANSPARENCY INTERNATIONAL, en un estudio publicado el 2 de diciembre de 2013, Brasil ocupa, entre 174 países, el 72.º lugar en el ranking de mayor percepción de la corrupción, cuando en 2012 ocupaba el 69.º. El país ha retrocedido 3 puntos, esto muestra la gravedad y la persistencia de las prácticas perjudiciales para la administración pública.

En este contexto, una norma –como la reciente Ley de la Empresa Limpia– que imponga severas restricciones a la práctica de actos de corrupción por las empresas brasileñas, y privilegie, por otro lado, la adopción de mecanismos y de procedimientos internos de control de tales prácticas, si es correcta y bien regulada, con la creación de agencias independientes en el seno de la administración, puede contribuir a la lucha contra la corrupción en el país. A pesar de que la adopción de códigos de conducta y la implementación de procedimientos de auditoría no aseguran que una empresa no resulte finalmente involucrada en casos de corrupción, estos mecanismos de control interno permitirán al menos que la dirección de la empresa se entere de casos de corrupción dentro de la empresa.

3.2. Acuerdos de indulgencia (clemencia)

El acuerdo de indulgencia o clemencia ha sido incorporado por la legislación brasileña por medio de la Ley 10.149/00 que, al reformar la antigua Ley Antitrust (Ley n.º 8.884/94), previó, en su artículo 35-B, la posibilidad de celebración de acuerdos entre el Poder Público y una empresa miembro de un cártel o de sus empleados. Esta previsión fue mantenida por la nueva Ley Antitrust (Ley n.º 12.529/11), y, recientemente, con la Ley de la Empresa Limpia (Ley n.º 12.846/13), pasó a ser admitida también con relación a cualesquiera actos de corrupción practicados por la empresa y no sólo los de formación de cárteles.

El acuerdo de indulgencia se inspira en la experiencia estadounidense, que siempre estuvo adelante en la punición de crímenes contra la administración pública. A

pesar de la aversión que estos crímenes pueden causar al ciudadano común, se notó que el acuerdo de indulgencia podría ser un excelente método para cooptar agentes criminales, incentivándolos a denunciarse, peleándose unos con otros, traicionando unos a otros, de tal forma que nunca más quieran ser cómplices en sus acuerdos. En los Estados Unidos, las autoridades promovieron en los últimos años cerca de 300 procesos contra la corrupción bajo la consagrada Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act-FCPA), y ha sido un éxito la celebración de acuerdos de indulgencia alternativos.

El acuerdo de indulgencia o clemencia previsto en la *Ley Antitrust* brasileña de 2011 consiste en un pacto firmado entre el miembro del cártel que lo denuncie y el Estado –por intermedio del Ministerio de Justicia–, por medio del cual se consigna que en caso de que el solicitante proporcione elementos de convicción suficientes para desbaratar el referido cartel, tendrá asegurada inmunidad penal y administrativa (artículo 87, párrafo único). El acuerdo de indulgencia de la *Ley de la Empresa Limpia*, a diferencia de aquel introducido en la Ley Antitrust, no otorga inmunidad penal u otro tipo de protección a sus beneficiarios, en contrapartida al hecho de confesar haber practicado actos ilegales.

La confidencialidad es otro punto muy sensible sobre la celebración de estos acuerdos de indulgencia. Tanto la Ley Antitrust como la Ley de la Empresa Limpia no otorgan total confidencialidad a la existencia de tales acuerdos.

La Ley Antitrust, por un lado, prevé en el §9.º de su artículo 86, que la propuesta de acuerdo de indulgencia será, por regla general, mantenida en confidencialidad; sin embargo, en caso de que sea de interés de las investigaciones y del proceso administrativo sancionador la divulgación de la referida propuesta será hecha pública. Esto es lo que sucedió recientemente, en el caso relacionado con las investigaciones sobre la formación de cártel de trenes y el metro en São Paulo y en el Distrito Federal. El Consejo Administrativo de Defensa Económica-CADE divulgó, el 16 de agosto de 2013, haber firmado acuerdo de indulgencia con la multinacional Siemens por su cooperación con las investigaciones sobre el referido cártel. Las consecuencias de este acuerdo terminaron siendo de dominio público y provocaron antes de su conclusión actos de investigación de la policía federal y del Ministerio Público, en el ámbito penal y administrativo sancionador.

La Ley de la Empresa Limpia es menos clara con respecto a la confidencialidad del acuerdo de indulgencia. El art. 16, §6.º dispone que «La propuesta de acuerdo de indulgencia sólo se hará pública después de la ejecución del respectivo acuerdo, excepto en el interés de las investigaciones y del proceso administrativo». Además de permitir, tal como la Ley Antitrust, la renuncia a la confidencialidad de la autoridad pública involucrada en la investigación, la Ley Anticorrupción también restringe la confidencialidad de la fecha de ejecución del acuerdo. Por estas y otras razones, la autorización legal para la celebración de acuerdos de indulgencia acerca de los

actos de corrupción es inconsistente y debe ser mejorada para que sea atractiva para las empresas corruptas. La ley de la Empresa Limpia no crea incentivos correctos y eficientes que permitan que la empresa beneficiaria se sienta protegida y motivada a denunciar la existencia de actos ilícitos y de las empresas o agentes involucrados en la práctica de referidos actos.

4. CONCLUSIONES

Como se mencionó anteriormente, la Ley de la Empresa Limpia surgió en un contexto de diversos y sucesivos escándalos de corrupción que se volvieron públicos recientemente en el Brasil, involucrando órganos y entidades de la administración pública y empresas nacionales y multinacionales. Es consecuencia, por tanto, de una respuesta política del Gobierno a las presiones populares del mes de junio de 2013, en que multitudes tomaron las calles de las principales capitales nacionales reivindicando cambios, como ya ha sido mencionado. En resumen, la Ley de la Empresa Limpia constituye una iniciativa importante, que sigue una tendencia internacional de combate a la corrupción; sin embargo, esta ley contiene disposiciones genéricas con relación a algunos puntos principales que pueden generar efectos inversos en su aplicación.

Los dos principales puntos de preocupación son: (i) la ausencia de mecanismos de coordinación entre las diversas competencias para instauración y juzgamiento de procesos administrativos; y (ii) la ausencia de confidencialidad e inmunidad, en el ámbito civil y penal, para los favorecidos de los acuerdos de indulgencia con empresas involucradas.

En el primer aspecto, la ley establece, genéricamente, que es competencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en sus diversos ámbitos, la instauración y desarrollo de procesos administrativos para averiguar actos de corrupción; sin embargo, no prevé mecanismos de coordinación de esta actividad que va a ser desarrollada comúnmente por los tres poderes. La ley no determina nada sobre cómo se llevará a cabo la comunicación entre los diversos órganos y entidades del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ni cómo se resolverán situaciones en que más de un órgano o entidad instauren un proceso administrativo ante la misma empresa; la ley no establece si, en estas situaciones, los procesos deberán ser consolidados, si prevalecerá aquel proceso que se instaure primero o si existirá una jerarquía entre tales órganos y entidades. Conforme reiterado, si no hay una regulación adecuada, existe un gran riesgo de que, debido a la competencia descentralizada de las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, las empresas tengan que hacer frente a fuertes multas en diversos ámbitos del poder público, así como estar sujetas a presiones e intentos de chantajes para evitar la aplicación de esas sanciones, lo que será una nueva modalidad de corrupción producida por la propia Ley de la Empresa Limpia.

En el segundo aspecto, la ausencia de confidencialidad e inmunidad, en el ámbito civil y penal, para el denunciante de los actos de corrupción frustra cualquier posibilidad de celebración de acuerdos de indulgencia en el ámbito de la Ley Anticorrupción. No hay incentivos reales, concretos y efectivos para que una parte reconozca la autoría de tales actos de corrupción –conforme exigido por el artículo 16, §1.º, inciso III de la Ley Anticorrupción– a cambio del beneficio de la reducción de las sanciones administrativas allí previstas. A pesar de verse favorecida con la reducción de las sanciones administrativas, la empresa denunciante involucrada podrá ver su identidad revelada al público de forma prematura; razón por la que corre el riesgo de sufrir efectos de presiones y especulaciones extremadamente maléficas, antes incluso de la conclusión de las investigaciones por la autoridad competente, tal como se ha verificado en el caso reciente en el que ha estado involucrada la multinacional Siemens integrante del cártel del metro de São Paulo. Adicionalmente, al asumir oficialmente la práctica de actos de corrupción, proporcionando una serie de documentos e informaciones que comprueben que se han llevado a cabo tales actos, la empresa denunciante proporcionará a las autoridades públicas un dossier completo que, en el futuro, podrá ser utilizado, judicialmente, en los ámbitos civil y penal, ante la propia empresa. Es decir: tal como está previsto en la Ley de la Empresa Limpia, el acuerdo de indulgencia se convertirá en un instrumento de dudosa utilidad práctica, frustrándose el propósito fundamental de ese dispositivo legal de facilitar la identificación y responsabilidad de empresas corruptoras en el país.

ESTUDIOS

De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar

De iudicio. Variations around the power and act of judging

Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad de Salamanca*

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

Resumen

El análisis del juicio como decisión judicial permite enlazar consideraciones escolásticas de Santo Tomás con los principales problemas actuales del proceso desde la triple perspectiva de los sujetos encargados de juzgar, del modo en que lo hacen, para llegar de forma conclusiva a ponderar las variables complejas que entran en la definición de qué es el acto de juzgar. Estas reflexiones permiten destacar las relaciones entre el Derecho,

Abstract

The analysis of the judgment as a court decision allows us to link the scholastic considerations of St. Thomas Aquinas with the main procedural current problems from a triple perspective: the subjects who have to decide law cases, the way that they have to do it and its shortcomings, and finally in conclusive way we can think on the complex variables that come into the definition of what is the act of judging. These reflections allow us to highlight the relationship between law,

* Texto de la Lección pronunciada por el Prof. Dr. D. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal, en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca el día 28 de enero de 2014, día de Santo Tomás de Aquino, representando a la Facultad de Derecho.

Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell
De iudicio. Variaciones en torno
a la potestad y al acto de juzgar

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 2, junio 2014, 49-79
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca

la Filosofía y la Psicología en el acto procesal más decisivo y complejo de todos.

philosophy and psychology in the procedural act more decisive and complex of all.

Palabras clave: Juicio, Decisión Judicial, Juez, Proceso, Jurisdicción.

Key words: Judgment, Court Decision, Judge, Process, Jurisdiction.

1. PROEMIUM

Nos reúne una vez más en este antiguo Paraninfo la conmemoración de la festividad universitaria que recuerda al llamado *Doctor Angelicus*, Santo Tomás de Aquino, cuyos despojos mortales fueron trasladados un día como hoy a la Catedral de Toulouse. Desde ese fértil siglo XIII en que nació nuestra propia Universidad, el eminente filósofo y teólogo transformó las enseñanzas que provenían de la Antigüedad clásica y a partir de ellas construyó una síntesis teológico-filosófica con una admirable profundidad y altura sistemática¹.

Como han demostrado muchos de quienes me han precedido en el honor de pronunciar una Lección desde este mismo lugar en un veintiocho de enero, a pesar de la lejanía de la doctrina de nuestro patrón respecto a la sociedad de nuestros días, siguen siendo fructíferos sus pensamientos y pueden servirnos todavía como base a ciertas reflexiones de actualidad que tal vez sean de algún interés.

Cuando un procesalista acude a la magna construcción que es la *Summa Theologiae* no puede evitar hojear las páginas en las que nuestro eximio dominico analiza entre las virtudes cardinales la de la justicia, tratado que ha sido calificado como una de las elaboraciones más personales de su autor² y que compone un minucioso y complejo análisis metodológico cuyo estudio con ojos de jurista nos podría llevar muy lejos. Permítasenos, para no cansar al distinguido auditorio, entresacar sólo algunos aspectos relevantes, que podríamos concentrar básicamente en la cuestión relativa precisamente al juicio³.

Pocos términos hay en Derecho que puedan tener tanta pluralidad de significados, sin siquiera salirnos de mi propia especialidad. En las leyes vigentes hallamos numerosos ejemplos: el más conocido tal vez sea el de juicio como audiencia, generalmente pública, en la que oralmente los diversos sujetos del proceso ejercen su respectiva función con aplicación de la contradicción, con igualdad de armas jurídicas, con la

1 Cfr. KÜNG, Hans. 1994: *Große christliche Denker*. München, 128: «Mit dieser theologisch-pastoralen Grundintention schuf Thomas für die neue Zeit eine neue philosophisch-theologische Synthese: genial, mit methodischer Strenge und didaktischem Geschick durchkonstruiert, von noch nie dagewesener Einheitlichkeit».

2 GARCÍA ESTÉBANEZ O. P., Emilio. 1990: «La virtud de la Justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60». En Santo Tomás de Aquino: *Suma de Teología*, III, parte II, II (a). Madrid, 457.

3 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 60: «De iudicio».

finalidad de que el juzgador pueda convencerse sobre los hechos controvertidos y pueda aplicarles las consecuencias que la ley general y abstracta prevé para ellos.

Pero «juicio» es con frecuencia una palabra utilizada como sinónimo de procedimiento, de un procedimiento determinado y distinto de los demás. Así tenemos el «juicio ordinario», el «juicio verbal» o el «juicio de faltas». Todos ellos son distintos modos de conformación de la sucesión de actos procesales, con unos determinados trámites más o menos simples y con mayores o menores garantías y formalidades según cada caso, que van desde el inicio del proceso hasta el momento de la decisión final.

No obstante, la polisemia todavía sigue más allá, y en realidad, la acepción probablemente más importante sea otra, más cercana a la del propio Santo Tomás, en realidad utilizada con frecuencia en el Medioevo, y que en nuestros días muestra aún su complejidad interdisciplinar y su importancia central para el Derecho y para la vida colectiva en general. Me refiero al juicio como decisión, final y debidamente motivada, por la que el juzgador muestra su opinión sobre el asunto litigioso que le ha sido planteado⁴, satisfaciendo así las exigencias de este derecho fundamental que recoge el artículo 24.1 de nuestra Constitución, es decir, la tutela judicial efectiva, y que implica, en sustancia, la obtención de una sentencia motivada sobre el fondo, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, pero que podrá ser también de inadmisión cuando concorra causa legal para ello, apreciada debidamente por el juzgador⁵.

Se trata de una decisión en la que se unen elementos de re-creación de los hechos, de interpretación de la norma y, finalmente, de valoración del juez de todo ello. Se trata del punto central donde tiene su culminación la relación entre Derecho y Proceso⁶ y en definitiva la declaración que lo que sea derecho concreto entre las partes del litigio, y a veces, más allá de los sujetos que efectivamente han comparecido ante el órgano

4 Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 2008: «El juicio jurisdiccional». En *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Barcelona (redactado en 1967), 69-134; GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando. 1995: *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*. 3.ª ed. Oviedo, 164-170; ARAGONESES ALONSO, Pedro. 1997: *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ª ed. Madrid, 192, «la estructura del proceso se desarrolla (...) a través de un procedimiento, pero este procedimiento se resuelve en la forma lógica de un juicio, un juicio que es normativo en cuanto la voluntad de los interesados se enlazan a sistemas ideales de razones, y la voluntad del órgano decisor se funda en el mismo sistema ideal».

5 Por todas, la STC 47/1988, de 21 de marzo, F.J. 4.º: «El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concorra causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o Tribunal mediante resolución motivada, basada en la existencia de causa impositiva prevista por la Ley, que no vaya en contra del contenido esencial del derecho –que ha de respetar el legislador–, y aplicada con criterios interpretativos favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental, de forma que la negación de concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria ni irrazonable».

6 Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. 1978: *Derecho y proceso*. Barcelona, 169 y ss. Particularmente en la página 182 afirma: «... es aceptable utilizar las categorías de juicios históricos, lógicos y de valor para describir la génesis del juicio jurisdiccional».

jurisdiccional, como por ejemplo en los procesos colectivos respecto a la protección de intereses generales de los consumidores o de intereses medioambientales.

Concurren en este punto consideraciones jurídicas como es obvio, pero también filosóficas –si se quiere más concretamente argumentativas–, por supuesto psicológicas, con un papel más decisivo del que tradicionalmente nos ha parecido, y en ocasiones además, implicaciones de otras ciencias, incluidas las de la Naturaleza, como ponen de manifiesto los trabajos de moda en los últimos años sobre la llamada «prueba científica»⁷ y la relevancia que se da en muchos casos, civiles y penales, a la determinación del ADN y, consiguientemente, a la aplicación debida de las garantías en la cadena de custodia de los elementos probatorios para obtenerlo⁸.

Nos colocamos, por tanto, en la tercera acepción del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, que define juicio como «opinión, parecer o dictamen», definición a la que, como veremos, será necesario añadir algunos ingredientes adicionales importantes para su mayor compleción, pues no cualquier opinión, parecer o dictamen es el que aquí nos interesa. Más alejada me parece de la capacidad del juzgador actual, por muy buena que sea su intención, la primera de las acepciones de este Diccionario, que entiende el juicio como «facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso», aunque nos presenta algunas perspectivas que no deberemos dejar del todo de lado: no sólo la dimensión ética de la decisión del juzgador⁹, sino también la relación de esa decisión con la verdad, así como el problema, siempre complicado, de las llamadas sentencias injustas.

Existe una razón más para la elección del tema que no puedo ocultar. Mi maestra Carmina CALVO SÁNCHEZ, antes de jubilarse de su Cátedra de Derecho Procesal en esta Universidad, creó un Grupo de Investigación de Excelencia al que sus discípulos procuramos mantener en plena forma. El nombre elegido, a sabiendas de las ambigüedades, polisemias y complejidades que acabo de insinuar, fue precisamente el de IUDICIUM –juicio–. Sean pues estas palabras y las que vendrán más adelante manifestación de filiación reconocida y de aprecio personal a quien guio mis primeros pasos en la Academia y que siempre será referente y modelo de universitaria.

El concepto de juicio tiene una relevancia todavía mayor si se observa que para llegar a este momento decisivo es necesario antes hacer muchas otras cosas. Nos lo muestra bien a las claras Lewis CARROL en el juicio de las tartas de Alicia en el País de las Maravillas¹⁰. En esa alocada y trepidante narración, el Rey, que ejerce de Juez, ordena al Conejo Blanco leer la acusación. De inmediato se narran los hechos con toda

7 Vid. TARUFFO, M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). 2013: *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid.

8 Cfr. DEL POZO PÉREZ, Marta. 2013: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial». *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30.

9 No por casualidad la justicia como virtud ética ya se encontraba en el Libro V de la *Ética Nicomáquea* de Aristóteles.

10 Barcelona, 2008, cap. 11.

solemnidad. A toda prisa se dirige el Rey al Jurado para que pronuncie su veredicto, pero le interrumpe de pronto el Conejo: «¡Todavía no! ¡Todavía no! Hay mucho que hacer antes de eso».

Ese «mucho que hacer» es en realidad el corazón de todo proceso, lo que solemos denominar como fase plenaria o principal en la que los diversos sujetos procesales actúan, principalmente las partes, preparando cada cual según su interés, pero en principio dentro del respeto a la lealtad y a la buena fe, la declaración final del juzgador, al que justamente se le debe convencer sobre los hechos planteados y controvertidos, sobre la norma aplicable al caso, y sobre la consecuencia jurídica que de todo ello resulta. De toda esta actividad, que en los casos concretos se pormenoriza mucho más, dependerá la calidad del razonamiento judicial que se plasme en la sentencia, pero también de otros elementos que no siempre se tienen en cuenta y que influyen más de lo que parece a primera vista.

Estamos pues, ante una labor compleja y muy delicada, a la que trataré de acercarme con mayor detalle. Debo recordar, sin embargo, lo que es evidente. No soy filósofo, ni sociólogo, ni psicólogo, sólo procesalista que procura aprender cada día más sobre algunos aspectos apasionantes de su objeto de estudio, a veces con la ayuda de manos amigas formadas en otras disciplinas. Ruego, por tanto, se tomen mis palabras con la debida reserva y con el sentido crítico que deben caracterizar a todo universitario.

Pero retornemos al punto de partida, porque Santo Tomás tiene elementos importantes para servirnos de guía. De hecho, en la introducción a su exposición acerca del juicio, con su característica metodología escolástica se plantea una serie de preguntas, a las que en primer lugar opone una serie de objeciones, luego da su solución, fundada en un conjunto de respuestas a las objeciones que se explican finalmente¹¹. Estas preguntas y sus respuestas nos ofrecen algunas fértiles sugerencias para afrontar nuestro acercamiento a la problemática que he planteado.

No seguiré estrictamente el orden del Aquinate, pues pretendo adaptar sus proposiciones a una sistemática más acorde con la mentalidad jurídica actual, pero sí enlazaré algunos de sus argumentos con algunas cuestiones más o menos concretas que todavía hoy nos preocupan y que no tenemos todavía resueltas. Todo ello, espero que siguiendo las valiosas recomendaciones de otro sabio que bastante tuvo que ver con nuestra Alma Máter, Miguel de Cervantes, que hacía decir a Maese Pedro,

11 Las preguntas, imbuidas naturalmente en la predominante visión cristiana medieval de la época –de la que la *Summa Theologiae* es justamente la cumbre–, son las siguientes: «1.- El juicio, ¿es acto de la justicia?- 2.- ¿Es lícito juzgar?- 3.- ¿Se debe juzgar por sospecha?- 4.- ¿Se deben interpretar las cosas dudosas en sentido favorable?- 5.- ¿Siempre debe dictarse el juicio según las leyes escritas?- 6.- ¿Se pervierte el juicio por la usurpación de poder?». En esta, como en las demás citas de esta obra, se utiliza la traducción de la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.

en la Segunda Parte de la historia del Ingenioso Hidalgo de la Mancha, las conocidas palabras: «Llaneza muchacho, no te encumbres, que toda afectación es mala»¹².

Así, pues, espero que con la llaneza que en esta sede es recomendable y con la solidez que asimismo es exigible, pueda ilustrar a todos ustedes, con la inspiración del siglo XIII y hablando del contexto del XXI, sobre algunas de las manifestaciones de la potestad de juzgar y del acto de hacerlo. Para ello me valdré de tres perspectivas, por supuesto complementarias e inescindibles, que son las que nos llevan a preguntarnos: quién juzga y cómo se juzga, para concluir quizás a destiempo por donde tal vez tuviera que haber empezado: intentado responder qué es eso de juzgar.

2. QUIS IUDICAT?

En el actual Estado Social y Democrático de Derecho es la Constitución la que nos determina quiénes están legitimados para ejercer lo que conocemos como «potestad jurisdiccional»¹³. No es que proceda a una enumeración cerrada de los órganos que pueden juzgar en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hace es fijar las condiciones en las que debe administrarse la justicia con suficientes garantías y luego remite a una norma con una protección reforzada la concreción de estas previsiones: la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴. De este modo se establece la foto fija que configura el cuadro de órganos que pueden ejercer la potestad jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico,

12 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. 1615: *Don Quijote de la Mancha*, Segunda Parte. Madrid, cap. XXVI.

13 Sería este el momento apropiado para recordar las agudas disquisiciones acerca de la Jurisdicción bien como poder o bien como potestad, que han hecho correr ríos de tinta y han ocupado las mentes de ilustres estudiosos; el texto constitucional, sin embargo, nos da una respuesta que nos evita tener que regresar ante la comunidad universitaria a ese farragoso debate. *Vid.*, para mayor profundidad, FAIRÉN GUILLÉN, V. 1972: «La potestad jurisdiccional». *Revista de Derecho Judicial*, 1972, núms. 51-52. Madrid, y «Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad». En *El Poder Judicial*, t. II. Madrid, 1184-1212. PEDRAZ PENALVA, E. 1990: «Sobre el “poder judicial” y la Ley Orgánica del Poder Judicial». En *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid, 141-202.

14 Esta Ley fija los órganos y sus competencias, pero es la Ley de Demarcación y Planta, una ley de rango inferior, la que fija el número de órganos en cada sede y el concreto territorio en que cada uno podrá ejercer sus funciones. En la actualidad este pretendido Código Orgánico de Tribunales que es nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que ha sufrido numerosísimas modificaciones desde su promulgación. La Ley de Demarcación y Planta ahora vigente es la Ley 38/1988, de 28 de octubre. Es importante tener en cuenta que en la página web del Ministerio de Justicia (www.mjusticia.gob.es) se ha publicado una Propuesta de texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y una Propuesta de texto articulado de Ley de Demarcación y de Planta Judicial (en adelante LDP), elaboradas ambas por una Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministro de 2 de marzo de 2012.

o dicho de modo global, atendiendo al encabezamiento del Título VI de la Constitución, componen el llamado «Poder Judicial»¹⁵.

En el artículo 117 de nuestro Texto Fundamental es donde aparecen la mayor parte de rasgos con los que podemos establecer el criterio de la jurisdiccionalidad: serán verdaderos órganos jurisdiccionales los que se ajusten a las exigencias de la unidad, la exclusividad, la independencia, la inamovilidad, la responsabilidad y el sometimiento únicamente al imperio de la Ley. Cada una de estas características supone implicaciones complejas, a las que la dura realidad somete continuamente a pruebas difíciles. En lenguaje de Santo Tomás, nos deberíamos plantear si en ocasiones no ocurren usurpaciones que puedan pervertir el juicio, que es lo que definitivamente importa (Q. 60. a.6)¹⁶.

¿De qué tipo de desviaciones estoy hablando? Dejo para más adelante las que se deriven del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y se refieran directamente a problemas de imparcialidad. Ahora interesan todas aquellas otras que, si bien pueden desembocar en actuaciones jurisdiccionales parciales, proceden directamente de otras causas, y nos encontramos aquí ni más ni menos que con la tan manida politización de la justicia, que, no siendo por supuesto criterio de actuación general, sí daña la visión del conjunto en aquellos casos excepcionales en que se ha hecho explícita y contribuye a agrietar la legitimidad de la administración de la justicia, como se observa en los estudios de opinión que periódicamente se realizan¹⁷. Es de sobras conocido el pernicioso reparto político de puestos y las sonrojantes adscripciones políticas –que llegan en algunos casos a la propia militancia– que han producido una auténtica mutación constitucional.

Es respecto a los más altos tribunales o en el más alto órgano de gobierno de los jueces que la prensa nos da noticia permanente de por dónde van a ir los votos de cada uno de los magistrados en causas espinosas en las que deben decidir. Aunque insistiré en ello más adelante, cabe destacar de nuevo lo evidente: el sometimiento único a la Ley de los Jueces y Magistrados, que es la exigencia constitucional que explica y justifica su independencia, no se concreta en la práctica al margen de ideologías, experiencias vitales o historias personales, por mucho que se nos diga que el juzgador debe resolver al margen de su conocimiento privado¹⁸. La interpretación y aplicación

15 Al margen de estos órganos jurisdiccionales ordinarios la propia Constitución prevé algunos otros que también ejercen esta potestad en ámbitos más específicos: Órganos jurisdiccionales militares, Tribunal de Cuentas o Tribunal Constitucional.

16 “... así tampoco puede emitirse el juicio a no ser por la autoridad pública la cual extiende su acción a todos los que están sometidos a la comunidad. Por tanto, lo mismo que sería injusto que alguien obligase a otro a observar una ley que no hubiera sido sancionada por la autoridad pública, también es injusto que alguien obligue otro a sufrir un juicio que no haya sido pronunciado por la autoridad pública».

17 Vid. *La Imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española*. Cuarto barómetro externo de opinión emitido por Metroscopia para el Consejo General de la Abogacía Española. Según informa el propio documento la recogida de información se realizó entre los días 7 y 22 de julio de 2011. https://www.icam.es/docs/ficheros/201109190001_6_0.pdf.

18 STEIN, Friedrich, 1990: *El conocimiento privado del Juez*. Trad. A. de la Oliva Santos. Madrid.

de la norma jurídica –a estas alturas es ocioso decirlo– dista mucho del automatismo que le atribuyó al Juez Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu al configurar el razonamiento judicial como un simple silogismo del que no podía apartarse el juzgador. Pero de ahí a que la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales se convierta en una politización en el peor de los sentidos hay una gran distancia, que se mantiene en la mayor parte de los casos, pero que se pone en dudas en algunos de los asuntos más mediáticos.

Todo ello sin necesidad de que en este Templo de la Inteligencia –como lo calificaba el rector Unamuno–, en este Templo que no puede ser ajeno a la realidad, tengamos que recordar los pormenores de alguna llamativa revocación de imputación por la Audiencia Provincial de mi tierra insular o, sin salirnos del mismo territorio, sobre la paralización de alguna ejecución penal de condena impuesta en firme contra algún político principal a la espera de un indulto, que por decir poco podría calificar de inefable; decisiones, entre otras, que tal vez sólo se puedan explicar racionalmente por una errónea concepción de la arquitectura política del Estado y por un sesgado entendimiento de lo que debe ser el Derecho.

Es importante matizar que los Juzgadores cumplen en todo caso una importante función política, pues ejercen una potestad constitucional que sirve como cláusula de cierre, ni más ni menos como garantía del ordenamiento jurídico¹⁹, que no puede ser burlada por influencias extrañas al propio proceso. El problema es que no hemos sido capaces todavía de articular en la práctica contrapesos suficientes para contrarrestar la posibilidad de esas desviaciones indebidas en la función constitucional de algunos órganos jurisdiccionales.

Otro tipo de influencia política, esta vez plenamente legítima, pero en ocasiones no menos polémica, nos viene de la mano del legislador, que con una calidad normativa a menudo manifiestamente mejorable nos amenaza con modificaciones reiteradas que ayudan poco a mantener el sosiego en la administración de la justicia. Recordarán algunos de los presentes que ya hace algunos lustros, antes de la era de Internet, en los Juzgados de toda España tuvo que aplicarse una importante reforma que había entrado en vigor antes de que hubiera llegado el *Boletín Oficial del Estado* ni a las capitales de provincia²⁰, y para mayor desazón en algún caso la nueva Ley que pretendía evitar la entrada en vigor de una norma anterior –como la relativa al particular enjuiciamiento de mayores de dieciocho años y menores de veintiuno– no llegó a entrar en vigor a tiempo, con lo que se tuvo que ir improvisando el paso de una normatividad a otra de

19 Comparto plenamente, como lo hace nuestro grupo de investigación, la idea del Derecho Procesal como conjunto institucional que sirve a la efectividad de todo el Derecho, es decir, que instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas, sea cual sea su naturaleza. Cfr. ALMAGRO NOSETE, José. 1984: *Constitución y Proceso*. Barcelona, 153-155.

20 Así ocurrió con la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril, que afectaba ni más ni menos que a tres ordenes jurisdiccionales: el civil, el penal y el administrativo.

manera harto discutible²¹. Fue en definitiva una mala broma ganada a pulso por esta pasión del legislador español por no dar tregua a las reformas de las reformas.

Y hablando de reformas, no me será posible pasar por alto la hiperactividad que está mostrando el actual Ministerio de Justicia, no siempre con la recomendable coherencia respecto a proyectos legislativos elaborados en otros ministerios, por ejemplo, respecto a las funciones de los procuradores de los tribunales. Cuando hablemos del modo en que se juzga tendrá mayor sentido mencionar algunas de las propuestas planteadas, pero ahora, cuando tratamos sobre quién lo hace, es importante hacer referencia a una señalada novedad que las propuestas de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y de nueva Ley de Demarcación y Planta han sometido a información pública con resultados controvertidos. Me refiero a la creación de lo que llaman los Tribunales de Instancia, pretendiendo trastocar toda la justicia más cercana al justiciable.

Efectivamente la propuesta de texto articulado de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial pretende sustituir las centenarias Audiencias Provinciales y los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción por estos Tribunales de Instancia con cuatro salas: de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, con posibilidad de constituir algunas unidades o secciones especializadas adicionales, de entre las cuales, necesariamente, en la Sala de lo Civil las unidades o secciones de lo Mercantil y de familia; en la de lo Penal las de Enjuiciamiento Penal, Vigilancia Penitenciaria, Garantías, Violencia de la Mujer (*sic*)²², de Menores y de Delitos Económicos, y, por último, en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, las Unidades y Secciones especializadas en materia tributaria²³.

Si se aprobara tal como aparece el texto de la propuesta, desaparecerían los partidos judiciales, y especialmente por lo que se refiere a la justicia civil y penal, habría un

21 El ejemplo es el de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta reforma no entró en vigor hasta el 5 de febrero del año siguiente, como indicaba su propia disposición final segunda. Pero la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, había aplazado la entrada en vigor del apartado 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2000 («También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma») sólo hasta el día 1 de enero de 2007, por consiguiente siguiendo simplemente lo establecido en las mencionadas normas debería haberse entendido que desde el 1 de enero hasta el 5 de febrero el régimen especial para los mayores de dieciocho y menos de veintiuno estuvo en vigor. Otra fue, sin embargo, la interpretación de la Fiscalía General del Estado, que con un voluntarismo destacable quiso enmendar el error del legislador a través de la Instrucción número 5/2006 de 20 de diciembre, en contra por supuesto del principio de legalidad. En definitiva, pocas regulaciones hay tan zarandeadas en nuestro ordenamiento jurídico como las dedicadas al proceso penal para los menores.

22 Obviamente se trata de órganos jurisdiccionales con atribuciones en materia de violencia *sobre* la mujer, y no de los delitos cometidos por las mujeres, como parece indicar la mera interpretación literal del nuevo nombre de la Sección especializada. Justamente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, creó los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*.

23 Así lo dispone el artículo 113.4 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

alejamiento evidente de los órganos jurisdiccionales respecto al ciudadano que impe- tra justicia²⁴. Las Salas de lo Civil de las capitales de provincia conocerían en primera instancia de los asuntos civiles y la segunda instancia sería competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia²⁵, que en nuestra Comunidad Autónoma se desdoblaría y para las apelaciones respecto a las Salas de Salamanca correspondería la que tiene su sede en Valladolid. En lo Penal, al margen de la posible desaparición de los Juzgados de Instrucción y la atribución de la investigación penal a los Fiscales, la Sala de lo Penal provincial tendrá, entre otras, la atribución del conocimiento y el fallo sobre la mayor parte de los delitos, previéndose también la competencia para resolver los recursos a la Sala de lo Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia²⁶; en nuestro caso también la Sala con sede en Valladolid.

Si bien me parecería positiva la apuesta por las decisiones en tribunales colegia- dos en el primer nivel de decisión, lo que tradicionalmente conocemos como «primera instancia» –como ocurría con los antiguos Tribunales de Distrito–, curiosamente lo que aquí se pretende es lo contrario: tendremos Salas, pero, a su vez, decisiones uniper- sonales en este primer nivel²⁷. De hecho se afirma que estos órganos tienen «carácter colectivo –no propiamente colegiado–»²⁸: las Salas están constituidas con carácter permanente por Unidades servidas por un único Juez o por Salas colegiadas servidas por un mínimo de tres jueces, remitiéndose a la ley procesal para la determinación de cuándo conocerán de forma individual o colegiada, y si nada dice la formación de la sala de justicia será unipersonal²⁹. Como antes afirmaba, se trastocan los conceptos hasta ahora conocidos en nuestro Derecho procesal orgánico.

Cuando nos planteamos «quién juzga» surgen todavía algunas otras cuestiones de gran interés que deberíamos por lo menos dejar apuntadas para la reflexión. Sin ánimo de agotar ninguno de estos temas, puede ser ilustrativo abundar en ellos para comprender que la cuestión que nos hemos planteado va adquiriendo dimensiones más diversas de lo inicialmente sospechado.

Me refiero, por ejemplo, al inevitable desbordamiento de la administración de la justicia más allá de nuestras fronteras, como hace pocas semanas hemos visto cla- ramente con la sentencia del llamado «caso Del Río Prada», o más conocida como

24 Paradójicamente, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de texto articulado de nueva LDP (p. 8): «... era absolutamente necesaria una decidida transformación del primer escalón del sistema jurisdiccional en pos de facilitar el acceso del ciudadano a la tutela judicial efectiva, superando el partido judicial estanco como base del modelo».

25 Cfr. artículo 107 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

26 Cfr. artículo 108 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

27 En la misma Exposición de Motivos de la nueva LDP, p. 9: «La creación de los nuevos Tribunales de Instancia, cuyo ámbito jurisdiccional coincide con los límites administrativos de la provincia correspondiente responde a criterios fundamentalmente organizativos y de asignación de recursos ya que la resolución unipersonal se mantendría en este primer nivel como base del ejercicio de la potestad jurisdiccional».

28 Exposición de Motivos de la Propuesta de texto articulado de la LOPJ, p. 19.

29 Conforme a los artículos 144, 145 y 146 de la propuesta de texto articulado de la LOPJ.

sentencia sobre la «Doctrina Parot»³⁰. En materia de protección de los derechos humanos, tras las barbaridades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, se consideró necesario un control externo que llevó a reconocer como sujetos internacionales a las personas y a los grupos para poder reclamar incluso contra su propio Estado. Como dijo CAPPELLETTI, la dimensión internacional implica el abandono de una concepción exclusivista y monopolista de la soberanía³¹, de ahí que España como tantos otros países se haya obligado no sólo a cumplir las proclamaciones internacionales de derechos, sino, además, a acatar las decisiones de los Tribunales específicamente creados para interpretar y aplicar tales proclamaciones. Obviamente, eso ha provocado desencuentros por las dificultades de encaje de estos tribunales, en principio externos, sobre el sistema procesal nacional, problemas que en algunos Estados se ha tenido la previsión de solucionar articulando mecanismos internos para la aplicación de la sentencia supranacional, mientras en España seguimos yendo tarde. A todo esto debo añadir que en el caso concreto de la sentencia de Estrasburgo de octubre pasado contra España, no hacía falta pasar por trámite alguno ni de revisión, ni de anulación de sentencia firme española, sino tal y como se ha hecho, simplemente una directa aplicación de lo ordenado en la sentencia en la fase de ejecución de las penas, pues lo contrario hubiera sido prolongar indebidamente una situación de vulneración de derechos humanos³².

Es pertinente también una referencia al siempre polémico tema de la participación de los ciudadanos legos en la administración de la justicia a través de los Tribunales de Jurado. No sólo juzgan jueces, como es evidente, sino en ciertas ocasiones también ciudadanos explícitamente ignorantes del Derecho –los profesores de Derecho, por ejemplo, estamos sometidos a una clara situación de incompatibilidad–³³, y se supone que estos representantes de la ciudadanía por el simple concurso del azar

30 Se trata de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013.

31 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. 1978: «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, núm. 4: 1413-1414, había declarado: «La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusivista e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com'è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"».

32 Otra cuestión en la que no me corresponde entrar ahora es la relativa al problema de la escasa eficacia positiva de las penas en cierto tipo de delitos, no tanto en los de terrorismo, sino sobre todo en la criminalidad sexual, que es la que en el contexto actual parece más preocupante. Este me parece que es el problema de fondo real en la polémica respecto a la eficacia interna de la sentencia del caso «Del Río Prada»: la pena sirve sólo para apartar a unos delincuentes peligrosos de la sociedad durante un cierto tiempo, pero en absoluto para reinsertarlos en la sociedad. Una vez cumplida la pena, nos podemos encontrar con el mismo problema.

33 Efectivamente, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se deduce claramente que: «Serán incompatibles para el desempeño de la función de jurado: (...) 9. Los letrados en activo al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones Públicas o de cualesquiera Tribunales, y los abogados y procuradores en ejercicio. Los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal».

llevan su sentido común a la administración de justicia. Permítanme que me limite a comentar que los planteamientos juristas pudieron tener sentido en otros contextos constitucionales y temporales, como en el liberalismo decimonónico y que en el actual sistema procesal no por tener Tribunales de Jurado tenemos una justicia más democrática, si no queremos confundir democracia con demagogia. Los recelos del propio legislador han sido también claros, al tardar dieciséis años en desarrollar el artículo 125 de la Constitución y al regular en 1995 el ámbito de delitos que se enjuician por esta vía de modo restrictivo y más bien experimental y asistemático, regulación que a su vez no ha tenido ampliación ninguna, sino más bien interpretaciones cautas y propuestas legislativas de mayores restricciones, como en la del nuevo Código Procesal Penal, para evitar las inseguridades, las complicaciones y los costes que conllevan los Tribunales del Jurado³⁴.

No debemos olvidar, por otro lado, el fomento de soluciones complementarias o alternativas para la composición de los litigios que suele ser más acusado en momentos de mayores dificultades en los juzgados y tribunales, como si estos mecanismos extrajudiciales pudieran servir de solución a todos los males de la justicia³⁵. Es cierto que a veces se plantean como vías para desatascar los tribunales, sin fijarse en que ni siempre son sistemas rápidos, ni siempre baratos. Es cierto que las llamadas *Alternative Dispute Resolutions* (ADR) pueden tener su segmento de conflictos para el cual sean vías muy adecuadas y eficientes, pero debemos tener cuidado con dedicarles demasiada atención en detrimento de la directa búsqueda de mejoras para la actividad de los Juzgados y Tribunales, que en definitiva supone el ejercicio de una potestad constitucional en respuesta a una demanda de tutela constitucionalmente protegida.

Dicho esto es preciso subrayar que el arbitraje, la conciliación y la mediación funcionan bien en algunos ámbitos y necesitan asimismo de atención científica y práctica y así se ha entendido desde la propia Facultad de Derecho, que dedica parte de sus esfuerzos a la formación de mediadores, y en ello tiene bastante que ver el grupo de investigación que me honro en coordinar³⁶. Sin embargo, nos estamos alejando de

34 La Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Procesal Penal que pretende abrogar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 es suficientemente ilustrativa: «La principal novedad estriba en el ajuste de su ámbito competencial que se quiere para aquellas infracciones que por su naturaleza tiene sentido que sean enjuiciadas por un procedimiento más lento y costoso, pero con mayor participación ciudadana y simbología, como es el procedimiento por jurado. Las críticas de que había sido objeto, por la mayor parte de la doctrina, el amplio y en cierto modo extravagante listado de delitos que se incluían en la competencia del jurado han llevado a establecer que el jurado será competente para el enjuiciamiento en primera instancia de los delitos consumados de homicidio doloso y asesinato, cuando no sean cometidos por grupos u organizaciones criminales. Tal competencia se extiende al enjuiciamiento de los delitos conexos con los anteriores cuyo enjuiciamiento por separado no pueda ser realizado sin división de la continencia de la causa».

35 Cfr. CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 1995: «El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral». *Cuadernos de Derecho Judicial* (Arbitraje, mediación, conciliación), 1995, n.º 27: 213-244.

36 Se trata de MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia* (Premio Rafael Martínez Emperador). Madrid.

nuestro hilo conductor, aunque no demasiado, quiero decir que en la conciliación y en la mediación no puede decirse que nadie juzgue, no hay una tercera persona que decida cuál de las partes tiene razón, sino que pretende resolverse el conflicto con un acercamiento de posturas que en caso de tener éxito consiga restaurar la paz social entre las personas en disputa.

No se trata de un método nuevo en absoluto, posiblemente sea el más primitivo de los métodos pacíficos de resolución de conflictos, pero en los últimos años se le han dado nuevos aportes interdisciplinares que permiten enriquecer el resultado: el acuerdo al que eventualmente se llegue puede tener mayor efectividad que una decisión impuesta por un tercero ajeno, si el procedimiento de mediación ha conseguido limar las asperezas entre las partes inicialmente opuestas. Son interesantes también desde este punto de vista los planteamientos que pretenden la aplicación de las posibilidades de la informática a estas vías extrajudiciales. Se ha hablado así de las ODR (*Online Dispute Resolution*) que plantean nuevos desafíos a las posiciones de las partes en conflicto y sobre todo a la función del mediador o mediadores que deben adaptarse a otra manera de actuar³⁷.

Pero el acercamiento de la Informática al Derecho nos lleva todavía más allá si nos planteamos la eventual aplicación de mecanismos automatizados o informatizados que algún día puedan, por lo menos parcialmente, sustituir a la persona del juzgador. No estoy hablando de ciencia ficción. *A priori* no me parece descartable que en ciertos procedimientos sencillos como los monitorios, en los que es posible que ni siquiera intervenga el Juez como en la regulación vigente en España, pudiera automatizarse la resolución, así se ha hecho ya en otros países. Pero en el resto de los casos, como dice Michele TARUFFO, normalmente la posición del tribunal en el momento de su decisión definitiva se caracteriza por la existencia de una variedad de posibilidades y por la obligación de elegir de entre ellas la mejor posible en el contexto concreto³⁸. Así pues, parece que la decisión del Juez en la mayoría de los casos no puede ser reducida por completo a simples modelos lógicos. Pero justamente la carencia de esos modelos hace más valiosa la investigación de las relaciones entre la Informática y el Derecho pues va ofreciendo ya una serie de instrumentos analíticos que pueden facilitar también el razonamiento judicial.

37 Vid. al respecto CORTÉS, Pablo. 2011: *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London and New York y en nuestra propia Universidad a BUENO DE MATA, Federico. 2011: «Mediación online: ¿La mediación del futuro?». En Fernando Martín Diz (coord.): *La mediación en materia de familia y Derecho penal*. Santiago de Compostela, 85-102.

38 TARUFFO, Michele. 2010: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence». En Giovanni Sartor y Luther Branting (eds.): *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht-Boston-London, 207-220, esp. 208. Sobre argumentación e inteligencia artificial, vid. WALTON, Douglas. 2008: *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. Cambridge, 145-150.

3. QUOMODO IUDICANT IUDICES?

Pero volvamos a Santo Tomás, para cambiar de perspectiva y entrar a esbozar algunas cuestiones llamativas en torno a cómo se juzga, pues la legitimidad del juzgador dependerá en buena parte de ello y asimismo la satisfacción de las partes ante la administración de la justicia. Son de nuevo preguntas que podrían servir de base para varias Tesis Doctorales, pero su profundidad y sus enrevesadas consecuencias no pueden servirnos de excusa para dejar de tratarlas aunque sea de manera superficial. Así pues, en la ya aludida cuestión sexagésima, la *Summa Theologiae* nos conduce a plantear problemas de vigencia intemporal como los relativos a si se debe juzgar siempre según las leyes escritas, si deben interpretarse las cosas dudosas en sentido favorable o si se puede juzgar por sospecha. Y en la cuestión sexagésima séptima de la misma parte³⁹, entra ni más ni menos que en la posible injusticia del juez en los procesos.

La doctrina norteamericana lleva algún tiempo trabajando sobre lo que se conoce como justicia procedimental, en la que, de nuevo de manera interdisciplinar, se examinan factores interesantes para valorar la dinámica del procedimiento; y digo «del procedimiento» y no del proceso, pues entiendo, como los clásicos procesalistas, que este último término debería reservarse a la actividad estrictamente jurisdiccional, es decir, a lo que nos conduce al juicio emitido por quienes tienen atribuida esta potestad, mientras que el procedimiento sería el cauce formal a través del que se desarrolla cualquier actividad, por supuesto la procesal, pero también la administrativa, o incluso la mediadora, en las que por definición no se juzga. Pero en todas ellas, donde hay procedimiento, es necesario contar con una serie de elementos de los que dependerá la apreciación subjetiva de todos los participantes e incluso de algunos de los que en principio permanecen ajenos, pero conocen y siguen de cerca la tramitación de un determinado asunto⁴⁰. Esta perspectiva psicológica de satisfacción procedimental, que

39 Recuérdese que nos situamos en la Parte II, II, de la magna obra de Santo Tomás.

40 TYLER, Tom R. 2008: «Procedural Justice and the Courts». *Court Review*, 2008, vol. 44: 26-31: «The concepts behind procedural justice have developed from research showing that the manner in which disputes are handled by the courts has an important influence upon people's evaluations of their experiences in the court system. The key finding of that research is that how people and their problems are managed when they are dealing with the courts has more influence than the outcome of their cases...». Como indican KORSGAARD, M. Audrey y SAPIENZA, Harry J. 2002: «Economic and Noneconomic Mechanisms in Interpersonal Work Relationships Towards an Integration of Agency and Procedural Justice Theories». En Stephen W. Gilliland (ed.), D. Steiner y Daniel P. Skarlicki (dirs.): *Emerging Perspectives on Managing Organizational Justice*. Greenwich, Connecticut: «A variety of procedural factors contribute to the perception of procedural justices. Perhaps the most widely documented factor is the opportunity for voice in the procedure (Thibaut & Walker, 1975). Additionally, building on the work of Leventhal (1980), several procedural criteria contributing to perceptions of fairness have been investigated in organizational settings, including: judgment based in evidence, correctness or refutability of the decision, and consistent application of procedures (Folger, Konovsky & Cropanzano, 1992; Kim & Mauborgne, 1991, 1993)».

es la base de la legitimidad de las instituciones y de la confianza en los tribunales⁴¹, curiosamente se aproxima a la idea procesal de satisfacción jurídica de las pretensiones como función del proceso⁴².

De este modo se llega a afirmar que no es tan importante el resultado al que se llegue en cuanto al fondo como intuitivamente pudiera parecer, sino si la percepción de las partes sobre cómo se ha desarrollado el enjuiciamiento ha sido adecuada y se observa el proceso como justo, lo cual tiene mucho que ver con cómo ha sido tratado el justiciable en el mismo, a su propia experiencia del proceso, más que al objetivo cumplimiento o no de las garantías formales⁴³. Pero, en realidad, no hay tampoco aquí tanta distancia entre la perspectiva psicológica y la procesalista, pues la propia doctrina psicológica⁴⁴ destaca, por ejemplo, la importancia de ser oído, la neutralidad del propio proceso en el que las decisiones se adoptan de modo objetivo, la confiabilidad en el juzgador, el trato respetuoso y digno⁴⁵. Elementos, algunos de ellos, que son fácilmente identificables en el esquema de garantías procesales que la propia Constitución reconoce, lo cual por supuesto no quiere decir que se respeten en todos los casos, porque es obvio que en el Derecho tenemos también patologías.

En consecuencia, sigue siendo indiscutible que cualquier proceso, cualquier cause en el que participen las partes y, eventualmente, algunos terceros, para llegar a una decisión judicial, debidamente fundada y que produzca la debida satisfacción a quienes participan en él, debe cumplir necesariamente con la exigencia de la dualidad de partes (no es compatible la idea de proceso con la existencia de una sola parte, o dicho de otra manera, nadie puede litigar consigo mismo, por lo menos ante los

41 Cfr. HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca y TYLER, Tom R. 2011: «Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution». *Journal of Dispute Resolution*, 2011, n.º 1: 9.

42 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V. 1968: «El proceso como satisfacción jurídica». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1968, vol. 67, n.º 4: 876-900.

43 La Asociación Americana de Jueces publicó un Libro Blanco precisamente sobre *Procedural Fairness: a key ingredient in public satisfaction*, en el año 2007, elaborado por Kevin BURKE y Steven LEBEN. De hecho, desde hace décadas se utiliza la expresión «the fair process effect», en relación con esas apreciaciones subjetivas de equidad procesal que pueden tener una sorprendente influencia en las reacciones del litigante respecto al juicio y al sistema procesal en su conjunto. Vid. para mayor detalle, VAN DEN BOS, Kees. 2005: «What is Responsible for the Fair Process Effect?». En Jerald Greenberg y Jason A. Colquitt (eds.): *Handbook of Organizational Justice*. New York-London.

44 Cfr. ROBBENOLT, Jennifer K. y STERNLIGH, Jean R. 2012: *Psychology for Lawyers. Understanding the Human Factor in Negotiation, Litigation, and Decision Making*. Chicago, Illinois, 176-180.

45 Se destaca este tratamiento respetuoso y digno en especial respecto a las víctimas, y más aún de aquellas víctimas «especialmente vulnerables» a las que hay que evitar un sufrimiento adicional a pesar de que suelen ser indispensables como fuentes de prueba para la condena del responsable de delitos especialmente graves como los de abusos sexuales, la explotación sexual de menores o pornografía infantil. Vid. la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo [DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012, 57 y ss.], especialmente los artículos 23 y 24.

tribunales de justicia –otra cosa son las peleas con la propia conciencia sobre las que, en principio, el Derecho procesal poco tiene que decir–).

Esta dualidad de partes conlleva algo que los psicólogos han constatado como fundamental: dar la oportunidad de ser oído por quien va a decidir. Y digo «oportunidad» porque salvo en la mayor parte de procesos penales en España, el hacerse oír se plantea como una simple posibilidad que puede ser o no aprovechada por el interesado. Mucho se ha discutido⁴⁶ y parece que se discutirá todavía más en el futuro sobre la posibilidad de juicios penales en ausencia, que son generalizados, por ejemplo en Italia, y bastante restringidos en nuestro ordenamiento⁴⁷. Tal posibilidad de contradicción forma parte del contenido del derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁸ y, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, pierde su sentido si no se desarrolla en términos de igualdad. Claro que estamos hablando de igualdad meramente formal, de iguales posibilidades de alegación, de prueba o de impugnación, pero las desigualdades materiales propias de nuestra sociedad se reflejan en la efectividad real del acceso a la justicia, por mucho que se articulen vías de asistencia jurídica gratuita para los menos favorecidos. En especial la desigualdad influye cuando se imponen unas tasas judiciales desproporcionadas, sobre todo cuando se trata de recurrir una decisión judicial que nos perjudique.

Este, en definitiva, es el cuadro de las exigencias elementales no sólo de cualquier proceso, sino de cualquier método de resolución de conflictos. En principio, por supuesto para los heterocompositivos, es decir, para los que implican la imposición de la decisión de un tercero imparcial a las partes implicadas, sea este tercero juez o no lo sea; pero también debe oírse a las partes en conflicto y en términos de la mayor

46 Vid. por ejemplo las palabras de MANGAS MARTÍN, Araceli. «El vía crucis judicial español». En *El Mundo*, de 19 de marzo de 2013: «En el ámbito procesal-penal no ganamos para sustos. Al socaire de los complejos por la dictadura sufrida y un pésimamente malentendido garantismo, políticos y juristas aviesos olvidan a las víctimas de cualquier delito y se obsesionan con proteger a los delincuentes. En febrero de este mismo año el Tribunal de Justicia (asunto Stefano Melloni) rechazó que quisiéramos aplicar a delincuentes reclamados por otros Estados miembros la normativa procesal penal española que impide juzgar (y entregar) a los procesados que se fugan o no se personan en juicio –como si de su sola voluntad dependiera el proceso penal–. En España se premia al presunto delincuente que se burla de la Justicia y no se persona en juicio».

47 De hecho, la propuesta de Código Procesal Penal en su artículo 54 contempla los enjuiciamientos del encausado en ausencia y mantiene el límite en los delitos cuya pena prevista sean como mucho de dos años de privación de libertad, además de la necesaria aplicación de algunas garantías que tampoco supone novedades. Pero los problemas han venido por lo que a la cooperación judicial con otros Estados se refiere. Y así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de febrero, en el conocido como caso *Stefano Melloni* (C-399/11) se resuelven unas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional español en el sentido de impedir que desde España subordinemos la entrega de una persona condenada en ausencia en otro país a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado solicitante, aunque se alegue que así se pretende evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por la Constitución.

48 Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. 1990: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid.

igualdad posible cuando se trata de actuaciones de terceros para acercar a las partes con el fin de que ellas, por sí solas, puedan llegar a un acuerdo válido, efectivo y duradero.

Si nos limitamos a examinar el proceso que nos encamina a la decisión judicial, el principal problema que se plantea es cómo distribuir las funciones entre el juzgador y las partes. Esa es, dicha de la forma más sintética, la labor del legislador cuando acomete cómo configurar un proceso determinado: es imprescindible distribuir los papeles a los actores de este drama, que con frecuencia en realidad es tragedia. Justamente la concreción de esa distribución ha llevado históricamente a la doctrina procesalista a discutir sin descanso entre lo que debe permitirse a las partes y lo que debe prohibirse al juez para que las garantías del proceso permanezcan incólumes. Un ejemplo significativo, nada nuevo, pero todavía en pleno vigor en los congresos internacionales de los procesalistas es sobre la eventual iniciativa probatoria del juez, dicho de otra manera para que se entienda bien, y sin ánimo de entrar en las eventuales respuestas: ¿puede aportar el juez pruebas sin perder la imprescindible imparcialidad? O desde otro punto de vista, otro ejemplo también basado en casos reales: si el fiscal retira al final del juicio su acusación, y no existe otra parte acusadora ¿podrá condenar el tribunal que ha presenciado la práctica de las pruebas o debe entenderse que no hay acusación y debe absolver necesariamente?⁴⁹.

Hablando de pruebas: son casi innumerables las cuestiones de interés que pueden suscitarse respecto a la formación de la convicción judicial que le llevará a dictar el fallo. Pero una de ellas, que no es de rango menor, es la generalización de la oralidad y con ella, la exacerbación de la intermediación⁵⁰. Intentaré explicarme: en España estamos acostumbrados a que las pruebas en el proceso penal se practiquen en audiencia pública, ante el juez o tribunal que va a decidir, hasta el punto de que se ha convertido en un aparente dogma: «El procedimiento probatorio necesariamente ha de tener lugar en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia»⁵¹ o, dicho de otra forma,

únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha

49 Que sería lo mismo que simular que el Tribunal no haya visto nada de la práctica de la prueba, porque así se le impide valorarla y adoptar las consecuencias de lo que ha visto.

50 Es interesante la visión de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. 2003: «Sobre el valor de la intermediación (Una visión crítica)». *Jueces para la Democracia*, marzo de 2003, n.º 46: 57-66.

51 STC n.º 51/1995, de 23 de febrero, F.J. 2.º.

de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con lo medios aportados a tal fin por las partes...⁵².

Pero es un dogma de cortos vuelos: un dogma sólo aparente. En realidad, hay que recelar de las afirmaciones categóricas de nuestro Tribunal Constitucional, porque tras una afirmación así de concluyente suelen venir indefectiblemente las excepciones. Por la propia naturaleza de las cosas hay muchas pruebas que no pueden esperar al momento del juicio, porque pueden desaparecer o desvirtuarse y hay numerosos procesos que se desarrollan sin problemas y sin asomo de oralidad, de intermediación o de publicidad, por ejemplo, los monitorios. Otra cuestión es la de la contradicción y la igualdad de armas, que sí se constituyen en condiciones irrenunciables de la constitucionalidad del proceso.

No hay más que traer a colación toda la oleada de reformas que en los últimos quince años vienen barriendo los sistemas procesales latinoamericanos⁵³, para observar la introducción prácticamente generalizada de la oralidad en casi todos los órdenes jurisdiccionales, y que también a nosotros nos han afectado a este lado del Atlántico pues quizás la principal innovación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 1/2000, fue precisamente la introducción de los procesos orales y de sus consecuencias, especialmente la exigencia de intermediación en los juicios. Este principio, que implica que el juzgador va a tomar la decisión a partir de una relación directa (no mediada - unmittelbar) con las pruebas que se practiquen en el juicio, se entiende como la vía adecuada para la obtención de la convicción judicial, diríamos como instrumento epistemológico para acceder a la verdad de los hechos que será declarada por el juez en la sentencia como «hechos probados». Así pues la intermediación se constituye como método de conocimiento y como importante técnica demostrativa para las pruebas personales⁵⁴, es decir, aquellas en las que declaran personas: las partes, los testigos o incluso los peritos.

La idea general de fondo, procedente del siglo XIX, es que sólo aquellos –jueces profesionales o, sobre todo, jurados– que han apreciado la práctica de la prueba son soberanos para obtener las consecuencias de esa apreciación y deciden, en principio sin posibilidad de control, sobre los hechos que hay que considerar probados. En el siglo XX, la generalización de la necesidad de una segunda instancia, es decir, de la posibilidad de recurrir una decisión que nos perjudica, plantea dudas acerca del

52 STC n.º 94/2002, de 22 de abril, F.J. 3.º.

53 La última de ellas es la reforma procesal civil que ha instaurado, con problemas en cuanto a su aplicación, el legislador colombiano con el llamado «Código General del Proceso». Ley n.º 1564 de 12 de julio de 2012, en cuya elaboración ha tenido un protagonismo especial el Instituto Colombiano de Derecho Procesal dirigido por el profesor Jairo PARRA QUIJANO.

54 Vid. HERRERA ABIÁN, Rosario. 2007: *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*. Granada y CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. 2010: *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia.

mantenimiento o no de esa idea de fondo, sin embargo, sigue defendiéndose que la apreciación de las pruebas personales pertenece a la íntima convicción del juzgador de primera instancia y no es controlable más que en casos extremos⁵⁵.

La exigencia de intermediación en estos casos nos lleva a apuntar unas pocas cuestiones que han sido de plena actualidad en estos últimos tiempos en los debates procesales. La primera de ellas, en la práctica ya superada, es la de la utilización de medios informáticos para declarar, dentro de esa experiencia mucho más amplia de la informatización del proceso que se está desarrollando también en España⁵⁶. En definitiva, podríamos preguntarnos de forma gráfica si la videoconferencia utilizada en el juicio es en realidad una interferencia respecto a la intermediación. Y, sin intención de detenernos más de la cuenta en este punto, a primera vista podemos afirmar que sí: hay un elemento medial entre el juez y el declarante. No obstante, parece lógico que la utilización de estos medios técnicos puede facilitar declaraciones que de otro modo serían imposibles o muy dificultosas, por ejemplo, en el caso de testigos que se encuentran en otros países. De este modo, la interferencia, tomada con sus debidas cautelas, puede ser tolerable cuando su aplicación esté suficiente justificada y por lo tanto motivada explícitamente⁵⁷. Hasta ahora, sin embargo, teniendo en cuenta que la

55 Un ejemplo entre muchos puede ser un fragmento de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2005, cuando afirma que «en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los denunciados y testigos, es decisivo el principio de intermediación y por ello es el Juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo oído y visto en el juicio oral, pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz firmeza, duda de las manifestaciones, inseguridad o incoherencia en las mismas, etc., que el Juzgador puede apreciar y valorar en consecuencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones, la determinación de cuál es la verdadera depende claramente de la intermediación con la que esta prueba es recibida por el Juzgador de instancia, por lo que, en consecuencia, en el marco estricto de la apelación, este Tribunal no puede ni debe revisar la convicción en conciencia del juzgador de instancia respecto de una prueba que ni ha visto ni ha oído personalmente, el Juez “a quo” ha expresado razonadamente el porqué de su convicción sobre las declaraciones, y estimando la valoración realizada conforma a derecho, no procede revisarla en modo alguno».

56 Vid. la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y el estudio de BUENO DE MATA, Federico. 2014: *Prueba Electrónica y Proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*. Valencia.

57 Fueron famosos en los medios jurídicos dos documentos polémicos de la Fiscalía General del Estado en los que se ponía en discusión este asunto: la Instrucción 1/2002, 7 de febrero de 2002, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia y la Instrucción 3/2002, 1 de marzo de 2002, acerca de los actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. Es preciso aclarar que, tras importantes titubeos jurisprudenciales (es significativa la sentencia del Tribunal Supremo en el caso de la declaración de los presos desde la cárcel de Fontcalent –STS, Sala 2.ª, de 16 de mayo de 2005–), la legislación vigente admite hoy en día ampliamente la utilización de las videoconferencias para las declaraciones personales en juicio. En realidad se trata de un problema, como tantos en el Derecho, de ponderación de intereses: vid. MANZIONE, Domenico. 2006: «Principi e prassi nel “vissuto” della videoconferenza». En Mario Chiavario (a cura di): *Nueve Tecnologie e Processo Penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*. Torino, 113.

inmediación es entendida como una percepción visual⁵⁸, parece que los tribunales no han tenido en cuenta todavía las modificaciones cognitivas que implica la utilización de estos medios nuevos⁵⁹.

La otra cuestión nos ha venido también desde Estrasburgo, aunque desde luego con menor trascendencia pública que la sentencia sobre la «Doctrina Parot». Ya hemos visto que las pruebas personales cuya práctica se ha llevado a cabo en primera instancia, se consideran sólo controlables en casos de arbitrariedad o irracionalidad claras. No se entra en la convicción judicial del órgano de primera instancia. El problema se plantea en las apelaciones contra las sentencias absolutorias que dan lugar a condenas ante el tribunal superior con base en pruebas personales: para la validez de la condena se exige que haya en el tribunal de apelación audiencia de las personas que suministren las pruebas de cargo⁶⁰. Conforme al Tribunal Constitucional hay que practicar los medios de prueba que, por su carácter personal, no pueden ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción⁶¹. Todo lo cual sin embargo, conlleva problemas pendientes, como la irrepitibilidad real de las pruebas personales en segunda instancia, aunque sólo sea por el efecto condicionante de la primera instancia.

58 Para destacar la complejidad de lo que estamos tratando es importante señalar, con VILLAFANE, Justo y MINGUEZ, Norberto. 2009: *Principios de Teoría General de la Imagen*. Madrid, 100, que «El proceso de percepción visual encuentra (...) su convalidación como proceso cognitivo en su capacidad para combinar informaciones provenientes de fuentes distintas –estimulación aferente o memoria– recibidas también en momentos temporales diferentes. Esta capacidad de procesamiento de la información constituye esa tercera fase canónica de todo proceso inteligente y que se corresponde en el caso de la percepción con lo que Rudolf Arnheim denomina el *pensamiento visual*, una suerte de inteligencia perceptiva imprescindible incluso para la ejecución de las operaciones intelectuales».

59 Sin necesidad de remontarnos a McLuhan y su conocido aforismo de que «el medio es el mensaje» (vid. MCLUHAN, Marshall. 2009: *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Barcelona, especialmente 31-46) no debemos olvidar que la utilización de medios digitales implican transformaciones en el modo de persuasión de los jueces y, por tanto, en la formación del propio juicio. Cfr. FEGENSON, Neal y SPIELSEL, Christina. 2009: *La won Display. The Digital Transformation of Legal Persuasion an Judgment*. New York y HENDERSON, Carol y EPSTEIN, Jules (eds.). 2011: *The Future of Evidence. How Science & Technology will change the Practice of Law*. Chicago, Illinois.

60 STC n.º 167/2002, de 18 de septiembre.

61 La base para esa doctrina está en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como reconoce el propio Tribunal Constitucional en el F.J. 10.º: «En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal».

De lo que se trata, en principio, es de poder controlar adecuadamente la intermediación judicial y la racionalidad de la apreciación probatoria realizada en primera instancia, pero se entiende que sin la declaración personal ante el tribunal de apelación, no se cuenta con suficientes elementos para que este órgano jurisdiccional pueda fundar debidamente la condena⁶². La cercanía respecto a la práctica de los medios de prueba personales es lo que justifica el respeto en general a la convicción obtenida por el juzgador, pero esa convicción en demasiados casos es fruto de «intuiciones» o «impresiones» que no están objetivadas y no son susceptibles de control⁶³. Como dice ANDRÉS IBÁÑEZ, de este modo la intermediación se convierte en una suerte de blindaje de juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar, y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento⁶⁴.

Como vamos viendo en la formación del juicio se concentran toda una serie de problemas difíciles de canalizar. Ya en sí misma la decisión judicial conlleva dificultades por las influencias, a veces incluso inconscientes, de los valores, las creencias, la ideología del que enjuicia o, por supuesto, también por los inevitables condicionamientos simplemente humanos⁶⁵. Y a ello se añade la enorme complejidad de la psicología del testimonio: por ejemplo, la fragilidad de la memoria del testigo, las posibles distorsiones involuntarias, las inseguridades en poder determinar la credibilidad del testigo...⁶⁶. Nuestros tribunales insisten en la necesidad de valoración de los gestos, titubeos, silencios. El propio Tribunal Constitucional proclama que «es consustancial a los principios de oralidad, intermediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el juez o tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba»⁶⁷. Pero, añado yo mismo si ustedes me lo permiten: realmente ¿es esa una ciencia a su alcance?

62 La idea de fondo es la que expone claramente la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de junio de 2009: «Debe reiterarse que las relaciones, el nerviosismo, la dinámica del gesto, del silencio, del tono de voz, de los mismos titubeos, vacilaciones y contradicciones, interacciones entre las partes, amén de otros datos esenciales, en orden a comprobar la credibilidad del sujeto compareciente ante el órgano judicial, como integrantes de la psicología del testimonio, son factores de los que sólo puede disponer el juez o magistrado que vive el desarrollo del juicio».

63 Tradicionalmente se dice en Alemania que el papel miente sin ruborizarse («Das papier lügt, ohne zu erröten»), pero debería ser evidente que también las personas pueden mentir sin que se les note.

64 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «Sobre el valor de la intermediación...», *op. cit.*, 59.

65 Lo recordaba, siempre con sus bellas palabras, CALAMANDREI, Piero. 2008: *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, reeditado en Milano, 303: «Anche i giudici sono povere creature sogette alle gstralgie: e sotto l'apparente impassibilità della toga nascondono spesso la angosciosa lotta di chi cerca di soffocare, senza che nulla trapeli all'esterno, i capricci dei propri visceri irrequieti».

66 *Vid.* EKMAN, Paul. 2005: *Cómo detectar mentiras*. Barcelona, y entre nuestra doctrina, por todos, MASIP, Jaume; ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen. 2006: «Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal». En Eugenio Garrido, Jaume Massip y M.ª Carmen Herrero (coords.): *Psicología Jurídica*. Madrid, 475-505.

67 STC n.º 217/1989, de 21 de diciembre, F.J. 5.º A su vez, es ilustrativa la sentencia de nuestra Audiencia Provincial de Salamanca de 12 de julio de 2011: «La valoración llevada a cabo por el juzgador de

Ante este panorama, para la decisión judicial es necesaria la existencia de suficientes contrapesos: la objetivación, la racionalización y la motivación. Desde este punto de vista podríamos afirmar, desde un punto de vista crítico, que la presencia judicial es importante en los casos en que sea posible, pero siendo conscientes de que tampoco es imprescindible en todos; incluso se ha dicho que una declaración escrita puede evitar en ocasiones sesgos involuntarios en la apreciación del juez. Por tanto el juzgador debe explicar, o dicho de otra manera exteriorizar, el valor atribuido a cada medio de prueba, sin perjuicio de una valoración conclusiva del conjunto del material probatorio, debiendo motivar todo ello adecuadamente en su resolución.

De este modo, la oralidad y la inmediación, una vez relativizados y parcialmente desmitificados, no pierden del todo su valor, pues, correctamente aplicados y contrapesados, sirven como medio para la correcta aplicación de los principios cardinales del enjuiciamiento, las garantías verdaderamente esenciales del proceso: básicamente la audiencia y la contradicción activas ante el órgano jurisdiccional, y, en la medida de lo posible, la aplicación de la concentración de actuaciones procesales, la aplicación del principio de publicidad *coram populo*, la participación activa del juzgador en la práctica de la prueba, la práctica de «la prueba sobre la prueba» y la consiguiente discusión sobre la misma, con las necesarias comprobaciones racionales sobre la credibilidad del declarante y, en definitiva, la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución.

Por si fueran pocas estas consideraciones todavía hay más elementos en el acto de juzgar que debemos recordar. La obligación del juzgador de responder a las pretensiones que las partes le hayan planteado como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva conlleva la prohibición de denegar una respuesta fundada. Deben responder siempre. Pero ¿qué hacer cuando faltan elementos, cuando el juez no se ha convencido de la respuesta adecuada? Debe dictar sentencia, por supuesto. Y ¿en qué sentido? Pues las propias normas nos lo indican en principio, a través de criterios a los que los juristas desde hace tiempo hemos denominado «carga de la prueba» (por

la instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 316, 326, 348, 376 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, con la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que *por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el juez en cuya presencia se practicaron*, pues es este juzgador, y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido; pues de tales ventajas, derivadas de la inmediación, contradicción y oralidad en la práctica probatoria carece el tribunal de la apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia; lo que justifica, pues, que debe respetarse en principio el uso que haya hecho el juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente, tal como sucede en autos» (la cursiva es nuestra).

ejemplo el tradicional de que corresponde probar al que afirma) o el aún más famoso de la presunción de inocencia, no exentos de discusiones⁶⁸ y de flexibilizaciones⁶⁹. Con ello atendemos ya a una de las inquietudes de Santo Tomás sobre cómo juzgar que se preguntaba si deben interpretarse las cosas dudosas en sentido favorable⁷⁰.

Pero puede suceder que el juzgador no se encuentre sin pruebas, sino más bien con elementos de escaso valor en sí mismos para influir en la decisión final. El Santo dominico intuía también el problema al hablar de la ilicitud del juicio por sospechas⁷¹. Se trata de que los elementos probatorios deben tener suficiente entidad objetiva para poder fundar válidamente una condena⁷². No necesariamente pruebas concluyentes, pues es válida también la prueba indiciaria, pero eso constituye no tanto un medio de prueba sino más bien una actividad intelectual del juzgador a partir de la apreciación de los hechos plenamente acreditados, de los que racionalmente es posible llegar a la afirmación de otros enunciados fácticos a través de un nexo directo y lógico existente entre ellos⁷³.

Por lo que se refiere a esta compleja cuestión de cómo juzgar, por último es preciso aludir a las intenciones reformadoras del Ministerio de Justicia, según muestra la página *web* del Ministerio de Justicia, y señalar, junto a las importantes modificaciones orgánicas a las que ya antes aludí, se plantean igualmente cambios amplísimos en el modo de proceder de los jueces. La propuesta estrella es la nueva nueva regulación del proceso penal⁷⁴ que derogaría nuestra antiquísima Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 –lo cual es deseo unánime–, pero la propuesta en su actual redacción suscita de momento más críticas que elogios, entre otras variadas razones, muy especialmente por el arries-

68 Cfr. NIEVA FENOLL, J. 2013: *La duda en el proceso penal*. Madrid.

69 Son bien conocidas, también en nuestro propio ordenamiento, las alteraciones legales al criterio romano de la carga de la prueba cuando se trata de proteger a ciertos grupos que *a priori* se encuentran en una posición más desfavorable, como los consumidores y usuarios respecto a la publicidad engañosa; o bien la apertura de un ámbito de discrecionalidad al juzgador que debe tener en cuenta cuál de las partes tenía más facilidad para probar: *vid.* PEYRANO, Jorge W. (dir.) 2004: *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe.

70 La respuesta de la *Summa Theologiae* se encuentra en el artículo quinto de la cuestión 60: «Mientras no aparezcan manifiestos indicios de la malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso».

71 Dice Santo Tomás en la cuestión 60, art. 3: «Cuando algún juez procede a condenar a alguien por sospecha; esto también pertenece a la injusticia, y, por ello, es pecado mortal».

72 Justamente LAUDAN, Larry. 2011: *El estándar de prueba y las garantías procesales en el proceso penal*. Buenos Aires, dedica su estudio a combatir la subjetividad y la ambigüedad de los estándares actuales.

73 Cfr. CORDÓN AGUILAR, Julio César. 2012: *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. San Sebastián, 53.

74 Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Aunque en la portada del documento que se encuentra en la página *web* del Ministerio de Justicia aparece el nombre que se acaba de transcribir, varias páginas más adelante en el mismo documento el título que se muestra es el de «Código Procesal Penal» y en el texto de la Exposición de Motivos el de «Código de Proceso Penal». En realidad es lo mismo, las Leyes de Enjuiciamiento son y han sido códigos, pero estas últimas denominaciones supondrían un cambio significativo en nuestra tradición procesal.

gado propósito, tantas veces debatido, de entregar la investigación penal a la Fiscalía, a esta Fiscalía jerarquizada y muchas veces sospechosa de influencias políticas, sobre todo cuando se trata de no imputar, de no acusar o de retirar la acusación. A la par, y con algunas contradicciones respecto a esta Propuesta de nuevo Código Procesal Penal, se tramita el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima, además de una propuesta de codificación de las normas de cooperación procesal penal con los demás Estados de la Unión Europea. Pero también se han propuesto modificaciones significativas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pretenden reformar los juicios verbales civiles y dar a la figura de los procuradores un papel dinamizador de las relaciones entre las partes, sus abogados y las Oficinas Judiciales utilizando los avances en las tecnologías de comunicación, aunque todavía no está claro quién podrá ejercer como procurador, según otros textos tramitados en otros ministerios. Tenemos también en la casilla de salida, entre otros, el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en medio de una vorágine de intereses encontrados que ya hicieron fracasar un anterior proyecto, y el de Eficiencia de la llamada «Jurisdicción Contencioso-Administrativa» con numerosas propuestas innovadoras como la ampliación de la posibilidad de procesos con relevancia colectiva.

4. QUID EST IUDICARE?

Y nos queda lo que en buena lógica tal vez debiera haberse tratado al principio: responder a la pregunta de en qué consiste el acto de juzgar. Todos los estudiantes de Introducción al Derecho Procesal saben a estas alturas del curso que quienes ejercen la potestad jurisdiccional conforme a la Constitución tienen en nuestro sistema jurídico una función primordial, a la que técnicamente damos el nombre de «función jurisdiccional». Se trata simplemente de responder a la pregunta de qué hacen los órganos jurisdiccionales. O, si se prefiere, qué hacen los Jueces y los Tribunales. El primer día de clase todos responden sin dudar: «juzgar». Algo más cuesta sacar la segunda parte, que implica añadir a lo anterior «y hacer ejecutar lo juzgado», es decir, hacer cumplir coactivamente aquello que no sea voluntariamente aceptado por quien haya perdido el pleito.

Pero los verdaderos problemas surgen por fuerza cuando se pretende dar un paso más y se pregunta: «¿en qué consiste esto de juzgar?», porque las respuestas son múltiples y las variantes casi infinitas. También lo son las implicaciones, pues ya ha quedado claro que estamos ante un acto muy complejo en el que inciden elementos de naturaleza heterogénea, no todos fácilmente detectables y, por tanto, difíciles de discriminar y de neutralizar. Desde luego, sin ánimo de resumir aquí clasificación alguna sobre las respuestas que la doctrina ha dado a esta cuestión básica, sí quisiera apuntar algunas ideas que influyen en la respuesta: las ideas de protección a quien

tiene la razón en un litigio, de cumplimiento de las normas aplicables al caso, de solución de controversias, de búsqueda de la verdad o, incluso, de pacificación social.

Santo Tomás se preguntaba si debe dictarse el juicio según las leyes escritas y se respondía con la tradicional diferenciación entre Derecho natural y Derecho positivo, aunque en ambos casos venía a decir que la norma debe contenerse en la ley escrita⁷⁵. Desde luego, en el mundo actual, es evidente la cada vez menor importancia del derecho consuetudinario por lo menos en el Derecho interno –mayor en el Derecho internacional–, pero se han constatado los peligros y la imperfección de la mera ley escrita, porque con frecuencia tiene problemas internos, tales como contradicciones –antinomias– que hay que resolver, o también lagunas legales, que hay que colmar. Hace tiempo que la más acreditada doctrina ha llevado a la palestra los denominados «casos difíciles» para los que la norma escrita no da una respuesta inmediata⁷⁶. Así una visión sistemática del Derecho nos lleva a una interpretación más principal, en la que las normas escritas se interpretan en un contexto amplio, no sólo enmarcado por la letra de la ley ordinaria, sino desde la Constitución, pero también por las normas internacionales que vinculan también a nuestro Estado, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos humanos y libertades fundamentales o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y desde luego por el entorno social en que deben ser aplicadas, criterio aplicativo de importante actualización automática del ordenamiento⁷⁷.

Sin ánimo de entrar a estas alturas en las disquisiciones evangélicas que preocupaban a Santo Tomás sobre si es lícito juzgar⁷⁸, sí me parece fundamental resaltar que ello nos lleva a una aproximación del concepto de juicio como acto de justicia y esta es también la apreciación de la propia ciudadanía al enfrentarse críticamente a las resoluciones judiciales. Justamente el Aquinate afirma que el juicio comporta la recta determinación de lo que es justo, lo cual corresponde propiamente a la justicia⁷⁹. Con

75 Q. 60. a. 5: «Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos derechos, aunque de diferente manera. Pues la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, ya que este no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo, dándole la fuerza de autoridad. Por eso es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo».

76 Cfr. DWORKIN, Ronald. 1984: *Los derechos en serio*. Barcelona, 146-208. En nuestra propia Casa son muy esclarecedoras las páginas de RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. 2013: *Teoría del Derecho*. Salamanca, cuando trata sobre «la coherencia y compleción» del Derecho como sistema normativo, de las que nos interesa especialmente su conclusión de las páginas 385-387, pues en ellas relaciona precisamente este sistema y esos rasgos con los presupuestos de la actividad jurisdiccional: «Los tribunales están obligados a fundamentar sus decisiones, y están obligados a fundamentarlas apelando no a cualesquiera razones sino a razones suministradas por el sistema jurídico».

77 CALAMANDREI, Piero. *Elogio...*, op. cit., 177: «Non basta che i magistrati conoscano a perfezione le leggi come sono scritte; sarebbe necessario che altrettanto conoscessero la società in cui queste leggi devono vivere».

78 Obviamente, la referencia más clara a las palabras de Jesucristo, entre algunas otras que también cita el teólogo y filósofo dominico, es Mt, 7,1: «No juzguéis y no seréis juzgados».

79 *Summa Theologiae*, Q. 60. a. 1.

ello conectamos la actividad jurisdiccional con una serie de cuestiones que constituyen probablemente el núcleo del Derecho, pues en la decisión judicial se concreta la concepción de la justicia que se tenga en un sistema normativo determinado, con todas las inseguridades y limitaciones que pueda en ello haber. O lo que es lo mismo, en términos constitucionales, el juez actualiza en el caso concreto a través de su decisión el conjunto de valores, principios y normas en los que actúa el imperio de la ley, entendida por supuesto en su sentido más amplio.

Este es el núcleo de las implicaciones filosóficas, jurídicas, psicológicas y científicas a las que me refería al principio: el juez o el tribunal se encuentra en una posición muy delicada en la que tiene obligación de resolver el caso que se le ha planteado, y hacerlo de manera imparcial, con los instrumentos limitados e imperfectos que el propio ordenamiento jurídico le suministra, a partir de la re-construcción de los hechos del caso concreto⁸⁰ que la práctica de la prueba haya permitido, con los riesgos y sesgos que toda actividad epistemológica y cognitiva puede conllevar⁸¹, a la que se añade una actuación valorativa tanto de los hechos re-creados, como de las normas o principios aplicables –o más bien, de las normas aplicables en el contexto jurídico en que se encuentran vigentes– y de ellos entre sí. Con ello no tenemos todavía suficiente, pues es preciso exteriorizar con fines más o menos objetivadores toda esta actividad compleja de juzgar, no sólo a fin de permitir un control real por las partes y los órganos superiores, sino también para propiciar que la propia justicia se administra de manera racional para la comunidad jurídica⁸².

Todo ello es, por supuesto, mucho suponer y los problemas concretos son casi innumerables. Apuntemos sólo algunos, que seguramente se han hecho patente en lo que acabo de decir. Partimos de que el juez es imparcial, y no incurre en situaciones subjetivas u objetivas que de por sí pueden influir negativamente en el contenido de su

80 Vid. SOBRAL, Jorge y GÓMEZ-FRAGUELA, José Antonio, en *Psicología Jurídica...*, op. cit., 199-219.

81 Vid. GIGERENZER, Gerd y ENGEL, Christoph. 2006: *Heuristics and the Law*. Cambridge, Massachusetts, especialmente, WAGNER, Gerhard. «Heuristics in Procedural Law», 281-302: «The overall decision of the court, allowing or dismissing the claim, is based on a multiple application of different sets of heuristics to the disputed factual issues. As it turns out, then, disputes are much too complicated to be resolved by a single fast and frugal decision rule, but they are subject to the same constraints in human decision making that apply to any other social setting» (p. 301).

82 Cfr. TARUFFO, Michele. 2011: *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdoba Vianello. Madrid, 304-305, resalta la función típicamente endoprocesal de la motivación que consiste «en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente de la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada». ALISTE SANTOS, Tomás. 2011: *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, 286-382, aplica la distinción entre «motivación *coram proprio iudice*», en el que el juez se esfuerza en la búsqueda de las premisas que permiten fundar su decisión, y la «motivación *coram partibus*», expresiva de la corrección formal y material del complejo entramado de inferencias entre todas las razones que justifican la decisión.

decisión⁸³, simplemente por el hecho de que el juez parcial no es verdadero juez. Pero aun dentro de los márgenes de la parcialidad el juicio jurisdiccional conlleva otras variables de gran interés para aproximarnos a una decisión que pueda considerarse justa, sin necesidad de entrar en el complejo debate histórico sobre las teorías de la justicia.

Por un lado, está superado ya en buena parte para el Derecho Procesal el debate sobre la existencia de diversas verdades⁸⁴, especialmente la verdad formal y la verdad material, es decir, la verdad a la que se haya podido llegar en el proceso con todas las limitaciones de la prueba, y la verdad real o «verdadera», que a veces permanece oculta en el proceso. Ya CARNELUTTI afirmó que «la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad»⁸⁵ y mucho más recientemente, uno de los más destacados procesalistas actuales, Michele TARUFFO, publicó en Italia un libro con un título muy significativo: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*⁸⁶, que ha sido traducido al español con otro título, igualmente interesante: *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*⁸⁷, donde destaca que «el juez es realmente imparcial en tanto busca de forma objetiva la verdad de los hechos, haciendo de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. Aún más, desde este punto de vista la búsqueda de la verdad se vuelve una nota esencial de la imparcialidad del juez». Bien es cierto que el propio sistema constitucional y la necesidad de ponderar derechos fundamentales conlleva límites en esa búsqueda, como muestra la complejidad de la doctrina de la prueba ilícita o prueba ilegal⁸⁸.

Pero, por mucho que conscientemente busque la verdad el juzgador se encuentra con otros problemas, a menudo inconscientes, que son más difíciles de resolver. TVERSKY y KAHNEMAN⁸⁹ al evaluar el juicio bajo incertidumbre en 1974 destacaron que los individuos –y por tanto también los jueces– confían en un número limitado de principios heurísticos que reducen las tareas complejas de estimación de probabilidades y valores predictivos a operaciones de enjuiciamiento más simples y añaden que

83 No es aventurado afirmar que la principal autora entre nuestra doctrina que ha tratado con gran rigor esta compleja cuestión es María del Carmen CALVO SÁNCHEZ, de entre sus muchas publicaciones valga destacar *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona, 2009, en cuya p. 24 recuerda que «la imparcialidad es lo que justifica la atribución a los órganos jurisdiccionales del monopolio de la función jurisdiccional, a la vez que actúa como contrapeso haciéndolos responsables a fin de que la misma no degeneren en arbitrariedad».

84 Vid. HAACK, Susan. 2008: *Putting Philosophy to Work. Inquiry and Its Place in Culture*. New York, 43-60.

85 CARNELUTTI, Francesco. 1947: *La prova civile*. 2.ª ed. Roma, 34.

86 Bari, 2009.

87 Madrid, 2010.

88 Cfr. HUERTAS MARTÍN, Isabel. 1999: *EL sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona, 128-167 y ARMENTA DÉU, Teresa. 2011: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid.

89 El texto, inicialmente publicado en *Science*, 1974, vol. 185, puede verse traducido como Apéndice A con el título: «El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos» (pp. 545-567) en KAHNEMAN, Daniel. 2012: *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. 3.ª ed. Barcelona.

estas heurísticas son, en general, bastante útiles⁹⁰, pero a veces conducen a errores serios y sistemáticos, que como parte de una decisión judicial pueden conducir a resultados preocupantes.

No es difícil tampoco intuir que la búsqueda de la verdad se complica cuando se trata de procesos en los que están implicados elementos de las ciencias de la naturaleza, de los que el juzgador carece de conocimientos y tiene que auxiliarse de quienes puedan suministrarle los elementos de juicio fáctico de los que carece, pero con ello recibe también sus influencias, no siempre equilibradas y debidamente compensadas⁹¹. Pero hay que ser conscientes de que cada vez más la llamada «prueba científica» tiene una importancia mayor en la fundamentación de una decisión judicial en los diversos órdenes jurisdiccionales, por lo tanto, es imprescindible que se apliquen también a estos casos las prevenciones y cuidados de la apreciación de la prueba, con las necesarias adaptaciones⁹².

Por otro lado, la propia argumentación, tanto sobre los hechos, como sobre las normas, principios y valores aplicables al caso, puede tener también sus debilidades, al margen de los eventuales sesgos inconscientes. En principio se trata de una visión flexible, dinámica y pragmática de la actividad jurisdiccional, en la que la pretensión de justicia está de alguna manera presente y se entiende el razonamiento jurídico como característica esencial de una sociedad democrática⁹³, e incluso la distinción que el positivismo veía clara entre Derecho y moral se va difuminando⁹⁴, hasta el punto de que el Derecho es visto como un instrumento para hacer efectiva la moralidad pública. Nos acercamos de nuevo a Santo Tomás y a su concepción de la justicia relacionada directamente con el bien y el mal⁹⁵. Pero entre estos razonamientos jurídicamente racionales a los que me refería se pueden colar también argumentos engañosos o sofismas que sin duda pueden traer confusión al juicio y que la doctrina ha estudiado

90 Vid. más ampliamente GIGERENZER, Gerd; HERTWIG, Ralph y PACHUR, Thorsten. 2011: *Heuristics. The Foundations of Adaptive Behaviour*. New York. PIPERIDES, Calia et al. «Group Report: What Is the Role of Heuristic in Litigation?». En Gerd Gigerenzer y Christoph Engel: *Heuristics and... op. cit.*, 346: «More generally, we might define the Kahneman and Tversky judgment heuristic as a shortcut mental strategy to solve a judgment problem. We can describe this strategies as an information processing procedure composed of elementary cognitive capacities such as memory retrieval, similarity evaluation, or adjustment from a salient value».

91 Sobre la verdad científica y la misión del juez, son de interés las páginas de DALBIGNANT-DEHARO, Gaëlle. 2004: *Verité Scientifique et Verité Judiciaire en Droit Privé*. Paris.

92 Cfr. ACHINSTEIN, Peter (ed.). 2005: *Scientific Evidence. Philosophical Theories & Applications*. Baltimore; SLOBOGIN, Christopher. 2007: *Proving the Unprovable. The Role of Law, Science and Speculation in Adjudicating Cpability and Dangerousness*. Oxford; BEECHER-MONAS, Erica. 2007: *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. Cambridge.

93 ATIENZA, Manuel. 2012: *El Derecho como argumentación*. Barcelona, 55-56.

94 NINO, Carlos Santiago. 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11.ª ed. Barcelona, 432-436, al hablar de la discrecionalidad judicial llega a la conclusión de que no pueden renunciar a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que consideran válidos, pero no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, ateniéndose a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática.

95 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 79, a. 1.

con atención con el nombre de «falacias», es decir, simplemente errores de argumentación o, por extensión, malos argumentos⁹⁶.

Todo ello nos lleva, a su vez, de nuevo a Santo Tomás, que se refería a la sentencia injusta, no en la misma *quaestio* que nos ha servido de guía hasta este momento sino en una posterior relativa a la injusticia del juez al juzgar⁹⁷, donde trata de numerosos aspectos concretos, algunos de los cuales tienen todavía pleno sentido en la actualidad, como si es lícito juzgar contra la verdad que el juez conoce (Q. 68. a. 2), es decir, la eventual aplicación del conocimiento privado del juez para asegurar una mayor justicia de la decisión judicial; o, por otra parte, la base misma del tan manido y exacerbado principio acusatorio: si el juez puede condenar sin que haya acusador (Q. 68 a. 3).

El acto de juzgar por una autoridad pública que ejerce una potestad constitucional, por supuesto, no es garantía de justicia, por mucho que ese sea el objetivo fijado por el propio ordenamiento jurídico, incluso como valor superior (artículo 1.1 de la Constitución Española) e incluso como propósito concreto de la actividad del propio juez en un determinado proceso. En realidad, desde una panorámica general, la sentencia puede ser injusta bien por su propio contenido, bien por el modo de obtenerla, principalmente incumpliendo alguna de las exigencias básicas del proceso. Para contrapesar esas posibilidades justamente está el derecho a recurrir, no porque la opinión de un juez superior tenga mayores garantías de justicia que la del inferior –pues ninguno de los dos es infalible–, sino sobre todo para asegurar por lo menos una doble opinión sobre un mismo asunto⁹⁸.

Pero recordemos que la decisión judicial se enmarca en un sistema de valores, principios y normas, de alcance constitucional, que sirven como límites, amplios y dinámicos al juicio jurisdiccional⁹⁹, de este modo se justifica que órganos especialmente encargados de tutelar subsidiariamente estos límites puedan también intervenir en la delimitación de la justicia de la decisión judicial. Este es el fundamento de la existencia unos órganos jurisdiccionales encargados, entre otras eventuales funciones, del control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales y en esta misma tesitura se inscriben los órganos, a los que también me he referido, encargados de declarar si

96 Vid. ATIENZA, Manuel. 2008: *La guerra de las falacias*. 3.ª ed. Alicante; MARTÍNEZ ZORRILLA, David. 2010: *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid, 245-267; VEGA REÑÓN, Luis. 2013: *La fauna de las falacias*. Madrid.

97 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 68.

98 Cfr. LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona.

99 THOMAS, E. W. 2005: *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning Principles*. Cambridge, 268: «A constitutional democracy requires that the third branch of government, and not just the legislature and the executive, should be subject to effective constraints (...) They are the backbone of a conception of the judicial role which makes the judicial function an elemental component of a constitutional democracy, preserves the rule of law, vests the judiciary with democratic legitimacy, and provides the law with coordination, coherence and direction».

determinado Estado parte de un convenio internacional ha vulnerado, a su entender, alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales proclamados en el texto que le sirve de fundamento.

Nos contaba el maestro CALAMANDREI, que el ideal de un Palacio de Justicia sería aquel del buen tiempo antiguo: una encina, y a su sombra el juzgador que escucha las razones de los justiciables; y en torno a ellos el pueblo que asiste en círculo, sin mamparas ni barreras divisorias. Justicia en abierto, a la luz del sol, sin puertas cerradas ni corredores secretos¹⁰⁰. Creo que en la medida que sea posible, a pesar de todas las complejidades que he descrito, no debemos alejarnos demasiado de este ideal porque la sustancia sigue siendo la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHINSTEIN, Peter (ed.). 2005: *Scientific Evidence. Philosophical Theories & Applications*. Baltimore.
- ALMAGRO NOSETE, José. 1984: *Constitución y Proceso*. Barcelona.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. 1997: Madrid: *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ª ed.
- ARMENTA DÉU, Teresa. 2011: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid.
- ATIENZA, Manuel. 2008: *La guerra de las falacias*. 3.ª ed. Alicante.
- ATIENZA, Manuel. 2012: *El Derecho como argumentación*. Barcelona.
- BEECHER-MONAS, Erica. 2007: *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. Cambridge.
- BUENO DE MATA, Federico. 2011: «Mediación online: ¿La mediación del futuro?». En Fernando Martín Diz (coord.): *La mediación en materia de familia y Derecho penal*. Santiago de Compostela.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 1995: «El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral». *Cuadernos de Derecho Judicial* (Arbitraje, mediación, conciliación), 1995, n.º 27.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 2009: *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona.
- CAPPELLETTI, Mauro. 1978: «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, n.º 4.
- CARNELUTTI, Francesco. 1947: *La prova civile*. 2.ª ed. Roma.
- CORTÉS, Pablo. 2011: *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London and New York.
- DALBIGNANT-DEHARO, Gaëlle. 2004: *Verité Scientifique et Verité Judiciaire en Droit Privé*. Paris.
- DEL POZO PÉREZ, Marta. 2013: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial». *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. 1968: «El proceso como satisfacción jurídica». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1968, vol. 67, n.º 4.

100 CALAMANDREI, Piero. *Elogio...*, 322.

- FAIRÉN GUILLÉN, V. 1972: «La potestad jurisdiccional». *Revista de Derecho Judicial*, 1972, n.º 51-52. Madrid.
- GARCÍA ESTÉBANEZ O. P., Emilio. 1990: «La virtud de la Justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60». En Santo Tomás de Aquino: *Suma de Teología*, III, parte II, II (a). Madrid.
- GIGERENZER, Gerd; HERTWIG, Ralph y PACHUR, Thorsten. 2011: *Heuristics. The Foundations of Adaptive Behaviour* (ed.). New York.
- GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando. 1995: *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*. 3.ª ed. Oviedo.
- HAACK, Susan. 2008: *Putting Philosophy to Work. Inquiry and Its Place in Culture*. New York.
- HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca y TYLER, Tom R. 2011: «Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution». *Journal of Dispute Resolution*, 2011, n.º 1.
- HUERTAS MARTÍN, Isabel. 1999: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona.
- KAHNEMEN, Daniel. 2012: *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. 3.ª ed. Barcelona.
- KORSGAARD, M. Audrey y SAPIENZA, Harry J. 2002: «Economic and Noneconomic Mechanisms in Interpersonal Work Relationships Towards an Integration of Agency and Procedural Justice Theories». En Stephen W. Gilliland (ed.), D. Steiner y Daniel P. Skarlicki (dirs.): *Emerging Perspectives on Managing Organizational Justice*. Greenwich, Connecticut.
- KÜNG, Hans. 1994: *Große christliche Denker*. München.
- LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013: *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona.
- MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia* (Premio Rafael Martínez Emperador). Madrid.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. 2010: *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid.
- NINO, Carlos Santiago. 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11.ª ed. Barcelona.
- PEDRAZ PENALVA, E. 1990: «Sobre el “poder judicial” y la Ley Orgánica del Poder Judicial». En *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. 1978: *Derecho y proceso*. Barcelona.
- ROBBENNOLT, Jennifer K. y STERNLIGH, Jean R. 2012: *Psychology for Lawyers. Understanding the Human Factor in Negotiation, Litigation and Decision Making*. Chicago, Illinois.
- SLOBOGIN, Christopher. 2007: *Proving the Unprovable. The Role of Law, Science and Speculation in Adjudicating Culpability and Dangerousness*. Oxford.
- STEIN, Friedrich. 1990: *El conocimiento privado del Juez*. Trad. A. de la Oliva Santos. Madrid.
- TARUFFO, Michele. 2010: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence». En Giovanni Sartor y Luther Branting (eds.): *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht-Boston-London.
- TARUFFO, M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.) 2013: *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid.
- THOMAS, E. W. 2005: *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning Principles*. Cambridge.
- TYLER, Tom R. 2008: «Procedural Justice and the Courts». *Court Review*, 2008, vol. 44.
- VAN DEN BOS, Kees, 2005: «What is Responsible for the Fair Process Effect?». En Jerald Greenberg y Jason A. Colquitt (eds.): *Handbook of Organizational Justice*. New York-London.
- VEGA REÑÓN, Luis. 2013: *La fauna de las falacias*. Madrid.
- WALTON, Douglas. 2008: *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. Cambridge.

Política, Fuerzas Armadas y narcotráfico en México. ¿Un Ejército fuera de la ley?

Politics, Armed Forces and drug trafficking in Mexico: An outlaw army?

Gustavo Fondevila y Alberto Mejía

Profesores investigadores de la división de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

Resumen

El ensayo apunta a estudiar los problemas legales y políticos planteados por la intervención militar en el combate al narcotráfico y la delincuencia organizada en temas de investigación delictiva y de detención de personas en México. Básicamente, el trabajo explora tres grandes áreas de incumplimiento de la ley o de vacío legal en la materia, relacionadas con dicha intervención: a) detenciones e investigación criminal autónoma

Abstract

The essay aims to examine the legal and policy issues raised by the military intervention in combating drug trafficking and organized crime in the areas of criminal investigation and people detention in Mexico. Basically, the paper explores three major areas of non-compliance with the law or legal vacuum in matter related to that intervention: a) arrests and independent criminal investigation by the

Gustavo Fondevila y Alberto Mejía
Política, Fuerzas Armadas y narcotráfico en México.
¿Un Ejército fuera de la ley?

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 2, junio 2014, 81-106
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca

por las Fuerzas Armadas; b) falta de protocolo de uso de la fuerza militar en operativos civiles; c) fuero militar.

Palabras clave: Ejército y delincuencia organizada, narcotráfico, fuero militar en México y delincuencia organizada.

military; b) lack of protocol in use of military force in civilian operations; c) military courts.

Key words: *Army and organized crime, drug trafficking, military jurisdiction and organized crime in Mexico.*

1. INTRODUCCIÓN

En México, el poder ejecutivo federal ha apelado tradicionalmente a las Fuerzas Armadas como instrumento para controlar la delincuencia organizada y el tráfico de drogas en el país (Astorga, 2005). Durante la presidencia de Felipe Calderón (2006-2012) dicho uso alcanzó probablemente los niveles más amplios en intensidad y difusión en el llamado «combate al narcotráfico»¹ que fue asumido principalmente por el Gobierno federal a través del ejército mexicano conformado por la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina apoyadas por las autoridades civiles, es decir, la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Seguridad Pública.

Aunque relativamente común, la participación de las Fuerzas Armadas en problemas de seguridad interior del país estuvo siempre relativamente circunscrita a tareas de decomiso de drogas, búsqueda de plantíos y aeropuertos clandestinos, vigilancia de fronteras, etc. (Maldonado Aranda, 2009). Sin embargo, en el último sexenio, las Fuerzas Armadas fueron involucradas en el enfrentamiento militar directo a grupos de la delincuencia organizada cuya actividad principal es el narcotráfico (Pereyra, 2012). En ese sentido, se realizaron un sinnúmero de actividades entre las que se destacan la investigación criminal y detención de personas, las cuales plantean una serie de inconvenientes constitucionales bastante importantes.

En este contexto, el ensayo apunta a estudiar los problemas legales y políticos planteados por la intervención militar en el combate al narcotráfico y la delincuencia organizada en temas de investigación delictiva y de detención de personas. Básicamente, el trabajo explora tres grandes áreas de incumplimiento de la ley o de vacío legal en la materia, relacionadas con dicha intervención:

1. Detenciones e investigación criminal autónoma por las Fuerzas Armadas.
2. Falta de protocolo de uso de la fuerza militar en operativos civiles.
3. Fuero militar.

¹ Discurso del presidente Calderón en el evento de la Botadura del Buque Arm *Independencia*. 23.07.2009. Salina Cruz, Oaxaca. «Ante esta amenaza, el Estado tiene la obligación, el deber y el derecho de utilizar todos los recursos a su alcance para restablecer condiciones de orden, de seguridad y de legalidad». <http://www.presidencia.gob.mx/> (acceso 18.10.2012).

2. CONTEXTO POLÍTICO-LEGAL

En los últimos años, en México se han producido cambios políticos de gran importancia (Barros, Hurtado y Pérez, 1991). La alternancia electoral ha aumentado la competencia y la generación de acuerdos estratégicos entre partidos, se ha incrementado el pluralismo con Estados gobernados por la oposición, el presidencialismo se ha reducido y el poder legislativo tiene una mayor participación y decisión en los asuntos públicos (Aziz Nassif y Alonso, 2003).

La sociedad mexicana transita por un proceso de democratización cuyo objetivo –probablemente– más relevante sea el abandono del ejercicio de poder centralizado y vertical que representó el sistema presidencialista anterior (Urías Germán, 2003). En este sentido, la victoria electoral del Partido de Acción Nacional (PAN) con la candidatura de Vicente Fox logró terminar la hegemonía presidencial de 70 años del Partido Revolucionario Institucional (PRI). Pero las siguientes elecciones presidenciales (2006) se decidieron por una diferencia porcentual de 0.58% entre el primer lugar de Felipe Calderón Hinojosa (PAN) y el segundo lugar, de Andrés Manuel López Obrador, candidato del Partido de la Revolución Democrática (PRD). Esta diferencia tan pequeña (despreciable en términos estadísticos y políticos) fue el reflejo de una sociedad dividida y descontenta con los cambios (en todos los sentidos). Por este motivo, el mandato de Calderón comenzó entre acusaciones de fraude electoral, toma de posesión presidencial irregular, movilizaciones sociales e incluso con el autonombamiento del candidato perdedor como presidente legítimo que incluyó un gabinete alterno al oficial (Delgado y Gutiérrez, 2007).

En esta circunstancia, la primera decisión de Calderón fue la declaración de «la guerra al narcotráfico» representado por las organizaciones del crimen organizado (Ravelo, 2012). Sin lugar a dudas, esta «guerra» constituyó el eje fundamental de la política del sexenio calderonista basada en la recuperación del control de la soberanía del Estado en amplias regiones del país. La decisión de utilizar el ejército para perseguir directamente al crimen organizado se produjo en un contexto de falta de legitimidad de un gobierno entrante que decidió instrumentar una estrategia de «mano dura» y recuperación de la gobernabilidad del país por medio de la neutralización de las bandas del crimen organizado (narcotráfico). Bajo el argumento de la imposibilidad de usar a las policías municipales y estatales en dicha guerra al narcotráfico, el Gobierno ordenó al ejército realizar operativos y labores propiamente de seguridad pública. Sin embargo, no desarrolló un marco legal adecuado. De hecho, la única normativa que regulaba esta situación de manera específica era una jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Esta coyuntura jurídico-política originó una estrategia de estado intermedio para enfrentar este tipo de criminalidad entre los polos garantistas y los de excepción. Por un lado, la opción del derecho penal del enemigo (Jakobs, 2004) que concibe al

delincuente como un enemigo que debe ser neutralizado y que se caracteriza por la restricción del respeto a los derechos humanos. Y en el otro extremo, la opción de una estrategia de desarrollo de esquemas de inteligencia en la investigación, congelamiento de activos monetarios, testigos protegidos, etc. En resumen, la creación de un régimen especial (que incluye el respeto a los derechos humanos) y no de excepción.

La decisión intermedia² adoptada en 2006 fue sacar al ejército de los cuarteles para enfrentar a los grupos delictivos y recuperar las plazas (territorios) controladas por el crimen organizado. Aunque se carecía de un sustento jurídico sólido que limitara y regulara sus funciones en este tipo de actividades. Esta falta de reglas claras se justificó como una operación urgente de seguridad nacional de un Estado amenazado pero pronto originó una multiplicidad de quejas, denuncias y testimonios sobre detenciones ilegales, allanamientos sin orden judicial, retenes, desapariciones forzadas, arraigos, incomunicaciones, tortura, homicidios, enfrentamientos violentos en áreas urbanas, etc. En la actualidad, las cifras de muertes relacionadas con el crimen organizado durante este período varían desde las 47.000 hasta los 150.000 fallecidos (Méndez, 2012)³.

2.1. Naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas de México

Las Fuerzas Armadas son una institución creada con fines eminentemente bélicos. El artículo 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá Comandancias Militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas⁴.

El artículo referido determina las funciones de guerra propias de las Fuerzas Armadas y además limita el ejercicio de funciones castrenses fuera de la órbita estrictamente militar. Ahora bien, el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos es el comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, por tanto, tiene la facultad de disponer del Instituto Armado en los siguientes términos:

2 No fue una medida de suspensión de garantías que permitiera el uso de todos los medios eficaces como último recurso constitucional para recuperar el orden perdido; ni tampoco, una medida que se circunscribió al marco legal de respeto a los derechos humanos.

3 <http://www.jornada.unam.mx/2012/12/11/politica/015n1pol> (acceso 16.01.2014).

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (acceso 22.09.2012).

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

...VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación...⁵.

El Presidente de la República dispone de las Fuerzas Armadas para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación, es decir, para la seguridad nacional. La Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos en el artículo 1 establece lo siguiente:

Artículo 10. El Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, son instituciones armadas permanentes que tienen las misiones generales siguientes:

- I. Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación;
- II. Garantizar la seguridad interior;
- III. Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas;
- IV. Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país; y
- V. En caso de desastre prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas⁶.

La fracción II faculta al instituto armado para garantizar la seguridad interior. Y a su vez, la Ley Orgánica de la Armada de México en el artículo 1 especifica:

Artículo 1.- La Armada de México es una institución militar nacional, de carácter permanente, cuya misión es emplear el poder naval de la Federación para la defensa exterior y coadyuvar en la seguridad interior del país⁷.

De este modo, la Armada de México es un coadyuvante para mantener o restablecer la seguridad interior del país. De las transcripciones de la normatividad se puede señalar que para las Fuerzas Armadas Mexicanas las misiones convencionales son las siguientes:

- a) La defensa de la integridad, la independencia y la soberanía de la nación;
- b) garantizar la seguridad nacional o interior;
- c) auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas.

Como se puede apreciar, el diseño normativo de las Fuerzas Armadas mexicanas no le confiere facultades o funciones exclusivamente bélicas. Por el contrario, su funcionamiento también está relacionado con ciertos servicios a la sociedad en tiempos de paz.

5 Ídem.

6 Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/169.pdf> (acceso 14.08.2012).

7 Ley Orgánica de la Armada de México. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/249.pdf> (acceso 14.08.2012).

2.2. Requisitos legales para el involucramiento del ejército en labores contra la delincuencia organizada

Según el apartado anterior, el diseño normativo que regula las facultades y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas no constriñe necesariamente el uso de este instituto a labores bélicas, porque también puede intervenir en auxilio de la población civil en casos de desastre⁸ y participar en labores de seguridad nacional o interior.

En este sentido, es importante señalar que el uso del ejército en labores de seguridad nacional o pública hasta noviembre de 2011, como se verá más adelante, está sujeto a criterios y requisitos legales generales establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia⁹:

Ejército, Fuerza Aérea y Armada. Si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública, en situaciones en que no se requiera suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la Constitución y a las leyes.

Del estudio relacionado de los artículos 16, 29, 89, fracción VI, y 129, de la Constitución, así como de los antecedentes de este último dispositivo, se deduce que al utilizarse la expresión «disciplina militar» no se pretendió determinar que las fuerzas militares sólo pudieran actuar, en tiempos de paz, dentro de sus cuarteles y en tiempos de guerra, perturbación grave de la paz pública o de cualquier situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, fuera de ellos, realizando acciones para superar la situación de emergencia, en los términos de la ley que al efecto se emita. Es constitucionalmente posible que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada

en tiempos en que no se haya decretado suspensión de garantías, puedan actuar en apoyo de las autoridades civiles en tareas diversas de seguridad pública. Pero ello, de ningún modo pueden hacerlo «por sí y ante sí», sino que es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles y de que en sus labores de apoyo se encuentren subordinados a ellas y, de modo fundamental, al orden jurídico previsto en la Constitución, en las leyes que de ella emanen y en los tratados que estén de acuerdo con la misma, atento a lo previsto en su artículo 133¹⁰.

8 Conforme a lo establecido en el Plan de Auxilio a la Población Civil en Casos de Desastre, denominado PLAN DN-III-E, instrumento operativo militar establecido por la Secretaría de la Defensa Nacional, que contiene los lineamientos generales que los organismos del Ejército y Fuerza Aérea mexicanos deben observar para realizar actividades de auxilio a la población civil afectada por cualquier tipo de desastre. <http://www.sedena.gob.mx/index.php/actividades/plan-dn-iii-e/ique-es-el-plan-dn-iii-e> (acceso 16.04.2013).

9 Registro n.º 192082 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, abril de 2000, p. 552, Tesis: P./J. 36/2000 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

10 Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros. 5 de marzo de 1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno. El subrayado es nuestro.

El criterio de la Corte, el cual fue establecido en abril de 2006, es decir, un sexenio antes de la declaración de guerra al narcotráfico realizada por el entonces presidente Calderón; establece los siguientes requisitos para la actuación de las Fuerzas Armadas en la lucha contra la delincuencia organizada:

- a) las Fuerzas Armadas Mexicanas pueden participar en acciones civiles a favor de la seguridad pública: se determina la legalidad de la participación del instituto armado en la lucha contra la delincuencia organizada;
- b) para su participación no es necesaria la suspensión de garantías: la participación castrense en la lucha contra la delincuencia organizada se puede dar en tiempos de paz;
- c) es imprescindible la solicitud expresa, fundada y motivada de las autoridades civiles: se establece el requisito indispensable de que la participación castrense debe ser solicitada de manera expresa fundada y motivada por las autoridades civiles;
- d) sus labores son de apoyo y de subordinación a la autoridad civil: el ejército actúa bajo las órdenes de la autoridad civil;
- e) deben respetar el orden jurídico constitucional, así como las leyes nacionales y los tratados internacionales aplicables: su participación está constreñida al orden jurídico.

En este sentido, la normatividad existente al momento usar a las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública regulaba de manera general dicha actuación sobre la base de los principios de legalidad estatuidos en las normas nacionales y los tratados internacionales. La autoridad militar no podía actuar ante sí y para sí. Es decir, el ejército no era un organismo con facultades ilimitadas para actuar contra este tipo de criminalidad (delincuencia organizada - narcotráfico).

3. HALLAZGOS

3.1. *Detenciones e investigación criminal autónomas*

Los requisitos legales establecidos por la Corte regulan la participación y la manera de intervenir en la lucha contra la delincuencia organizada. En este sentido, es de especial relevancia el análisis sobre la legalidad de las detenciones así como de la investigación (autónoma) realizada exclusivamente por el ejército mexicano, porque en la práctica ambas actividades no han estado subordinadas a las autoridades civiles competentes.

Las detenciones de primer nivel realizadas en el sexenio pasado por la autoridad castrense han sido producto de un intenso trabajo de investigación militar –como afirman las propias autoridades–¹¹.

Como resultado de las labores de inteligencia militar, se pueden citar los operativos destinados a la detención pero terminaron en muerte de líderes o jefes de bandas criminales, entre otros ejemplos de esta situación son el caso de Ignacio Coronel, supuesto jefe del Cártel de Sinaloa que fue muerto cuando opuso resistencia a la detención por parte de elementos de la Secretaría de la Defensa Nacional¹²; Arturo Beltrán Leyva, presunto jefe del Cártel de los Beltrán Leyva, que falleció al oponer resistencia a la detención por parte de elementos de la Secretaría de Marina¹³; y la detención de Sergio Villarreal Barragán, único sobreviviente, presunto jefe del Cártel de los Beltrán Leyva, realizada por elementos de elite de la Secretaría de Marina¹⁴.

Rápidamente, estos ejemplos permiten observar que las Fuerzas Armadas mexicanas en su lucha contra el narcotráfico han actuado con independencia operativa y de investigación. Es común que las detenciones u operativos para detener a algún jefe delictivo sean producto de las labores de inteligencia y ubicación realizadas exclusivamente y en forma autónoma por el instituto armado.

Ahora bien, el modelo de participación de las Fuerzas Armadas en los casos referidos permite cuestionar la legalidad de las detenciones y la competencia de las Fuerzas Armadas para realizar este tipo de investigación criminal, es decir, sin subordinación a ninguna autoridad civil. En este sentido, toma relevancia la normatividad que regula la legalidad de las detenciones y la investigación criminal en el país.

Las detenciones hechas por el ejército están reguladas por el artículo 16 párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala:

Artículo 16...

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención...¹⁵.

11 De acuerdo con diversos comunicados de prensa de la Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina en las cuales afirman que las detenciones o los operativos para detener a los personajes fueron producto de investigaciones exclusivamente a cargo de la autoridad militar. <http://www.presidencia.gob.mx/prensa/?contenido=59028> (acceso 17.10.2012); <http://www.presidencia.gob.mx/?DNA=85&Contenido=59986> (acceso 17.10.2012); http://www.semarmex.gob.mx/sitio_2/sala-de-prensa/comunicados-de-prensa-2009/1200-comunicado-de-prensa-325-2009.html (acceso 17.10.2012).

12 *El Universal*. 31 de julio de 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/698618.html> (acceso 12.10.2012).

13 *El Universal*. 22 de enero de 2008. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/157153.html> (acceso 13.09.2012).

14 *El Universal*. 13 de septiembre de 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/180433.html> (acceso 18.11.2012).

15 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (acceso 27.09.2012).

El orden constitucional establece que cualquier persona puede realizar una detención con la condición de que sea realizada en casos de flagrancia y que se ponga sin demora al detenido a disposición del representante social. Por su parte, la competencia en la investigación criminal se encuentra regulada por el artículo 21 párrafo primero de la Constitución:

Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función¹⁶.

La investigación criminal es competencia exclusiva del representante social y de las policías que estarán subordinadas al mando de dicho representante. En consecuencia, el ejército mexicano carece formalmente de competencia legal para realizar labores de inteligencia militar o investigación militar autónoma, sin estar dirigido o subordinado al Ministerio Público.

La cuestión de la eficacia en los resultados y el respeto al orden constitucional suscita dos planteamientos interesantes, por un lado, la manera de participar en la lucha contra la delincuencia organizada por parte del ejército puede ser calificada como ilegal, en razón de que sus labores no son de apoyo y de subordinación a la autoridad civil, y no respetan el orden jurídico constitucional, así como las leyes nacionales y los tratados internacionales aplicables.

3.2. Falta de protocolo de uso de la fuerza

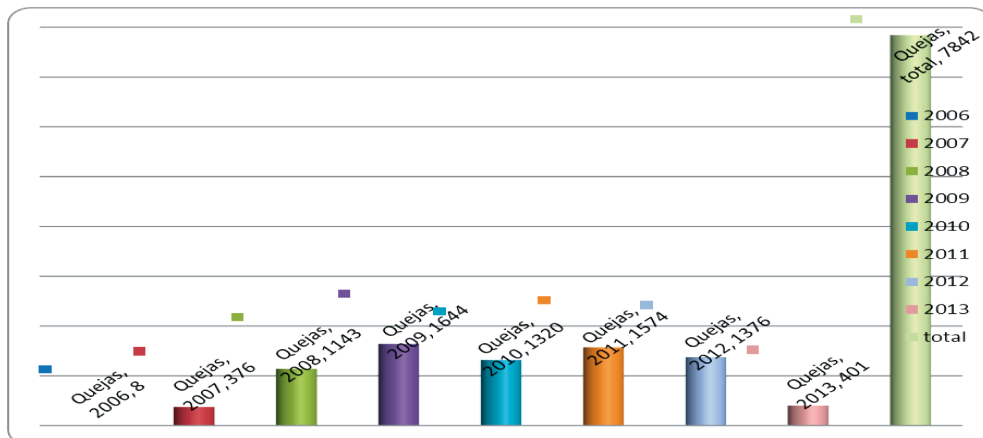
Las Fuerzas Armadas mexicanas y en general todos los cuerpos bélicos del mundo tienen la misión fundamental de afrontar guerras. Por este motivo, la formación de sus elementos no necesariamente es acorde con el respeto irrestricto a los derechos humanos en sentido amplio.

Por tanto, el uso de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el narcotráfico entraña el peligro que, por su propia naturaleza, estos cuerpos sean propensos a no respetar los derechos humanos en su actuación. Por este motivo, se debe restringir su intervención en operaciones civiles para evitar que incurran en este tipo de violaciones. Sin embargo, la medida de sacar al ejército a las calles no vino aparejada con medidas restrictivas, como pueden ser: la capacitación en el respeto de derechos humanos y la creación de un marco normativo que regule su actuación de manera precisa.

A lo largo de todo el sexenio, el problema relacionado con las violaciones a derechos humanos por parte del ejército no fue solucionado. Y es posible que el vacío

16 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (acceso 27.09.2012).

legal¹⁷, la forma en que los tribunales interpretaban el fuero militar, así como el marco tan general que regulaba la participación del instituto armado, haya ocasionado o al menos propiciado, la violación sistemática de esos derechos humanos en la actuación de las Fuerzas Armadas. Esta situación se ha visto reflejada en la tendencia sostenida en el aumento de la interposición de quejas¹⁸ ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Las quejas presentadas denuncian violaciones graves a los derechos humanos tales como torturas, homicidios, desapariciones forzadas, detenciones ilegales, lesiones y abusos menores¹⁹.



Fuente: SEDENA²⁰.

El número de quejas en contra del ejército se ha incrementado anualmente de manera sistemática, mientras que la respuesta institucional de la Comisión Nacional

17 Se habla de un vacío normativo como premisa de la violación de los derechos humanos, no obstante haberse establecido los Principios Generales para el Personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos en Materia de Derechos Humanos, insertos en la Tercera Sección del Capítulo V denominado «Actos Violatorios de Derechos Humanos Imputados al Personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos», del Manual de Derechos Humanos para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos. http://www.sedena.gob.mx/pdf/der_hums/bibliografia/1_M.D.H.E.Y.F.A.M.pdf (acceso 16.04.2013).

18 La queja es el procedimiento administrativo que hace las veces de denuncia ciudadana ante la CNDH por considerar que ha sido violentado en sus derechos humanos por alguna autoridad, lo que da inicio a una investigación la cual en caso de probarse la violación denunciada culmina con una recomendación sin efecto vinculante alguno para la autoridad responsable de la violación de derechos humanos.

19 México: Nuevos Informes de Violaciones de Derechos Humanos a manos del Ejército de Amnistía Internacional. <http://amnistia.org.mx/abusosmilitares/informe.pdf> (acceso 29.11.2012).

20 Quejas en: http://www.sedena.gob.mx/images/stories/imagenes/SERVICIOS/DRECHOS_HUMANOS/GRAFICAS_QUEJAS.pdf; <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/mayo/graficas-quejas15.pdf> y <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/mayo/graficarecomendaciones15.pdf> (accesos 26.04.2013 y 16.05.2013).

de Derechos Humanos (CNDH) ha mostrado una tendencia lineal en cuanto a las recomendaciones emitidas.

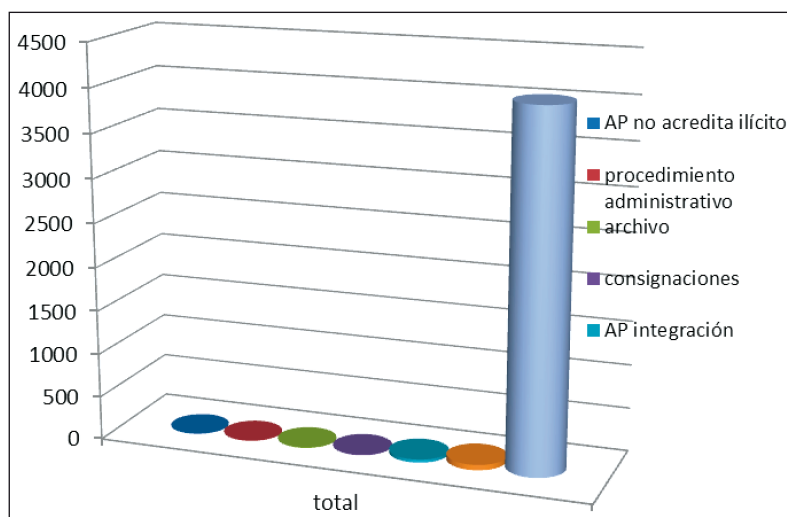
En la siguiente gráfica se muestra el porcentaje de recomendaciones emitidas en relación con las quejas recibidas.

Año	Porcentaje de recomendaciones
2006	0%
2007	1.9%
2008	1.2%
2009	1.8%
2010	1.7%
2011	1.6%
2012	1.1%
2013	0.2%
Total	1.5%

Fuente: SEDENA²¹.

La respuesta institucional de la Secretaría de la Defensa Nacional en relación con las 11.422 recomendaciones emitidas por la CNDH ha sido la siguiente:

Gráfica de totales vs. averiguaciones y sentencias²².



Fuente: SEDENA²³.

21 Recomendaciones en: <http://www.sedena.gob.mx/images/stories/D.H/2013/mayo/graficarecomendaciones15.pdf> (acceso 16.05.2013).

22 Dato actualizado al 15 de mayo de 2013.

23 http://www.sedena.gob.mx/pdf/otros/der_hum/Proce_senten_240710.pdf (acceso 12.11.2012).

En una primera mirada se puede señalar que la SEDENA ha cumplido escrupulosamente con la totalidad de las recomendaciones atendiendo todas y cada una de ellas. Pero al hacer un análisis más exhaustivo se llega a la conclusión de que el tratamiento dado a cada caso no representa una solución definitiva o la imposición de sanción alguna. Apenas, se han abierto procedimientos administrativos o de justicia militar para tratar de determinar la existencia o no de responsabilidad de los elementos militares.

3.3. Estándar normativo que regula el uso de la fuerza por parte del Ejército en sus funciones contra la delincuencia organizada

En México se han dado pasos importantes para regular el uso de la fuerza por parte de las instituciones policíacas. Un ejemplo es la publicación de la «Ley y el Manual Operativo de uso de la fuerza en el Distrito Federal» publicados en abril de 2008²⁴. Sin embargo, a nivel federal se carece de una ley que regule el uso de la fuerza. En consecuencia, el ejército mexicano tampoco tiene parámetros legales que guíen el uso de la fuerza en sus funciones del mantenimiento de la seguridad interior.

Ante este vacío legal se tiene que recurrir a normatividades internacionales no vinculantes para México como el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley»²⁵, que en su artículo 1 establece:

Artículo 1. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Comentario:

- a) La expresión «funcionarios encargados de hacer cumplir la ley» incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.
- b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

24 http://www.sre.gob.mx/derechoshumanos/images/poli_guberna/manualusofuerzaDF.pdf (acceso 19.09.2012). <http://statecasefiles.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/distrito-federal/ley-que-regula-el-uso-de-la-fuerza-de-los-cuerpos-de-seguridad-publica-del-distrito-federal.pdf> (acceso 19.09.2012).

25 Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2002.pdf> (acceso 16.04.2013).

Parece bastante obvio que los militares que realicen funciones de policía, de investigación y detenciones estén constreñidos al cumplimiento de los principios²⁶ en el uso de la fuerza: a) Legalidad, b) Racionalidad, c) congruencia, d) oportunidad, e) proporcionalidad y f) estricta necesidad.

3.4. El fuero militar

Otro problema grave que ha contribuido a la perpetuación de las violaciones sistemáticas de derechos humanos y a la casi nula respuesta del Estado mexicano ante estas violaciones es la figura del fuero militar.

Sobre este particular se debe señalar que en México la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 13, reconoce el fuero de guerra militar. Por su parte, el artículo 57, en especial la fracción II del Código de Justicia Militar, establece la competencia del tribunal militar para delitos en los que se encuentre involucrado un agente militar en activo²⁷.

En consecuencia, el fuero de guerra militar había sido interpretado por los tribunales civiles, en el sentido de que todos aquellos delitos que son cometidos por los militares en activo, es decir, los que están en el servicio activo, no deben ser conocidos por el juez civil, sino por el juez del fuero correspondiente, esto es, por un tribunal militar. En consecuencia, las violaciones de derechos humanos en contra de civiles cometidas por militares también deben ser juzgadas por tribunales militares.

Sin embargo, esta interpretación ha sido abandonada recientemente por medio de una resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el expediente²⁸ «varios» 912/2010.

3.4.1. Breve narración sobre el expediente

La resolución de la Corte que emite una declaratoria sobre los alcances de las obligaciones originadas por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁹, fue la culminación de una consulta del entonces presidente de la SCJN –ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia– al pleno sobre las obligaciones que la sentencia

26 Principios contenidos en el artículo 21, párrafo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 41, último párrafo de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf> (acceso 20.01.2014).

27 Código de Justicia Militar. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4.pdf> (acceso 16.04.2013).

28 Relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil diez, dictada dentro del expediente «varios» 489/2010.

29 <http://www.corteidh.or.cr/> (acceso 10.06.2013).

de la Corte Interamericana le imponía al Poder Judicial Federal. Específicamente, sobre la obligación de impartir cursos sobre las sentencias de la Corte Interamericana a juzgadores y funcionarios del Poder Judicial Federal. Esta consulta terminó reconfigurando el modelo de control de constitucionalidad mexicano y, también, la manera de interpretar el fuero militar.

Historia judicial del caso:

- a) El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite sentencia condenatoria en contra del Estado Mexicano en el caso Rosendo Radilla vs México. Este caso trató sobre la desaparición forzada presuntamente en un retén militar de Rosendo Radilla en 1974;
- b) ante las posibles obligaciones que la sentencia pudiera originar al Poder Judicial de la Federación, el 26 de mayo de 2010, el presidente de la SCJN, ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, formula una consulta al pleno. Entonces, se formó el expediente «varios» 489/2010;
- c) el 7 de septiembre de 2010, el Pleno resolvió que se determine la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para lo cual se abrió el expediente «varios» 912/2010;
- d) el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial*³⁰ la reforma constitucional sobre Derechos Humanos, que fue un instrumento clave en la interpretación del Pleno de la SCJN sobre las obligaciones originadas por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y
- e) la resolución del expediente «varios» 912/2010 fue publicada el 4 de octubre de 2011 en el *Diario Oficial*.
- f) Tesis aislada de jurisprudencia que restringe la interpretación del fuero militar, emitida por el Pleno de la SCJN en acatamiento a la Sentencia de la CIDH.

Las consecuencias de la resolución de la CIDH tienen como consecuencia un cambio sustantivo en dos aspectos principales del sistema de justicia mexicano: 1) establece un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad; y 2) establece una nueva interpretación constitucional sobre el fuero militar.

Las consecuencias jurídicas y sociales de esta resolución tienen el potencial de generar consecuencias importantes: a) para los ciudadanos que podrán disfrutar de un estándar de protección de derechos humanos integrado por el derecho interno y los tratados internacionales (el que otorgue mayor beneficio a la persona); y b) para los jueces, a los que se les permitirá interpretar las normas bajo los principios del

30 Se refiere al Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

texto constitucional. Esta resolución expresa un voto de confianza en el criterio de los juzgadores.

i. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad

Básicamente, este nuevo modelo faculta a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (es decir, cualquier juez del país) a realizar un control de convencionalidad. Estos funcionarios están obligados a escoger los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior. Los jueces deben preferir entre el sistema interno o de los tratados internacionales, dependiendo el que garantice una protección más amplia de derechos humanos, cuestión antes prohibida por jurisprudencia del pleno de la SCJN³¹.

Los Juzgadores Federales con competencia para conocer los medios directos de control constitucional (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicio de amparo) podrán hacer una declaratoria general de invalidez sobre las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución o en los Tratados internacionales. Los demás jueces no podrán hacer esa declaratoria general de invalidez pero están facultados para no aplicar la norma que consideren contraria a los derechos humanos contenidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales. Esto representa un control judicial de la Constitución, facultad hasta entonces reservada en exclusiva para los jueces federales, es decir, el poder judicial de la Federación³². De este modo, se abandona el modelo de control concentrado de constitucionalidad para adoptar un modelo de control difuso de la constitucionalidad.

ii. Restricción en la interpretación sobre el fuero militar

En marzo de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la primera tesis jurisprudencial aislada sobre la restricción en la interpretación del fuero militar en acatamiento a la Sentencia del Caso Rosendo Radilla de la CIDH:

Época: Décima Época Registro: 2003047 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización: Libro XVIII, Marzo de 2013 Tomo 1 Materia(s): (Constitucional) Tesis: P. VI/2013 (10a.), p. 364.

31 Época: Novena Época Registro: 193435 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización: Tomo X, agosto de 1999 Materia(s): (Constitucional) Tesis: P./J. 74/99, p. 5. Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución.

32 Novena Época Registro: 193558 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Localización: Tomo X, agosto de 1999 Materia(s): (Constitucional) Tesis: P./J. 73/99, p. 18. Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación.

Fuero militar. El artículo 57, fracción ii, inciso a), del Código de Justicia Militar contraviene la convención americana sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con base en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En este contexto, el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, al dar lugar a que la jurisdicción militar conozca de las causas penales seguidas contra militares respecto de delitos del orden común o federal que, cometidos por aquéllos al estar en servicio o con motivo de éste, puedan afectar los derechos humanos de personas civiles, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso citado, máxime que de lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se colige que la jurisdicción militar deba conocer de los juicios seguidos contra militares por delitos que puedan implicar violación de derechos humanos de víctimas civiles, como lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010.

Competencia 38/2012. Entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar, adscrito a la Primera Región Militar. 9 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos en relación con el sentido; votó por consideraciones distintas: José Ramón Cossío Díaz; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 770/2011. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 60/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 61/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar

Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 62/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VI/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

Esta tesis aislada es muy particular por diversas razones:

1) El carácter obligatorio de la inconstitucionalidad del artículo 57 no emana de la reiteración de criterio nacional, sino por su carácter de precedente de fuente internacional.

En el derecho constitucional mexicano, la jurisprudencia se establece por: a) reiteración de criterios, b) por contradicción de tesis y c) por sustitución³³. En el caso de a) reiteración de criterios, hay dos tipos de tesis jurisprudenciales que son: i) la jurisprudencia por reiteración que genera un criterio obligatorio para todos los juzgadores del país que sean de rango inferior a la SCJN (es necesario 5 sentencias sustentando el mismo criterio de manera ininterrumpida)³⁴ y ii) tesis jurisprudencial aislada que no es obligatoria para los demás tribunales inferiores del país (no configura el número requerido de veces para formar jurisprudencia por reiteración). En el caso que nos ocupa, se trata de este último caso.

Sin embargo, la obligatoriedad de la interpretación de inconstitucionalidad del fuero militar deviene de su carácter de jurisprudencia internacional y no requiere para su efectividad la reiteración de criterios nacionales, pues si bien se trata de una sentencia contra México, no implica que no tenga carácter y fuerza vinculante como precedente de fuente internacional. Para efectos prácticos, la interpretación constitucional que

33 Artículo 215 de la Nueva Ley de Amparo. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf> (acceso 20.01.2014).

34 La reforma en materia de derechos humanos de la Ley de Amparo publicada en marzo de 2013 establece una nueva distribución de jerarquías al crear los plenos de circuito, en cuyo caso la jurisprudencia creada por estos plenos será obligatoria para los jueces inferiores, solamente para los circuitos en los que tiene competencia dicho pleno.

obligó a México a cambiar sus políticas públicas sobre delincuencia organizada y narcotráfico –en especial al fuero militar– fue establecida por un Tribunal Internacional.

2) En 2011 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Amparo y Derechos Humanos para establecer de manera expresa en el artículo 1.º constitucional lo siguiente:

Artículo 10... Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Se trata del reconocimiento constitucional del principio *pro homine*, que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos humanos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio (lo que también se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵ –Pacto de San José– y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶, publicados en el *Diario Oficial de la Federación*³⁷ el 07/05/1981 y 20/05/1981 respectivamente).

Ahora bien, a pesar de ser muy explícito en materia de derechos humanos se aplicará un control de convencionalidad *ex officio*. Esto es que, en materia de derechos humanos en su interpretación, se puede acudir o a la Constitución mexicana o a Tratados Internacionales, y se aplicará aquel instrumento legal, ya sea Constitución o Tratado Internacional, que proteja de manera más extensa los derechos humanos.

Un año antes, así lo había determinado también la Suprema Corte de Justicia –antes de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011– en acatamiento a la sentencia de la CIDH en el caso Rosendo Radilla vs México. E incluso señaló los pasos que debe seguir el juzgador al realizar este tipo de control de convencionalidad³⁸.

35 http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm - OACNUDH (acceso 20.01.2014).

36 <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (acceso 20.01.2014).

37 <http://www.dof.gob.mx/> (acceso 20.01.2014).

38 32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone tres pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

Sin embargo, en 2013, el principio *pro homine* fue abandonado por la SCJN, a pesar de su reconocimiento expreso en el artículo 1.º Constitucional, y en criterios anteriores de la propia SCJN que así lo sustentaban, puesto que el alto tribunal al resolver la contradicción de tesis 293/2011 «Determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional», se cita a continuación la interpretación de la SCJN en la parte que interesa:

Además, se estableció que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, *cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional*. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Como se puede apreciar, el alto tribunal estableció la restricción constitucional en la interpretación de derechos humanos, esto es, que los derechos humanos se interpretaran aplicando el principio *pro homine* exclusivamente cuando la Constitución no establezca restricciones a estos Derechos Humanos. Esta decisión hace nugatorio el principio mencionado porque el objetivo del mismo es que en los casos en que la Constitución establezca restricciones a Derechos Humanos y los Tratados Internacionales reconozcan protecciones más amplias, se preferirá el Tratado Internacional, porque garantiza una mayor protección de los derechos humanos en cuestión. En conclusión, la decisión de la SCJN constituye una verdadera regresión interpretativa en materia de Derechos Humanos en el país.

4. DISCUSIÓN

El panorama constitucional y político respecto del tratamiento que debe recibir el crimen organizado es confuso. El modelo no se define por operar en un marco

b) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Esto no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

de respeto irrestricto a los derechos humanos o bien, por hacerlo en un régimen de excepción, es decir, restrictivo de garantías. En este tema, la política de Derechos Humanos del Estado Mexicano ha sido abiertamente contradictoria y el caso del fuero militar es un ejemplo puntual:

- a) Antes de la resolución de la CIDH en el caso Rosendo Radilla vs. México, era regla general que los delitos en los que un militar en funciones estaba involucrado se juzgarían por la justicia militar (en 2006 se agudiza el problema por la declarada lucha contra el narcotráfico),
- b) a partir de la resolución de la CIDH (2009), se restringe su interpretación en materia jurisprudencial con la Resolución de la SCJN «Varios 912/2010» en acatamiento a la resolución y se adopta el control de convencionalidad *ex officio* y un control difuso de la constitucionalidad, en la cual se privilegia la interpretación acorde al principio *pro homine*,
- c) en la Reforma Constitucional de 2011 este principio se eleva a rango constitucional explicitándolo en el art. 1.^o³⁹,
- d) para por último en 2013, abandonarlo por la SCJN en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011.

Ante la indefinición en la estrategia, y derivado del fenómeno de feudalización del narcotráfico en el país (Buscaglia, 2008)⁴⁰ –que provocó la aparición de amplios territorios dentro del país en los que el Estado carece de influencia–, la suspensión de garantías aparece como una opción viable de última instancia.

4.1. La opción de la suspensión de garantías

Una de las justificaciones más importantes para la intervención de las Fuerzas Armadas en el combate al narcotráfico es que la permanencia del Estado mexicano en ciertos puntos geográficos del país estaba seriamente comprometida por la gran influencia y control del narcotráfico⁴¹. Por ello, se debió tomar en cuenta que, cuando la normalidad del orden social se ve amenazada por diversas circunstancias, es necesaria la intervención del Gobierno en forma rápida y eficaz a fin de garantizar, precisamente, la continuidad del orden preestablecido y más aún, probablemente, la supervivencia del propio Estado.

39 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (acceso 20.01.2014).

40 <http://www.proceso.com.mx/?p=89538> (acceso 20.01.2014).

41 Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, eje 1 «Estado de Derecho y seguridad», nr. 1.4. «Crimen organizado». <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/eje1/crimen-organizado.html> (acceso 16.04.2013).

Sin embargo, este escenario plantea dos posibles maneras de afrontar el problema: 1) la primera es recuperar el control con base en un apego irrestricto de las garantías individuales y 2) el uso de métodos que no respeten ciertas garantías individuales. Tal vez, en el corto plazo y debido a la gravedad del problema y en orden a ser eficaces y obtener resultados sea necesaria la suspensión de garantías.

La suspensión de garantías puede parecer una solución de última instancia y es posible que esa sea la única alternativa viable debido a la magnitud del problema en algunas zonas del país. Se debe señalar que es una opción de uso extremo permitida por el propio orden constitucional para hacer frente a amenazas importantes.

En este sentido su uso se encuentra regulado por el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

Para decretar la suspensión de garantías se deben satisfacer los siguientes supuestos:

- a) en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto,
- b) es facultad exclusiva de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión,
- c) se suspenden en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación,
- d) el Congreso concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación.

De igual forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el «Pacto de San José de Costa Rica» establece el supuesto de suspensión de garantías:

Artículo 27. Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la

medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho da suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión⁴².

Los requisitos son:

- a) se podrán suspender las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social,
- b) en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte,
- c) en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación,
- d) deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

La suspensión de garantías es una opción de extrema necesidad que opera bajo supuestos de tal gravedad que la hacen indispensable. Su uso está regulado en instrumentos internacionales de corte garantista. Ahora bien, esta suspensión es por tiempo determinado y puede abarcar la parcialidad o la totalidad del territorio.

42 <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf> (acceso 14.11.2012).

Es así que la suspensión de garantías favorece la eficacia en la acción de gobierno puesto que permite inaplicar las disposiciones normativas que puedan obstaculizar la citada actuación y, específicamente, las que contienen los derechos fundamentales. En estos casos, el derecho admite que nos encontramos ante un interés superior a cualquier derecho particular, ante el interés del Estado.

En este sentido, la suspensión de las garantías individuales se justifica por la necesidad política de que los órganos gubernativos tengan libertad de acción para proceder con rapidez y energía a mantener el orden público mediante la eliminación radical de las situaciones y circunstancias de hecho que agreden los intereses sociales (Bazdresch, 1998: 38).

5. CONCLUSIONES

El uso de las Fuerzas Armadas mexicanas en labores de seguridad interior es una necesidad del Estado Mexicano cuya legalidad no está en duda. Sin embargo, la forma de operación del instituto armado (detenciones e investigaciones criminales) es muy cuestionable, en términos legales y, también, en materia de respeto a los derechos humanos tanto de ciudadanos como de presuntos delincuentes.

En este contexto, existían por lo menos dos factores que promovían el perpetuamiento de la violación sistemática de derechos humanos en la lucha contra la delincuencia organizada por parte de las Fuerzas Armadas:

1. el vacío normativo en el orden jurídico federal de una ley que regule el uso de la fuerza tanto de instituciones policíacas civiles como de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad interior⁴³, y
2. la interpretación judicial que subsistía acerca del fuero militar y que fue abandonada a través de una combinación de factores contingentes que no estaban enfocados directamente a cambiar la interpretación del fuero militar. Estos factores fueron la sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso Rosendo Radilla Vs. México; la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, mediante la cual se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero, para quedar como «De los Derechos Humanos y sus Garantías», y la resolución de la SCJN sobre las obligaciones que la sentencia de la Corte Interamericana le imponía al Poder Judicial Federal.

43 El primer factor relacionado con la falta de una regulación federal del uso de la fuerza subsiste hasta el momento.

Por otro lado, el problema de la eficacia en el combate a la delincuencia organizada ha sido planteado desde una perspectiva errónea al afirmar que el respeto irrestricto de las garantías individuales es ineficaz; y que la utilización de métodos restrictivos de garantías son los idóneos para conseguir la eficacia en la lucha contra este tipo de criminalidad.

Lo anterior ha tenido como consecuencia la inclusión en la Constitución y en leyes secundarias del régimen de excepción que trae aparejado el perpetuamiento de este modelo normativo. El gran riesgo de dicho modelo es que puede ser utilizado para problemas coyunturales: por ejemplo, el tráfico de drogas, o también cualquier cosa que se identifique como una amenaza para el Estado o para el gobernante. Frente a esto, la suspensión de garantías es una opción extraordinaria sujeta a una duración temporal y territorial limitada así como también a controles y responsabilidades una vez concluido el período por el que se autorizó su implementación. Es decir, si bien la finalidad perseguida por el artículo 29 constitucional es permitir que el Gobierno haga frente a situaciones de emergencia sin la obstaculización que implica el respeto a determinadas disposiciones constitucionales, esto debe realizarse con estricto respeto a las propias normas que lo regulan.

La resolución de la CIDH y la tesis aislada jurisprudencial de la SCJN en acatamiento al fallo referido son esfuerzos importantes en el rediseño y corrección de la estrategia de enfrentamiento del problema del crimen organizado y narcotráfico. En especial, lo referente a la inexistencia de reglas específicas que circunscriban de manera puntual la actividad del ejército y a las demás autoridades competentes en el respeto a los derechos humanos, con el fin de evitar que se perpetúe como sistema la violación de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, J. C. 2006: «Las políticas de seguridad pública en América Latina: policía, violencia y narcotráfico en México». *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 2006, 81 (October): 115-121.
- AGUILAR, R. y CASTAÑEDA, J. 2009: *El narco: la guerra fallida*. México: Punto de Lectura.
- ARANDA, S. M. 2009: «Territorios, ilegalidades y soberanías de los estados-nación en torno de las drogas». *Quaderns-e de l'ICA*, 2009, 13: 2.
- ASTORGA ALMANZA, L. 2005: *El siglo de las drogas: el narcotráfico, del Porfiriato al nuevo milenio*. México: Plaza y Janés.
- ASTORGA, L. 2007: *Seguridad, traficantes y militares. El poder y la sombra*. México: Tusquets.
- ASTORGA, L. 2009: «Transición democrática, organizaciones de traficantes y lucha por la hegemonía». En VV. AA.: *Atlas de la seguridad y la defensa de México 2009*. México: CASEDE.
- Atlas de la seguridad y la defensa de México 2012*. Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, A. C. México. <http://www.seguridadcondemocracia.org/contenido-y->

descargas-de-libros/descargas/atlas-de-la-seguridad-y-la-defensa-de-mexico-2012.html
(acceso 21.02.2013).

- AZIZ, N. A. y ALONSO, J. 2003: *México al inicio del siglo XXI: Democracia, ciudadanía y desarrollo*. México: CIESAS.
- BARROS, H. J. L.; HURTADO, J. y PÉREZ, F. C. G. 1991: *Transición a la democracia y reforma del estado en México*. Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara.
- BAZDRESCH, L. 1988: *Garantías Constitucionales*. México: Trillas.
- BECKER, H. 1991: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press.
- BENÍTEZ MANAUT, R. 1994: «Las Fuerzas Armadas mexicanas a fin de siglo: su relación con el Estado, el sistema político y la sociedad». *Sociológica*, 1994, 9, 25 (mayo-agosto): 187-216.
- CARBONELL, M. 2002: «El rol de las Fuerzas Armadas en la Constitución mexicana». *Revista Iust et Praxis*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca. Chile.
- CHABAT, J. 2005: «Narcotráfico y estado: el discreto encanto de la corrupción». *Letras Libres*, septiembre. México.
- CHABAT, J. 2010: «La respuesta del gobierno de Felipe Calderón ante el desafío del narcotráfico: entre lo malo y lo peor». En A. Alvarado y M. Serrano (coords.): *Los grandes problemas de México XV: Seguridad nacional y seguridad interior*. México: El Colegio de México.
- DELGADO, G. y GUTIÉRREZ, H. 2007: *La historia de México*. México: Pearson.
- GARDUÑO VALERO, G. 1994: «El ejército mexicano, el poder incógnito». *Revista Iztapalapa*, 1994, 34 (julio-diciembre): 91-106.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M. 2006: «El fuero militar en México. La injusticia de las Fuerzas Armadas». En David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez: *Estudios de Derecho Público y Política. Estudios en Homenaje a Marcia de Alba Medrano*. México: UNAM.
- HOFFMANN, K.-D. 2009: «Regierung kontra Kartelle: Der Drogenkrieg in Mexiko». http://library.fes.de/pdf-files/ipp/ipp-2009-2/2-09_a_hoffmann_d.pdf (acceso 23.11.2012).
- JAKOBS, G. 2004: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Schöningh.
- KALDOR, M. 2001: *Las nuevas guerras: violencia organizada en la era global*. Barcelona: Tusquets.
- MANN, M. 1993: *The sources of social power: the rise of classes and nation-states, 1760-1914*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Manual de Derechos Humanos para el Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, impreso en noviembre de 2009 bajo la dirección del Estado Mayor de la Defensa Nacional. http://www.sedena.gob.mx/pdf/der_hums/bibliografia/1_M.D.H.E.Y.F.A.M.pdf (acceso 16.04.2013).
- MOLOEZHNIK, P. 2008: «Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito». *Revista Nueva Sociedad*, 2008, n.º 213 (enero-febrero).
- PANSTERS, W. y CASTILLO, H. 2007: «Violencia e inseguridad en la ciudad de México: entre la fragmentación y la politización». *Foro Internacional*, 2007, vol. XLVII, n.º 3 (189), julio-septiembre. México.
- PEREYRA, G. 2012: «México: violencia criminal y “guerra contra el narcotráfico”». *Rev. Mex. Sociol.*, 2012, vol. 74, 3, jul./sept. *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, eje 1 «Estado de Derecho y seguridad»*, numeral 1.4. «Crimen organizado». <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/eje1/crimen-organizado.html> (acceso 16.04.2013).
- PIÑEYRO, J. L. 1997: «Las Fuerzas Armadas en la transición política de México». *Revista Mexicana de Sociología*, 1997, 59, 1 (ene.-mar.): 163-189.

Plan de Auxilio a la Población Civil en Casos de Desastre, denominado PLAN DN-III-E. <http://www.sedena.gob.mx/index.php/actividades/plan-dn-iii-e/ique-es-el-plan-dn-iii-e> (acceso 16.04.2013).

RAVELO, R. 2012: *El narco en México*. México: Grijalbo.

SERRANO, M. 2010: «El problema del narcotráfico en México: una perspectiva latinoamericana». En G. Vega y B. Torres (coords.): *Los grandes problemas de México XII: relaciones Internacionales*. México: El Colegio de México.

URÍAS GERMÁN, G. 2003: *La democracia en México después de la alternancia: retos y posibilidades*. México: Porrúa.

Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente

Money laundering: The question of precedent relevant criminal fact

Fernando Andrade Fernandes

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais-Universidade de Coimbra-Portugal; Professor Universidade Estadual Paulista «Júlio de Mesquita Filho» UNESP-Brasil

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

Resumo

O artigo tem como objetivo fazer uma análise mais detalhada sobre o problema da autonomia do crime de lavagem de dinheiro. A justificativa para o estudo é a existência de um entendimento que defende a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, apesar dos vínculos que ela tem com o crime precedente, dos quais resultam os ativos ilícitos. A questão da autonomia do crime de lavagem de dinheiro é analisada na perspectiva do Direito Penal e do Processo Penal.

Palavras chave: Lavagem de dinheiro, autonomia, crime precedente, direito penal, processo penal.

Abstract

The article aims to make a more detailed analysis on the problem of the autonomy of money laundering crime. The rationale for the study is the existence of an understanding that defends the autonomy of the money laundering crime, despite the linkages she has with the precedent crime, of which result the illicit assets. The issue of autonomy of money laundering crime is analyzed in the perspective of the Criminal Law and Criminal Procedure.

Key words: Money laundering, autonomy, precedent crime, criminal law, criminal procedure.

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objetivo aprofundar um pouco na análise a respeito do aspecto mais elementar de toda a política criminal e regulação penal relacionada ao problema do crime de lavagem de ativos ilícitos.

Trata-se da questão do vínculo entre a conduta de lavagem de ativos ilícitos e o fato penalmente relevante antecedente de onde provém os ativos.

Por um lado, há o entendimento de que, na verdade, «não há uma total independência entre o delito de lavagem de capitais e o crime antecedente»¹.

Na forma de enunciado, «tratando-se de um delito dependente de outro crime pretérito, não será sustentável a acusação de lavagem se não ficarem comprovadas práticas delitivas anteriores, tais como corrupção, peculato etc.». Ao menos originariamente, «o crime de lavagem, portanto, apenas é juridicamente possível se os valores ocultados ou dissimulados derivarem de crimes outros, já que a intencionalidade legislativa é exatamente perseguir os recursos ilícitos (“followthemoney”) e, ao mesmo tempo, impedi-los de reingressar na economia regular»².

Por outro lado, aponta-se a existência de uma verdadeira «autonomia sustancial» entre o fato penalmente relevante antecedente e o crime de lavagem de ativos ilícitos³, estando consagrado na doutrina e na legislação de vários ordenamentos jurídicos a autonomia, *ao menos, do processo e julgamento* do crime de lavagem de ativos ilícitos.

Esta questão do vínculo entre os fatos penalmente relevantes antecedentes e o crime de lavagem de ativos ilícitos pode ser considerada como sendo o código genético que identifica todo o problema da lavagem de ativos ilícitos, decorrendo da sua compreensão uma série de consequências a respeito da regulação penal da conduta e da sua apuração no processo penal.

1 BRASILEIRO, Renato. 2009: «Lavagem ou ocultação de bens. Lei 9613, 03.03.1998». In Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (coords.): *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, v. 6, 525. Segundo CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz, 2008: *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 121) «o delito de lavagem de dinheiro necessita como pressuposto especial a comissão de um fato delitivo prévio, porque é neste onde vai ter a origem do objeto material sobre o qual vai recair a conduta típica respectiva». Em passagem posterior (p. 122) a mesma fonte enfatiza que o delito prévio é «pressuposto essencial para que a lavagem de dinheiro seja penalmente relevante». NUCCI (NUCCI, Guilherme de Souza. 2008: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 792) atribui caráter *indispensável* à ligação promovida pelo tipo penal entre a conduta de lavagem e a proveniência criminosa dos ativos.

2 MARTINS, Patrick Salgado. 2011: *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Arraes Editores, 73. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente». *Valor Econômico*, 08/08/2012.

3 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. 2010: «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». *La Ley*, 27 dic., 2010, año XXXI, número 7535, 5. Esclareça-se, inicialmente, que se feita a análise em relação a algumas figuras às quais foi associada originariamente, tais como a receptação ou o favorecimento, não se pode por em dúvida que se verifica uma considerável autonomia em relação à lavagem de ativos ilícitos, particularmente nos modelos em que existia um vínculo entre as duas figuras originariamente (p. 6).

Embora revestido desta importância e tendo uma grande relevância em termos práticos, a maioria dos ordenamentos jurídicos limita-se a resolver o problema deste vínculo estabelecendo como verdade absoluta e incontestada a *autonomia* da conduta da lavagem em relação ao ilícito antecedente, criando um dogma que se revela muito conveniente em termos político-criminais, na medida em que retira o principal entrave para uma maior eficácia da regulação. Desta forma, o vínculo entre a lavagem e o seu antecedente é *insistentemente* camuflado por detrás de argumentos fundados em uma autonomia entre ambos.

Cabe aqui a advertência posta por SALVADOR NETTO⁴ de que «sorratamente o acessório virou principal. Atualmente as condenações por lavagem de dinheiro tantas vezes se esquecem até de perquirir aquilo que é o mais importante: qual o delito antecedente? Mundialmente a saída encontrada foi a da facilitação, isto é, como o Estado é incapaz de bem perseguir as infrações que de fato abalroam as estruturas sociais (e principalmente econômicas) contentemo-nos com as punições das exteriorizações. Num palavreado metafórico, seria o reconhecimento do caráter incurável da doença, com o qual a preocupação que resta recai somente sobre os sintomas, reconfortando a alma do paciente moribundo submetido inerte a tratamento inoportuno e desproporcional».

O dogma da autonomia é estabelecido a partir de um *standart* fixado por uma política criminal sobre o crime de lavagem de ativos ilícitos de abrangência internacional, devendo ser melhor analisado este dogma ante à *quase* desvinculação que se pretende entre a lavagem de ativos e seus antecedentes⁵.

Com efeito, parece não merecer censura a conclusão de que a regulação das condutas de lavagem de ativos ilícitos insere-se no contexto daquilo que se pode corretamente designar por uma *política criminal transnacional*, na medida em que não só os aspectos mais gerais como também algumas sutilezas dessa regulação resultam de prescrições emanadas de instâncias supra-nacionais⁶.

4 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «O protagonismo da lavagem de dinheiro». *Valor Económico*, 14/09/2012.

5 A circunstância de que os termos utilizados para descrever esta relação geralmente se restringem a uma *quase* desvinculação não é ao acaso. A título de exemplo: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. «Lavagem de dinheiro», cit., 55.

6 Parece não poder ser questionado também que esta tendência no sentido do estabelecimento de uma política criminal transnacional é o reflexo mais evidente de todo o processo que se convencionou denominar de *globalização*, que, no plano jurídico e de forma extremamente epidérmica, consiste na superação da delimitação espacial das normas em marcos coincidentes com a soberania de um determinado estado. Se, apesar da vasta literatura já existente a respeito da globalização, ainda não se pode afirmar a existência de um consenso sobre a definitiva adoção deste modelo, não se pode contestar que os fatores que propiciam a sua existência estão, em alguma ou em grande medida, postos. Assim é que a queda das fronteiras no plano político, o acentuado intercâmbio no plano econômico, a intensa interação no plano cultural, tudo influenciado e estimulado pelos avanços verificados no campo da técnica, particularmente relacionada à informação, são fatores altamente favoráveis para uma exponencial diluição das tradicionais barreiras de distinta natureza que separam as nações. Portanto, mesmo com a consciência de que

a aceitação dahipótese de uma globalização vincula-se a verificar este processo em vários aspectos –econômicos, por excelência, políticos, sociais e culturais–, no plano especificamente jurídico ele tem que ser analisado na perspectiva das normas. A este respeito, há que se ter muita atenção, pois nem sempre as características de uma globalização são colocadas em evidência, bem ao contrário, o processo ocorre de forma mais sutil. Ou seja, deve ser reconhecida a existência de um antigo projeto, particularmente no que se refere ao Direito Penal, de se ter um regulação transnacional, que pudesse ter vigência e eficácia em mais de um ou em vários ordenamentos jurídicos. Este objetivo foi aguçado justamente no contexto da formação de determinadas comunidades de estados, como ocorreu de forma emblemática com a Comunidade Econômica Europeia, sendo disto exemplo mais atual os esforços voltados para a elaboração de um *Corpus Juris* em matéria penal. Reconhecidas as dificuldades para que esta regulação se faça de forma mais abrangente, destaque-se que ela já foi implementada em alguns campos mais restritos. Todavia, se em termos mais abrangentes o objetivo de se chegar a uma regulação supranacional ainda não foi plenamente concretizado, é inequívoco que por vias indiretas ele se encontra em um estágio muito avançado de implementação, particularmente no âmbito penal, reforça-se. De fato, se a elaboração de uma ordem jurídica transnacional, cujas normas sirvam para a regulação de fatos em distintos ordenamentos jurídicos é ainda uma *página em construção*, inequivocamente já se verifica um projeto instalado de *harmonização* das normas jurídico-penais de distintos ordenamentos jurídicos, particularmente em relação aos comportamentos que mais recentemente foram objeto de regulação ou que as regulações existentes foram objeto de alterações. A documentação mais evidente do que se afirma pode ser identificada nas inúmeras diretivas em matéria penal que algumas comunidades de estado editam em relação aos ordenamentos jurídicos dos países integrantes, como pode ser constatado no contexto da Comunidade Econômica Europeia e da própria Organização das Nações Unidas. No primeiro caso, a proliferação de diretivas em matéria penal no bloco da Comunidade Europeia é um fato evidente, como se pode verificar particularmente em matéria de lavagem de ativos ilícitos. No segundo exemplo, também no contexto da ONU verifica-se uma intensificação na prática de elaboração de convenções em matéria penal, culminando no estabelecimento de uma verdadeira política criminal transnacional. Nesta última hipótese deve ser registrado que a política criminal que se busca implementar por meio das convenções das Nações Unidas em muitos casos reveste-se de uma riqueza tão acentuada de detalhes, que acabam por se traduzir em verdadeiras normas, que são sumariamente incorporadas pelos diversos ordenamentos jurídicos. Impressiva a este respeito é a conclusão posta por Kai AMBOS (AMBOS, Kai. 2007: *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 55), impondo-se a sua transcrição integral: «Verifica-se, e de forma bastante clara, a partir do exemplo da lavagem de dinheiro, a influência que as normas penais internacionais tem exercido sobre o Direito Penal brasileiro interno, assim como ocorre com o Direito Europeu, porém quanto a este constata-se ainda a existência de uma ordem supranacional que assimila as determinações de caráter internacional e repassa, por meio de Diretrizes e Regulamentações, ao Direito Interno dos Estados-Membros da União Européia. Em todo caso, na hipótese da lavagem de dinheiro, sob a perspectiva brasileira, é notória a observância, já na tipificação do crime de lavagem de dinheiro, às normas estabelecidas pela Convenção de Viena, pela Convenção sobre o Combate à corrupção de Funcionários Público (sic) Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e pela Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo – além da observância à Convenção de Palermo quanto ao crime organizado». Aliás, na própria Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicao=205824>, acesso em 10 out 2012, n.º 8, consta o esclarecimento de que o projeto que culminou na sua elaboração representava a «execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988». Ainda conforme a mencionada Exposição de Motivos, também podem ser citados como antecedentes da regulamentação penal da lavagem de ativos ilícitos outros compromissos firmados pelo Brasil. O *Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos*, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, CICAD, aprovado pelo Brasil na XXII Assembléia-Geral da OEA, Organização dos Estados Americanos, realizada no mês de Maio de 1992. O Plano de Ação firmado na «Cúpula das Américas», reunião integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, realizada em dezembro de 1994, estabelecendo que os governos deveriam ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias

Registre-se que no caso específico da lavagem de ativos ilícitos, além das prescrições oriundas de comunidades de estados em nível regional ou global, há também as agências internacionais que se ocupam do tema, também nestas instâncias sendo geradas diretivas gerais sobre o assunto⁷.

2. O FATO PENALMENTE RELEVANTE ANTECEDENTE E OS MODELOS DE REGULAÇÃO DAS CONDUTAS DE LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS

Desde logo, é a própria variedade de expressões utilizadas para designar ofato penalmente relevante antecedente a revelar a necessidade de uma maior atenção a respeito do assunto, sem prejuízo do problema de fundo relacionado com a sua autonomia em relação ao crime de lavagem de ativos ilícitos.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o tratamento *doutrinário* do antecedente à lavagem adquire aspecto multiforme no que se refere à terminologia, falando-se em: *atividades ilícitas*, *ilícitos penais*, *crimes*, dentre outros. No marco *legal*, a expressão utilizada na vigência da Lei 9.613/98⁸ era *crime*, alterando-se para *infração penal* na vigência da Lei 12.683/12⁹.

No Ordenamento Jurídico espanhol, a partir da reforma introduzida no Código Penal pela LO 5/2010, houve a substituição da palavra «delito» pela expressão «atividade delitiva» para expressar o fato penalmente relevante de onde provém os ativos ilícitos objetos da lavagem. Segundo se informa, o objetivo perseguido pela substituição consistiu em incorporar na Lei positiva o pacífico critério jurisprudencial segundo o qual

Psicotrópicas de 1998 e sancionar como ilícito penal a *lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves*. A Declaração de Princípios firmada pelo Brasil, em 02 de Dezembro de 1995, na *Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do crime*. No n.º 30 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., o Legislador menciona expressamente que esta regulamentação penal buscava *implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como estratégia de uma Política Criminal transnacional*. Além desta manifestação expressa, em diversos momentos da mencionada Exposição de Motivos o Legislador fez referência à legislação adotada em outros países sobre a matéria. Em relação ao Ordenamento Jurídico espanhol, menciona-se a adesão a «compromisos internacionales», conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 1 e 2.

7 Dentre outras agências, merece destaque o GAFI/FATF (*Grupo de Ação Financeira sobre lavagem de dinheiro*), criado em 1989 por iniciativa dos sete países mais ricos do mundo no contexto da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), cuja finalidade consiste em elaborar e promover políticas em relação à lavagem de ativos ilícitos.

8 Na Exposição de Motivos desta Lei o Legislador referiu-se indistintamente a *crimes de especial gravidade* (Introdução e n. 22), *ilícitos de especial gravidade* (n. 21), *atividade ilícita* (n. 34), dentre outras expressões.

9 Na Justificação que antecedeu à edição desta última Lei, o Legislador fala em *infrações antecedentes*.

não é necessário que exista uma decisão judicial condenatória a respeito do delito prévio, bastando que ele esteja provado em termos fáticos¹⁰.

Em virtude desta variação terminológica é recomendável adotar uma expressão que melhor expressa este antecedente: fato penalmente relevante antecedente.

Considerando-se os próprios modelos de regulação, há que se recordar que a relevância penal da lavagem de ativos sempre esteve atrelada a um fato penalmente relevante antecedente.

Ainda que não seja o caso de um tratamento aprofundado nesta sede, há consenso no sentido de que o modelo de regulação do crime de lavagem de ativos ilícitos experimentou um processo evolutivo, podendo ser distinguido em algumas fases ou gerações, desde já enaltecendo a circunstância de que o estabelecimento destas fases se dá em função da sua maior ou menor *autonomia*.

Deste modo, como amplamente informado, a regulação da lavagem de ativos ilícitos experimentou uma evolução em três gerações: i) a primeira em que a relevância penal decorria do vínculo com o tráfico ilícito de entorpecentes; ii) a segunda em que esta relevância decorria do vínculo com outros fatos penalmente relevantes antecedentes, porém circunscritos em um rol previamente definido; iii) a terceira em que a relevância penal ainda decorre de um fato penalmente relevante anterior, porém já não mais específico ou constante em um rol taxativo, e sim de qualquer *espécie*, sendo enfatizada a autonomia da lavagem em relação a este antecedente.

Ora bem, é justamente esta relação com ofato penalmente relevante antecedente que ainda necessita ser melhor desvelada, apesar do firme e predominantemente entendimento que afirma a sua autonomia em relação à lavagem de ativos, por certo com fundamento nas já mencionadas diretivas transnacionais sobre o assunto e na específica lesividade material, porém sem uma adequada precisão acerca desta autonomia.

A primeira questão que se coloca refere-se ao esclarecimento quanto ao ambiente que se leva em conta quando se afirma esta autonomia, devendo ser analisada a sua pertinência ao direito material, ao direito processual ou ambos.

3. A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL MATERIAL

3.1. *Natureza do fato antecedente: penal, administrativa ou civil*

Um ponto relevante consiste em se definir de que natureza deve ser a ilicitude do antecedente para a caracterização da lavagem: penal, administrativa ou civil.

10 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

Ou seja, mesmo sendo a ilicitude uma para todo o Direito, desde que se admita que há uma diferenciação de graus em relação a cada setor que o compõe¹¹, esta diferenciação se reflete na relevância do fato para figurar como antecedente da lavagem de ativos.

Prevalece o entendimento de que para a relevância da lavagem é pressuposto que o fato antecedente caracterize um ilícito de natureza penal, não sendo suficiente que constitua um ilícito administrativo e menos ainda que seja um ilícito de natureza civil¹².

Exemplificativamente, tomando por referência as condutas relacionadas à administração pública, que frequentemente são identificadas como antecedentes da lavagem de ativos ilícitos¹³, verifica-se que a prática de *improbidade administrativa*, sendo um ilícito administrativo, por si só não é suficiente para a caracterização da lavagem¹⁴, para tanto sendo necessário que seja transposta a barreira que dá acesso à ilicitude propriamente penal¹⁵.

Considerando-se o relevo que na atualidade se atribui aos crimes relacionados à administração pública, particularmente nas distintas modalidades de corrupção, este dado é muito importante. Com efeito, por um lado, no plano das garantias, isto gera uma válvula de contenção da intervenção penal, condicionando a que somente nas hipóteses em que a conduta atinja o patamar da ilicitude penal poderá servir de antecedente da lavagem. Por outro lado, no plano da funcionalidade político-criminal isto pode conduzir a alguma perplexidade, pois se a intervenção ao nível administrativo se explica pela necessidade de se antecipar a prevenção, a consideração da prática de improbidade administrativa como antecedente da lavagem poderia culminar em uma maior eficácia preventiva.

Fixado, pois, que o ilícito antecedente deve se tratar de fato com relevância penal, não bastando aqueles com relevância no âmbito administrativo ou civil, importa agora analisar a espécie de fato penalmente relevante que pode ser considerado antecedente da lavagem.

11 TOLEDO, Francisco de Assis. 1991: *Princípios básicos de direito penal*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 165-166.

12 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 126.

13 Defendendo esta ideia: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 57 e ss.

14 BRASILEIRO, Renato. *Lavagem ou ocultação de bens*, cit., 549.

15 Aliás, ao tratar do rol de delitos antecedentes à lavagem, a Exposição de Motivos (Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit. n.º 32) menciona expressamente a improbidade administrativa como *minus* que justifica a reprovação também da dissimulação do proveito auferido com os demais crimes contra a administração pública, porém sem incluí-la como ilícito antecedente no contexto daquela regulação.

3.2. *Espécie do ilícito antecedente: crime ou delito, contravenção ou falta*

Na maioria dos ordenamentos jurídicos prevalece ainda uma distinção dos fatos com relevância penal segundo a maior ou menor gravidade de que se revestem.

Neste sentido, os fatos com relevância penal são distinguidos observando-se uma escala gradativa que parte das hipóteses menos graves, designadas por contravenção ou falta, chegando-se a hipóteses de maior gravidade, representadas pelo crime, no interior deste último sendo, por vezes, admitida uma outra divisão, distinguindo-se os delitos, hipóteses menos graves, e os crimes, que possuem o mais elevado grau de gravidade¹⁶.

Embora portadores da característica comum da relevância penal, a distinção entre estas espécies de fato se faz conforme a maior ou menor gravidade do injusto, com a consequente variação no que se refere à reprovação do fato. Esta variação quanto à gravidade do injusto e a gravidade do juízo de reprovação se refletem na maior ou menor necessidade de pena, conduzindo a que, formalmente, estas espécies sejam reconhecidas por referência à pena abstratamente cominada, considerando-se o seu tipo e a sua quantidade. Assim, para as contravenções ou faltas estão previstas consequências jurídicas menos graves do que aquelas previstas para os delitos ou crimes¹⁷.

Numa linguagem mais adequada, aqui mencionada nem tanto pelo seu caráter mais atual, mas sim pela maior clareza da distinção das espécies de fato com relevância penal que ela possibilita, pode ser dito que o critério de aferição consiste na danosidade social que do fato decorre, conforme o menor ou maior merecimento de pena, que, por sua vez reflete-se na menor ou maior necessidade de pena.

Ao que de perto nos interessa nesta sede, é necessário verificar, pois, se toda e qualquer espécie de fato penalmente relevante pode caracterizar o antecedente da lavagem de ativos ilícitos.

A observação de alguns ordenamentos jurídicos de mesmo entorno permite a constatação de que, originariamente, se verificava uma opção no sentido de se reconhecer como antecedente da lavagem de ativos ilícitos apenas os crimes e não as espécies menos graves, representadas pelas contravenções ou faltas. Esta hipótese

16 FRAGOSO, Heleno Cláudio. 1985: *Lições de direito penal. A Nova Parte Geral*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 143-144. Registrando que no Ordenamento Jurídico brasileiro não há uma distinção entre *crime* e *delito*, diversamente de outros ordenamentos, afirma a citada fonte que «não há diferença substancial entre crime e contravenção. Esta constitui apenas a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena cominada ao fato».

17 No Ordenamento Jurídico brasileiro, conforme estabelecido no art. 1.º da *Lei de Introdução ao Código Penal*, «considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; *contravenção*, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente».

pode ser constatada principalmente naqueles modelos de regulação que correspondem à primeira geração do crime de lavagem de ativos ilícitos, vinculando-a ao tráfico de substâncias entorpecentes, ou à segunda geração, na qual os fatos penalmente relevantes antecedentes estavam descritos em uma relação fechada, não estando inseridas as contravenções.

Neste mesmo sentido, para além da variação da gravidade conforme a espécie de fatos com relevância penal, em alguns ordenamentos jurídicos o reconhecimento do crime de lavagem de ativos ilícitos fica a depender da medida da pena abstratamente prevista para o ilícito antecedente¹⁸. Neste sentido, principalmente em ordenamentos jurídicos que adotam o modelo do rol taxativo de antecedentes, somente crimes que se enquadram em uma determinada moldura penal abstrata podem ser considerados como precedentes da lavagem de ativos ilícitos.

A consideração do antecedente da lavagem como sendo apenas os crimes e não as contravenções ou faltas, ou a sua dependência a uma determinada medida de pena abstratamente prevista permite o reconhecimento de que o objetivo é restringir as possibilidades da lavagem apenas aos fatos de maior gravidade.

Em uma perspectiva meramente formal, esta opção pode ser compreendida pela preocupação em não se reconhecer a lavagem – que geralmente é punida de forma mais grave – frente a ilícitos anteriores punidos de forma mais branda, pois, de modo contrário, poderia ter lugar uma grave violação do princípio da proporcionalidade. A explicação se justifica em razão da observação de que «em vários momentos, a punição da lavagem em muito supera aquela prevista para os crimes que lhe são razão de existir», cabendo plenamente a advertência de que «algo sempre deve estar errado quando as atenções se voltam mais ao coadjuvante do que ao protagonista»¹⁹.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, na Exposição de Motivos da Lei 9.613/98²⁰ o Legislador deixa claro duas características que permitem associar crime de lavagem a ilícitos de maior gravidade. Primeiramente, a circunstância de que os ativos ilícitos deveriam ter origem em *determinados crimes de especial gravidade*, o que justificava

18 Na redação original do Código Penal espanhol de 1995 a lavagem estava prevista para os casos de ativos derivados de «delitos graves», ou seja, as infrações castigadas com pena de prisão superior a três anos, conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

19 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «O protagonismo da lavagem de dinheiro», cit.

20 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit. Com efeito, esclarecendo o âmbito de cobertura da política criminal exteriorizada por meio da Lei, no n.º 22 da mencionada Exposição de Motivos consta que «o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais». Portanto, ao lado do caráter transnacional, é a *gravidade* do crime antecedente que marca a delimitação do alcance da lavagem. Como justificativa para esta delimitação, no n.º 24 da Exposição de Motivos consta que sem este critério de interpretação o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.

a preferência pelo modelo da relação fechada de crimes antecedentes, sendo que esta preferência se confirmava pela circunstância do rol de crimes que foi incluído na Lei 9.613/98. Em segundo lugar, o Legislador expressamente assumiu que a finalidade de político criminal que se pretendia alcançar com a regulamentação era o *combate sistemático de algumas modalidades mais frequentes da criminalidade organizada em nível transnacional*²¹.

Sem embargo, na Justificação da Lei 12.683/12²², que alterou aspectos relevantes da regulação penal da lavagem de ativos ilícitos contida na Lei 9.613/98, principalmente no que se refere à eliminação do rol taxativo de antecedentes, foi objeto de questionamento a não inclusão de algumas infrações penais que se caracterizam como delitos de menor gravidade, *Contravenções Penais*, mas que no Brasil são consideradas como uma importante fonte de ativos ilícitos. Trata-se de infrações penais relacionadas a determinadas modalidades de jogos de azar. Com efeito, a respeito de uma das mais comuns *contravenções penais* no Brasil, na mencionada Justificação o Legislador expressamente argumentou que

o jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é amplamente usado para a lavagem de dinheiro e não é previsto na lei como infração antecedente. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Outro exemplo são as máquinas de caça-níqueis, que se proliferam pelo país. E típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é [sic] não é crime, mas mera contravenção penal.

Assim sendo, no modelo introduzido pela Lei 12.683/2012 «é inegável que a existência da lavagem depende da existência de um crime ou uma contravenção penal antecedente»²³. Ou seja, com o advento da Lei 12.683/12 no Ordenamento Jurídico brasileiro, todos os crimes e contravenções são antecedentes da lavagem de ativos ilícitos, «desde os mais graves – como o contrabando de armas ou o tráfico de drogas – até os mais leves – como o furto»²⁴.

Assim sendo, é necessário *atualizar* o critério de «gravidade» da infração penal antecedente a que originariamente estava vinculada a relevância da lavagem.

21 Escrevendo na vigência da Lei 9613/98 e adotando um ponto de vista formal, observa CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 128) que ao prever os delitos antecedentes que podem gerar bens que serão objeto material do delito de lavagem, a mencionada Lei estabeleceu que «não é necessário qualificar se esses delitos são ou não graves», bastando, para tanto, a consideração da gravidade abstrata feita pelo Legislador.

22 Brasil, *Diário do Senado Federal*, 13338-13342 mai/2003, de 29/05/2003-13339/13342.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183.

24 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 52.

Digno de destaque a este respeito é que na *Justificação*, e na Lei 12.683/12 a que ela se refere, o critério utilizado para se aferir a gravidade é o do *montante* do ativo introduzido no Sistema Financeiro e não a gravidade do antecedente. Ou seja, verifica-se aqui uma curiosa e perigosa inversão, no sentido de que se abandona o critério da gravidade do antecedente e se adota o critério da gravidade para o consequente, a lavagem de ativos ilícitos, considerando-se o montante de ativos introduzidos e o seu potencial para desestabilizar a Ordem econômica e o Sistema Financeiro. Não é difícil perceber que esta alteração é reflexo da opção por se dar maior importância aos efeitos da lavagem, enfatizando-se a fase da reincorporação do ativo na economia regular, e deste modo permitindo a conclusão de que a tônica adotada foi em relação ao bem jurídico Ordem Econômica, na linha do entendimento de ser a proteção de bens jurídicos a função do Direito Penal²⁵.

Nesta perspectiva, «a distinção materialmente relevante será entre valores significativos ou não significativos para afetação do equilíbrio econômico»²⁶.

Assim, mesmo nos modelos em que não se faz referência a uma relação de fatos penalmente relevantes como antecedentes não deve ser dispensado o critério da sua gravidade para determinar a lavagem de ativos ilícitos, seja que esta gravidade se refira ao antecedente em si mesmo, seja que se refira aos efeitos decorrente da própria lavagem.

Deste modo, mesmo que a abertura da relação de fatos penalmente relevantes antecedentes possibilite que sejam para tanto suficientes infrações penais que na sua *essência* revelem uma menor gravidade, como ocorre com as contravenções ou faltas, em termos concretos a medida do injusto que representam deverá ser grave. Ou seja, se mesmo a ilicitude correspondente a um antecedente de menor gravidade pode dar o conteúdo da lavagem, como aquela que se verifica em relação às contravenções ou faltas, a medida da gravidade da conduta típica deverá ser significativa para o aperfeiçoamento do injusto necessário.

Somente quando a legalização de ativos ostentar certos caracteres qualitativos e quantitativos se poderá falar com propriedade de um ilícito autônomo, dotado de um conteúdo material próprio²⁷.

Esta forma de ver as coisas torna desnecessário, inclusive, o recurso ao critério interpretativo pertinente ao *princípio da insignificância* para se analisar a questão da lavagem. Assim, a título de exemplo, se a *ilicitude* inerente a uma contravenção penal

25 O que sugere alguma das muitas complexidades decorrentes da continuidade da profissão de fé em torno a este dogma, apesar das suas importantíssimas funções de restrição da legitimação da intervenção penal e de critério de interpretação. Este quadro evidencia também que a questão da identificação do bem jurídico a que se refere as normas que regulam o processo de lavagem de ativos ilícitos não se trata de um mero jogo malabar de palavras, desde que seja seguida esta linha.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 55.

27 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 6.

ou falta, ou mesmo um furto, podem oferecer o conteúdo de ilicitude *necesário*, só por meio da análise da gravidade da *tipicidade* concreta se poderá medir a intensidade do *injustopressuposto* para a caracterização da lavagem.

Registrada a variação quanto a gravidade do antecedente da lavagem e informada a tendência no sentido de se ampliar o espectro para abranger também crimes menos graves na sua essência, o outro ponto consiste em identificar o ponto de inflexão deste ilícito antecedente que se revela necessário e suficiente para fundamentar a ilicitude da lavagem.

3.3. O objeto das normas: identidade ou autonomia

Considerando que o tipo descreve os fatos que contrariam a norma de conduta, cabe um melhor esclarecimento a respeito da relação que se estabelece entre o objeto do fato penalmente antecedente e o objeto da lavagem de ativos ilícitos.

De fato, quando se enaltece o caráter autônomo do crime de lavagem, o objetivo perseguido consiste em destacar o objeto das normas que cuidam da sua regulação daquele objeto das normas que regulam os fatos antecedentes dotados de relevância penal.

Nisto consiste a progressiva autonomia que passou a ser reconhecida em relação ao crime de lavagem, como forma de se destacar o objeto das normas que a regulam: evoluindo de um momento inicial em que se defendia a identidade deste objeto com aquele das normas que regulam os fatos antecedentes para se chegar em um entendimento predominante no sentido de que se trata de objetos distintos²⁸.

Neste sentido, defende-se o entendimento de que a lavagem de ativos implica uma «antijuridicidade material específica» que a singulariza: uma lesividade da ordem sócio-econômica, que a torna autônoma em relação ao antecedente²⁹, o que pode ser aplicado mesmo que se considere que este objeto consiste na administração da justiça.

Sem embargo, esta autonomia em relação ao objeto das normas não pode ser utilizada para desvincular totalmente a lavagem de ativos ilícitos dos fatos penalmente relevantes que a antecedem³⁰. Mesmo em uma concepção alinhada a uma

28 Servindo como suporte da ideia que consta no texto: BARROS, Marco Antonio de. 2007: *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 54-55. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 1 e 2, acrescentando que no âmbito exclusivamente penal e considerando os princípios limitadores e da economia legislativa, não se justificaria a expressa previsão de pena para a conduta de lavagem se dela não decorresse uma lesividade específica.

29 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 3.

30 Os delitos prévios «constituem o pressuposto indispensável que serve de nexa com o objeto sobre o qual vão recair as condutas constitutivas da lavagem de dinheiro e, não existindo este nexa, não haverá

sua progressiva autonomia, há o reconhecimento de que a lavagem «constitui uma atividade de segundo grau, na medida em que só existe se houver bens que tenham sua origem em um delito anterior»³¹.

Portanto, sendo correto reconhecer a autonomia do objeto da norma que regula o crime de lavagem (*Ordem Econômica, Administração da Justiça*, dentre outros) frente ao objeto das normas que regulam os fatos penalmente relevantes antecedentes, ainda assimpersiste uma relação entre ambos.

3.4. Estágio do fato penalmente relevante antecedente: injusto, culpabilidade ou ambos

Do que se trata aqui é de saber qual o nível de aperfeiçoamento da composição do conceito de crime ou contravenção é necessário para se projetar a relevância da ilicitude da lavagem de ativos.

Inicialmente, tendo por referência a questão da necessidade ou não do aperfeiçoamento dos dados objetivos do fato antecedente com relevância penal, é possível alinhar-se ao entendimento de que mesmo que ele esteja limitado ao «grau de tentativa também deve ser considerado como delito prévio em relação à lavagem de dinheiro», pois a sua realização «é suscetível de gerar bens idôneos para serem objeto material do delito de lavagem»³².

Esta relevância em relação à lavagem se explica pelo fato de que a tentativa é, em si mesma, típica, como pode se depreender do art. 14, I, do Código Penal no Ordenamento Jurídico brasileiro, possuindo uma ilicitude própria, concernente à violação da norma que veda a criação de perigo.

Por outro lado, considerando-se que prepondera o entendimento no sentido de ser o crime um injusto-culpável merecedor e necessitado de pena, onde o injusto caracteriza-se por ser uma ilicitude tipificada, ao qual se agrega o juízo inerente à culpabilidade, impõe-se estabelecer em que ponto desta estrutura se tem o marco para a relevância da posterior lavagem de ativos ilícitos.

A hipótese a ser investigada refere-se à necessidade ou não da plena configuração do injusto-culpável, merecedor e necessitado de pena, como antecedente para que se tenha a relevância da lavagem.

objeto material idôneo para a comissão do delito de lavagem de dinheiro», conf.: CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 123.

31 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 3.

32 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 127-128.

a) Em relação ao tipo penal

Ainda que esta não seja a ordem lógica das coisas, uma vez que é o ilícito que preenche de conteúdo o tipo penal, mas em atenção a um critério de operacionalidade, deve ser analisada a tipicidade da lavagem de ativos ilícitos em relação ao crime antecedente.

Anote-se que o tipo penal experimentou algumas variações, que culminaram nos últimos tempos principalmente numa excessiva utilização: dos tipos penais abertos, os quais não individualizam totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça por meio do recurso a regras gerais que estão fora do tipo penal³³; das normas penais em branco, cujo aperfeiçoamento liga-se a um complemento que está fora do tipo penal³⁴; e dos elementos normativos do tipo, os quais, mesmo que integrando a descrição típica, para a sua compreensão é pressuposta a realização de um juízo de valor valendo-se de critérios de natureza não necessariamente penal.

Dentre estas variações, talvez se possa falar também de uma tipicidade vinculada ou, dependente, cujo aperfeiçoamento fica subordinado a um injusto anterior. Registre-se que, diferentemente das anteriores variações, nas quais o complemento serve para aperfeiçoar a *descrição* típica, neste último caso o injusto anterior é pressuposto da própria *tipicidade material*.

Assim sendo, considerando-se os modelos de primeira e segunda geração, prevalece o entendimento de que a relação fechada dos fatos penalmente relevantes antecedentes constitui-se em um «complemento necessário para que exista adequação típica»³⁵, uma vez que integram o próprio tipo que descreve a lavagem de ativos ilícitos.

Seguindo esta linha, no Ordenamento Jurídico brasileiro, na vigência da Lei 9.613/98, havia o firme entendimento de que «a tipificação do crime de lavagem de capitais está atrelada à prática dos delitos antecedentes», os quais, designados por crime, eram considerados uma elementar do tipo de lavagem, de modo que «a ausência de um dos crimes antecedentes acaba por afastar a própria tipicidade do delito de lavagem de capitais»³⁶.

33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. 1999: *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 447.

34 A referência aqui é às normas penais em branco, que são aquelas «em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação». Ou seja, o dispositivo legal é formulado de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser preenchido/determinado por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal, conf.: PRADO, Luiz Regis. 1999: *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 93.

35 CERVINI, Raul e OLIVEIRA, William Terra, 319, apud MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional...*, cit., 73.

36 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 525.

Aplica-se o mesmo raciocínio mesmo em se tratando de modelos que adotam a terceira geração dos delitos de lavagem, nos quais não se exige que o fato penalmente antecedente conste de uma relação fechada. Desta forma, a abertura da relação não deve ter aptidão para alterar este condicionamento da tipicidade.

Parte-se a este respeito de um argumento de natureza puramente formal, obtido por referência à terminologia utilizada para descrever o fato de onde provém os ativos objeto da lavagem. Assim é que, falar-se em «infração penal» antecedente, elemento integrante da descrição típica do crime de lavagem no Ordenamento Jurídico brasileiro³⁷, denota que só ocorrerá a tipicidade desta se os ativos tiverem origem em um fato anterior que infringe uma norma de natureza penal.

Por outro lado, em termos materiais, somente se os ativos (bens, direitos ou valores) forem *provenientes* deste fato anterior que infringe uma norma de natureza penal se poderá cogitar da tipicidade da lavagem.

Resumidamente, somente se poderá falar na lesividade da lavagem, e, pois, de tipicidade material, se, *em razão de ser* o ativo *proveniente de infração penal*, disto decorrer um dano à Administração da Justiça, à Ordem Econômica, dentre outros possíveis objetos da norma.

São estes dois condicionantes da tipicidade –que o antecedente seja uma *infração penal* e que os ativos sejam dele *provenientes* (não necessariamente nesta ordem)–, que devem ser transpostos para o plano do processo penal (*infra*).

b) Em relação à ilicitude penal

No que se refere à ilicitude, dificilmente se poderá negar que a ilicitude do crime de lavagem de ativos é reflexo da ilicitude do fato penalmente relevante antecedente, de modo que é este que preenche de conteúdo a relevância da lavagem. Trata-se do que talvez se possa melhor definir como uma ilicitude *comunicada*, ou de *contato*, que somente se verifica se estiver presente a ilicitude do anterior.

Como contraprova, e em sentido contrário, demonstrada a falta de ilicitude penal do antecedente, «inexistente será o componente essencial a justificar a condenação por lavagem de dinheiro. Aliás, essa é uma das complexidades desse tipo de acusação, eis que o julgador deve se ater não apenas aos atos rotulados como lavagem, mas também perquirir a respeito de uma origem espúria dos recursos a justificar a ilicitude do comportamento posterior»³⁸.

37 Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683/12: «Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal».

38 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «O protagonismo da lavagem de dinheiro», cit. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 126-127.

Isto é assim qualquer que seja a posição que se adote a respeito do objeto das normas que regulam a conduta de lavagem de ativos ilícitos³⁹: *Administração da Justiça, Ordem Econômica, pluriobjetividade*, dentre outras.

Por um lado, a ilicitude do antecedente se reflete na ilicitude do crimes de lavagem caso se admita que o objeto das normas é a *Administração da Justiça*, pois somente será ilícita a lavagem de ativos se houver obstáculo à administração da justiça em relação à suposta prática de um ilícito anterior. Aliás, é nesta hipótese que o vínculo mais se robustece.

Nesta linha, em termos de política criminal, a ideia que preside as diretivas internacionais sobre o tema e que está presente na regulação de vários ordenamentos jurídicos «é usar o direito penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar o *crime antecedente* da lavagem de dinheiro e rastrear seu produto. A ineficiência dos meios tradicionais de investigação provocou a criminalização de sua obstrução pelo escamoteamento de bens»⁴⁰.

Por outro lado, se, como se afirma, a relevância da lavagem diz respeito às consequências que da sua prática decorrem para a *Ordem Global da Economia*, a autonomia que se pode reconhecer refere-se a este resultado específico frente ao dano resultante do ilícito antecedente. Por este entendimento, é justamente os efeitos decorrentes do processo de lavagem de um ativo *ilícito* na economia lícita que caracterizam a sua específica lesividade⁴¹.

Porém isto não se reveste da condição para romper o nexo de ilicitude a ser estabelecido entre o crime de lavagem e o crime antecedente, pois de toda forma o dano à ordem econômica só se perfaz em razão da origem ilícita (*natureza e proveniência*) dos ativos nela incorporados.

Ou seja, «o impacto da reciclagem de bens na ordem econômica decorre justamente da origem criminosa dos mesmos, que desequilibra as forças do mercado», evidenciando a relação que *resta* entre o antecedente e o conseqüente mesmo nesta

39 É conhecida a polêmica que se instalou a respeito do objeto das normas que regulam a lavagem de ativos ilícitos (tradicionalmente explicitada em relação ao bem jurídico protegido). Sobre esta questão, ao lado de algumas posições unitárias mais destacadas, que sustentam ser este objeto exclusivamente a *Administração da Justiça*, para alguns, e a *Ordem Econômica*, para outros, há também o entendimento no sentido de que as mencionadas normas possuem uma pluriobjetividade, incluídos os dois objetos que foram referidos, sendo a lavagem pluriofensiva.

40 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 61. Analisando a questão sob a ótica da consideração do tráfico de entorpecentes como antecedente, no mesmo sentido assevera BRASILEIRO (BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 516-517) que «de certa forma, portanto, evidenciada a ineficácia do Direito Penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita (...) criando para o Estado a oportunidade de identificar a origem criminosa desses valores, adotando medidas de modo a impedir seu aproveitamento pelo crime organizado ou mesmo inserção na economia legal, com disfarce de licitude».

41 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

concepção. Ainda que nesta concepção «o centro gravitacional do injusto reside na utilização deste capital sujo na economia formal», persiste uma conexão entre a lavagem de ativos ilícitos e o crime anterior, «pois sem a sua existência os bens seriam limpos e seu uso não representaria problema algum para o funcionamento da ordem econômica»⁴².

Voltando às origens, acresça-se que a preocupação com a lavagem surgiu justamente em decorrência do volume de ativos movimentados pelo tráfico de drogas e, posteriormente, de forma simplificada, também pela movimentação de ativos gerada pelo crime organizado em geral.

Assim, mesmo que se admita que o objeto das normas é a Ordem Econômica, não se pode ignorar que na base há sempre um fato anterior de onde provém os ilícitos. Desta forma, mesmo que se admita uma autonomia no que se refere à relevância penal dos *efeitos* decorrentes –dano à Ordem Econômica– não há como negar que a lavagem é efeito da ilicitude da infração penal antecedente, da qual podem resultar, inclusive, outros efeitos que caracterizam uma danosidade social relevante: políticos⁴³, culturais, dentre outros.

Quanto às consequências que projeta, pode-se até convencionar serem autônomos os efeitos da lavagem, porém não reconhecer que ela, por sua vez, só tem razão de ser em razão da infração penal antecedente é criar um artificialismo de duvidosa legitimação. *Não se trata da lavagem de qualquer ativo, mas sim de ativos provenientes em um fato anterior ilícito, tornando-os igualmente ilícitos.*

Por último, mesmo numa concepção pluriofensiva da lavagem, quando focado o seu vínculo, *ao menos*, com a Administração da Justiça e com a Ordem Econômica, não se pode deixar de reconhecer a necessidade do ilícito antecedente, pelas razões já analisadas em relação a cada uma destas hipóteses⁴⁴.

42 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 55. Em reforço a esta ideia, recorde-se que na vigência da Lei 9.613/98, «nenhum dos tipos penais exige, para a consumação, que o dinheiro venha a ser integrado com aparência lícita ao sistema econômico formal», conf.: BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 520, que informa decisão do Supremo Tribunal Federal, dispensando o «êxito definitivo da ocultação» (STF, RHC 80.816/SP, 1.^a Turma, j. 18.06.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.2001). No mesmo sentido o entendimento de BARROS (BARROS, Marco Antonio de. «Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas», cit., 61), informando que «não é indispensável que a pretendida mutação de lucro ilícito para ativo lícito se confirme».

43 Não é segredo os danos que o tráfico de entorpecentes e a corrupção podem produzir na estrutura política de uma determinada sociedade, por exemplo, ainda que pela via do fator econômico.

44 No Ordenamento Jurídico brasileiro, na vigência da Lei que previa o rol taxativo de crimes antecedentes, BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 60) afirmava que somente o lucro «sujo» ou o patrimônio cuja raiz seja proveniente de algum crime antecedente poderia ser considerado objeto material da lavagem. Considerando que esta fonte defende o caráter pluriofensivo das condutas de lavagem (p. 54), incluindo-se o dano à ordem socioeconômica, é possível concluir que mesmo sendo este o objeto de proteção, a relevância penal da lavagem fica a depender da natureza «suja» do ativo antecedente.

Aliás, a concepção de um *nexo de ilicitude* se revela totalmente pertinente principalmente nos modelos de regulação que não explicitam o fato penalmente relevante em uma relação taxativa prévia, hipótese na qual este integra o próprio tipo penal, sendo suficiente que ele constitua um injusto, que comunica a natureza ilícita ao crime lavagem de ativos.

Em virtude da referência às consequências decorrentes, em resumo, deve ser enfatizado que «é necessário que fique provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do crime antecedente, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência do crime antecedente e, por isso, não haverá a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele»⁴⁵.

Em termos conclusivos em relação aos dois escalões do conceito de delito até agora vistos –tipicidade e ilicitude– verifica-se uma conexão entre a lavagem de ativos ilícitos e um injusto anterior.

c) Em relação à culpabilidade

Na maioria dos ordenamentos jurídicos não se exige que se tenha o completo aperfeiçoamento do injusto-culpável para a conseqüente relevância do antecedente para o fim da lavagem de ativos.

Em termos aproximados ao que se passa no concurso de pessoas, adota-se a ideia de uma acessoriedade limitada⁴⁶, de modo que para fundamentar a ilicitude da

45 BRASILEIRO (BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526).

46 «Denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico. Logo, se a culpabilidade não é requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito, deduz-se que o são a tipicidade e a antijuridicidade». Especificamente em relação ao tema desta investigação, menciona-se a existência de uma «acessoriedade objetiva», sendo «correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada». Segue-se que para os delitos de lavagem de capitais adotou o legislador brasileiro «o princípio da acessoriedade limitada, ou seja, há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a prática da lavagem se o fato antecedente não puder ser considerado crime», «posto que ligada apenas ao injusto penal (tipicidade e antijuridicidade)», conf.: BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 525-526. Tratando da regulação penal que no Ordenamento Jurídico brasileiro previa a relação fechada de crimes antecedentes, BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 52) se manifesta no sentido de que «foi acolhido o princípio da acessoriedade limitada, restando certo que o crime de “lavagem” deriva, necessariamente, de outro delito». Segundo SALVADOR NETTO (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente», cit.), «A acessoriedade da lavagem de dinheiro em face do crime antecedente pode ser comparada, em termos bastante genéricos, com o conhecido delito de receptação, o qual apenas ocorre quando a coisa adquirida ou recebida é igualmente objeto de um crime, no mais das vezes patrimonial, anterior».

lavagem posterior basta o caráter injusto do antecedente, ou seja, a ilicitude tipificada, dispensando-se o juízo inerente à culpabilidade⁴⁷.

Por um lado, «o princípio da acessoriedade, portanto, sofre expressiva limitação na lavagem de dinheiro, pois não é necessária a prova da culpabilidade dos crimes antecedentes, bastando que o Ministério Público apresente prova indiciária de sua existência». Por outro lado, «mesmo que não seja culpável a conduta anterior, ela deve ser, no mínimo, típica e antijurídica, o que impede o processo por lavagem de dinheiro proveniente de alguma conduta antecedente com tipicidade ou antijuridicidade excluídas»⁴⁸.

Tradicionalmente, o *juízo de reprovação* inerente à culpabilidade é de natureza pessoal, não impedindo que o *injusto* irradie efeitos para além do próprio agente. Assim, nos casos em que o fato constitua um injusto, mesmo estando ausente a culpabilidade, é possível que ele sirva de antecedente para a lavagem de ativos ilícitos. Exemplificativamente, a prática de um injusto atribuída a um agente inimputável pode servir como antecedente para a caracterização da lavagem de ativos ilícitos.

De modo conclusivo, «haverá o delito de lavagem sempre que estivermos diante de uma causa que afaste a culpabilidade, também denominadas pela doutrina de dirimentes ou causas de isenção de pena». Sem embargo, ante à relação de dependência que fica o reconhecimento da lavagem de uma conduta antecedente que seja típica e ilícita, «afasta-se a possibilidade de condenação pelo delito de lavagem se acaso o autor do crime antecedente seja absolvido» por estar provada a inexistência do fato; não constituir o fato infração penal; existir circunstância que exclua o crime, hipóteses previstas no art. 386, I, III e VI, 1.^a parte, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008⁴⁹.

47 Aventando a hipótese de um modelo em que para a configuração da lavagem fosse necessário «um delito completo, ou seja, que exista uma ação típica, antijurídica e culpável», CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 124 e ss.) informa que no Ordenamento Jurídico brasileiro «o legislador previu expressamente o princípio da acessoriedade limitada para o delito de lavagem de dinheiro», de modo que «a culpabilidade, então, não é requisito necessário para a consideração do fato prévio como crime porque fica claro que os requisitos exigíveis são a tipicidade e a antijuridicidade». Em reforço, «mesmo diante da acessoriedade material entre o crime de lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente», trata-se de uma acessoriedade limitada, «posto que ligada apenas ao injusto penal (tipicidade e antijuridicidade), conf.: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183.

48 CALLEGARI, 139; BONFIM e BONFIM, 53-54, apud MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional...*, cit., 74. Perceba-se que a autonomia informada pela fonte dá-se no campo da prova e, pois, no âmbito processual. Tratando da expressão «actividad delictiva» utilizada no Ordenamento Jurídico espanhol para descrever o fato penalmente relevante antecedente, afirma-se que deve ser entendidas como tais «as condutas tipicamente antijurídicas, não importando se o agente ou o cúmplice do fato é irresponsável [não culpável] ou está pessoalmente isento de pena», conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 6.

49 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526.

d) Em relação à punibilidade

Mais delicada e suscita maior cuidado a questão da relação entre a lavagem de ativos ilícitos e a punibilidade da infração penal antecedente, desde logo registrando-se a divergência existente a respeito se ela (punibilidade) interfere na relevância penal do fato ou se interfere apenas na consequência jurídica do delito.

Considerando a punibilidade como uma «mera consequência do delito», há o entendimento no sentido de que «a incidência de uma causa extintiva da punibilidade não tem o condão de retirar o caráter delituoso da conduta antecedente». Por esta ótica, «em regra, incidindo uma causa extintiva da punibilidade (e.g., prescrição) em relação ao crime precedente, nada impede a condenação pelo crime de lavagem». Diz-se em regra, pois, em se tratando da anistia e da *abolitio criminis*, que são hipóteses de *novatio legis* que deixa de considerar o fato antecedente como crime, com efeitos *extunc*, diverso é o entendimento. Ou seja, sustenta-se que «tanto a anistia quanto a *abolitio criminis* alteram a qualidade dos bens ocultados por meio da lavagem, que deixam de ser considerados provenientes de crime, afastando, assim, o juízo de tipicidade do crime de lavagem de capitais»⁵⁰.

3.5. Elemento pessoal: autonomia ou abrangência

Ao final, no plano do Direito Penal material a ponte que liga o fato antecedente à lavagem de ativos em quaisquer dos modelos adotados⁵¹ consiste naquilo que, ao contrário de elemento subjetivo, melhor se designa como elemento pessoal⁵², na forma de dolo ou culpa.

Naqueles ordenamentos jurídicos em que não se pune a modalidade culposa, como no caso do Ordenamento Jurídico brasileiro, afirma-se queo dolo em relação à lavagem de ativos ilícitos «deve abranger também o crime antecedente»⁵³. Inclusive

50 *Idem, ibidem*, 527.

51 Mesmo naqueles de terceira geração, em que a tipicidade não se vincula a um rol taxativo de antecedentes.

52 Isto porque é por meio dele que se faz a atribuição (ligação) *pessoal* de um fato a um determinado agente, a título de dolo ou culpa (negligência em sentido amplo).

53 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 533. Segundo BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 59), «mister se torna reconhecer que a consciência por parte do autor do fato, no sentido de que os bens procedem de um delito anterior é um elemento normativo do tipo, pois para que o sujeito o conheça necessita realizar previamente um processo de valoração». E, no contexto em que no Ordenamento Jurídico brasileiro estava previsto o rol fechado de delitos antecedentes, acresce a mesma fonte que «só se configura o crime de “lavagem” quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores, “sabendo” que estes são provenientes de ao menos um dos delitos primários». Esta circunstância leva o Autor a se posicionar no sentido de que a expressão «sabendo» utilizada pelo legislador exclui a hipótese de dolo eventual, pois com ele é incompatível, de modo que é necessária «ação

porque, como já visto, o fato antecedente integra o tipo penal da lavagem, ainda que indiretamente, e o dolo segue sendo considerado como a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo.

Também naqueles ordenamentos jurídicos em que se admite a modalidade culposa, a culpa *strictu sensu* ou, negligência, continua cumprindo a função de estabelecer o vínculo entre a lavagem de ativos e o fato antecedente, pois é em relação à procedência dos ativos deste último é que deve faltar o *dever de cuidado* do agente, não atentando para a sua eventual natureza ilícita. Neste caso, ainda que falte ao agente informações detalhadas sobre o crime antecedente, ao menos deve haver a *previsibilidade* a respeito da origem e natureza do ativo.

Todavia, também em relação a este aspecto do vínculo pessoal a regulação experimentou uma evolução no sentido da reclamada autonomia da lavagem de ativos ilícitos, correspondendo aos anseios da política criminal que se pretende incidir nesta matéria.

Com efeito, um dos passos importantes que foram dados em direção à autonomia da lavagem consistiu na não necessidade de demonstrar que o agente tinha conhecimento da concreta procedência dos bens, bastando evidenciar um conhecimento genérico a respeito da origem ilícita, em abstrato⁵⁴.

Apesar das conexões que foram apontadas no plano do Direito Penal material, nos diversos ordenamentos jurídicos prepondera o entendimento centrado na autonomia do crime de lavagem de ativos ilícitos frente ao fato penalmente relevante anterior.

Portanto, cabe investigar como esta autonomia pode se projetar no plano do processo penal.

Como recuperação do que já foi visto, registre-se que o que deve ser considerado na perspectiva do processo penal é a conexão entre o caráter injusto (tipicidade e ilicitude) do fato penalmente antecedente e a lavagem de ativos ilícitos.

com conhecimento prévio da origem ilícita do capital, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico». Neste mesmo contexto de vinculação a uma relação fechada de antecedentes o entendimento era no sentido da necessidade de que os agentes do crime de lavagem tivessem conhecimento da origem ilícita dos ativos, conf.: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente», cit.

54 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

4. A AUTONOMIA DA LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL

O problema principal a este respeito, consiste em saber como se dá a transposição da relevância penal do antecedente no plano do direito material para o plano processual. Na forma de hipótese, do que se trata é de como transpor o caráter injusto (tipicidade e ilicitude) do fato penalmente relevante antecedente para a lavagem de ativos ilícitos.

Tendo por referência este problema, a lavagem de ativos ilícitos é um exemplo paradigmático de como se verifica uma *pressão* da política criminal para resolver entaves postos ante à sua eficácia, transpondo para o processo penal a solução dos problemas que disto decorre. Deste modo força-se a que o processo penal seja utilizado como um instrumento de política criminal, tornando inadiável uma agenda que discuta a sua relação com o Direito Penal⁵⁵.

Podendo ser considerada a mais tradicional e com maior rigor dogmático, uma das vias para se lograr a transposição consiste em se considerar a infração penal antecedente «uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal relativa ao crime de lavagem»⁵⁶.

De modo convergente, afirma-se que se trata de «uma questão prejudicial em relação à existência do crime de lavagem de dinheiro». Deste modo, «antes de saber se houve lavagem de dinheiro, é preciso saber houve (sic) uma infração penal antecedente que gerou bens, direitos ou valores a serem lavados cujo resultado condiciona o conteúdo da decisão prejudicada (p. ex.: se não houve infração antecedente, o acusado deverá ser absolvido da acusação de lavagem)»⁵⁷.

Uma das questões práticas decorrentes desta possível solução consiste em se analisar a relação de dependência entre o processo em que se discute a ocorrência da infração penal antecedente e o processo em que discute a lavagem dos ativos ilícitos.

A rigor, a resposta a esta questão conduz à conclusão no sentido de que o processo em relação ao conseqüente (a lavagem de ativos ilícitos) deve ser suspenso enquanto não concluído o processo em relação à infração penal antecedente⁵⁸.

55 Ainda não tendo encontrado a repercussão e atenção que merece, dada a quantidade e gravidade das implicações decorrentes, uma construção deste tipo já foi por nós amplamente advertida há mais de uma década, conf.: FERNANDES, Fernando Andrade. 2001: *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina.

56 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526 e 576. Saliencia a mesma fonte que, «quando da sentença condenatória, tem o juiz o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente».

57 Dando notícia desta possibilidade: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183-184.

58 Entendendo ser necessária a «prova da materialidade» do delito antecedente NUCCI (NUCCI, Guilherme de Souza. «Leis penais e processuais penais comentadas», cit., 798) opina no sentido de que «se o processo pelo crime antecedente estiver em andamento, considera-se a situação uma questão prejudicial

Entretanto, na linha da já mencionada política criminal internacional sobre o tema, esta não é a solução admitida para a hipótese, abrindo-se as portas para a crescente autonomia processual que se defende para a lavagem de ativos em relação à infração penal antecedente.

No Ordenamento Jurídico brasileiro em relação à Lei 9.613/98, o Legislador, visando a sua maior «eficácia», expressamente declarou a «autonomia do processo e do julgamento entre o crime antecedente ou básico e o crime de lavagem» (artigo 2.º, inciso II), mais uma vez acatando recomendações internacionais (art. 2.º, 6, do Regulamento Modelo da CICAD-*Comissão Inter-americana para o Controle do Abuso de Drogas*)⁵⁹.

Deste modo, as condutas de lavagem de ativos ilícitos são puníveis, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente (art. 2.º, § 1.º)⁶⁰.

Deste modo, além da referência às «recomendações internacionais», a autonomia processual da lavagem de ativos em relação ao ilícito antecedente é justificada em dois aspectos essenciais: um de caráter instrumental, visto que «o procedimento relativo ao ilícito antecedente poderá estar – as mais das vezes – submetido a jurisdição penal de outro país; e o segundo, de natureza material, diz respeito às exigências de segurança e justiça que são frustradas pelas práticas domésticas ou transnacionais de determinados crimes cuja gravidade e reiteração constituem desafios do estado contemporâneo»⁶¹.

Registre-se a observação muito bem posta no sentido de que a estratégia central de enfrentamento «é a progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem, para evitar que as dificuldades de apuração da autoria do delito original contaminem a persecução pelos atos de encobrimento dos bens dele procedentes», de modo que tanto os diplomas internacionais quanto a regulação local de diversos ordenamentos jurídicos «buscam a desvinculação da *lavagem de dinheiro* da constatação plena do crime antecedente»⁶², tudo na linha da já mencionada *pressão* da política criminal por sobre as estruturas dogmáticas do Direito Penal e do Processo Penal.

Neste sentido, no Ordenamento Jurídico brasileiro, à luz do art. 2.º, II, primeira parte, da Lei 9.613/98, cuja redação não foi alterada pela Lei 12.683/2012, não

homogênea, merecedora de gerar a suspensão do processo pelo delito de *lavagem* até que o outro seja julgado». Acresce ainda a mesma fonte (p. 799) que «a denúncia por lavagem de dinheiro pode ser oferecida com base em indícios da existência do crime antecedente, mas o julgamento não pode ser proferido. Ou se prova a existência de delito anterior ou aguarda-se o término do processo que o apura e a demonstração da sua materialidade».

59 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 56.

60 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 62, que invoca a correlação desta previsão com o que se prevê no Código Penal (art. 180, § 2.º) para a figura da receptação. No Brasil, este entendimento tinha pleno embasamento na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Conf.: Superior Tribunal de Justiça, HC 137.628/RJ, julgado em 26/10/2010, DJe 17/12/2010; Supremo Tribunal Federal, HC 93368, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011.

61 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 57.

62 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 51.

há «dúvida sobre a desnecessidade de suspensão obrigatória do processo pelo crime de lavagem, em razão da questão prejudicial sobre a existência da infração antecedente»⁶³. Segue-se que, embora a ocorrência de infração penal antecedente seja uma questão prejudicial em relação à existência do crime de lavagem de dinheiro, não se trata de questão prejudicial a impor a suspensão do processo no qual se discute a questão subordinada, isto é, a lavagem de dinheiro. O que se admite, quando muito, é que o julgador possa conhecer de forma incidental a questão sobre a existência ou não da infração antecedente, resolvendo-a. Enfatizando, argumenta-se que o objetivo do art. 2.º, II, primeira parte, da Lei 9.613/98 é apenas «deixar claro e incontestado a inaplicação das regras de suspensão do processo» previstas no Código de Processo Penal⁶⁴.

Todavia, isto não basta para a voraz política criminal sobre esta matéria, pois, perseguindo altos níveis de eficácia, força novos entorses na dogmática processual penal.

A doutrina majoritária e a jurisprudência predominante de muitos ordenamentos jurídicos, novamente reverberando a política criminal internacional a este respeito, limitam-se a enfatizar a autonomia da lavagem de ativos ilícitos em relação ao fato penalmente relevante antecedente, fazendo a passagem de um plano para o outro por meio do *regime de provas*.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo em vista a previsão específica que consta na regulação correlata, há o entendimento de que «a autonomia do crime de lavagem significa que pode haver inclusive condenação por crime de lavagem independentemente de condenação ou mesmo existência de processo pelo crime antecedente». Nesta mesma linha, segundo se defende, no processo pelo crime de lavagem não se faz necessário provar a materialidade do crime antecedente, com todos os seus elementos e circunstâncias. Sem embargo, a isso se acresce a ponderação no sentido de que se faz «necessário provar que o objeto da lavagem é produto ou provento de crime antecedente», o que exige em relação a ele produção probatória convincente, mas não ao ponto de transformá-lo no objeto do processo por crime de lavagem⁶⁵.

A utilização do campo das provas para a solução do problema da transposição do injusto do antecedente no plano do Direito Penal para a autonomia no plano do Processo Penal impõe um maior detalhamento.

63 Ressalte-se que neste caso estamos diante de uma questão prejudicial de natureza homogênea, «vez que ambas as questões são de natureza penal».

64 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 184-185. De se acrescentar o argumento posto no sentido de que o mencionado dispositivo legal «não visa afastar as regras de conexão e continência, ao contrário, tudo recomendando que o julgamento tanto da infração antecedente, quando do crime de lavagem, ocorra de forma unitária», embora o Legislador não tenha cuidado de algumas consequências relevantíssimas decorrentes desta asserção, como aquela relacionada à influência da coisa julgada já formada no processo que tinha por objeto a infração penal antecedente.

65 MORO, Sergio Fernando. 2008: «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária». *Revista CEJ*, 2008, a. XII, 11-14, abr./jun.: 12.

Deixando mais uma vez evidente a necessidade de um maior desvelo a respeito das relações entre o Direito Penal material e o Processo Penal⁶⁶, deve ser reconhecido que decorre do próprio princípio da legalidade penal a exigência de que para a tipicidade penal de um determinado fato humano todos os elementos que integram a figura típica devem encontrar a respectiva comprovação probatória. Em sendo esta uma constatação óbvia, e de fácil reconhecimento em se tratando de tipos penais «fechados», no que se refere aos casos em que a tipicidade somente se aperfeiçoa por referência a um juízo ou elemento que esteja «fora» do tipo, maior é a complexidade. Ou seja, em se tratando dos, já mencionados, tipos penais «abertos»⁶⁷, dos tipos que possuam elementos normativos estritos⁶⁸, dos tipos que exteriorizam normas penais em branco⁶⁹, e daqueles que estão condicionados a um injusto anterior (*supra*) maior deve ser o zelo quanto a prova.

No caso da lavagem de ativos, já evidenciada a condição, no mínimo indireta, de elemento típico de que se reveste a infração penal antecedente, a rigor «o melhor seria uma sentença transitada em julgado do delito prévio, reconhecendo a comissão do delito antecedente que pode originar os bens aptos a serem lavados». Em não se admitindo este nível de condicionamento, afirma-se que para a condenação de uma pessoa pelo delito de lavagem «é necessário, no mínimo, que haja uma prova convincente do delito prévio», pois, conclui-se enfaticamente, «somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação pelo delito de lavagem»⁷⁰.

66 Analisando esta relação na perspectiva processual dos modelos de natureza consensual, porém deixando em aberto a necessidade desta mesma análise na perspectiva dos modelos fundados no conflito, com aplicação nos casos de criminalidade grave: FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*, cit. Abordando esta mesma relação na perspectiva material e propondo a sugestiva ideia de um prolongamento no Processo Penal das causas materiais de exclusão do crime do Direito Penal: WOLTER, Jürgen. 2004: «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena». In Jürgen Wolter e Georg Freund: *El sistema integral del derecho penal*. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ramón Ragués i Vallès, Nuria Pastor Muñoz, Ricardo Robles Planas, Jesús María Silva Sánchez, Guillermo Benlloch Petit (trads.). Madrid: Marcial Pons.

67 Aqueles que só são completados por meio de um juízo de valor posterior ao próprio fato, como se dá nos crimes culposos ou nos crimes omissivos, pois os elementos típicos inerentes ao *dever objetivo de cuidado*, num caso, e *ação devida* no outro só serão conhecidos no momento do juízo acerca de como os fatos ocorreram na prática.

68 Estritos em função do reconhecimento de que uma das características essenciais do Direito Penal é a sua natureza normativa, porém sendo exigido nestes casos que o intérprete faça um específico juízo de valor de cunho *cultural, estimativo ou jurídico* para o preenchimento de um determinado elemento integrante do tipo penal.

69 Cujo preenchimento deve ser buscado em uma outra fonte normativa.

70 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 131. Não deixando dúvidas a respeito do posicionamento assumido, ao menos em relação ao modelo que se vincula a uma relação fechada de delitos antecedentes, a mesma fonte já tinha se manifestado anteriormente (pp. 129-130) no sentido de que «os indícios do crime anterior não são suficientes para a condenação do sujeito pelo delito de lavagem de dinheiro». Acresce que, considerando que o fato antecedente deve ser típico e antijurídico, «deve ficar

Todavia, a solução encontrada foi o caminho *curto* e *fácil* de se considerar a suficiência dos indícios da sua ocorrência⁷¹, satisfazendo desta forma a incontida demanda político-criminal, porém *irritando* o sistema de provas do processo penal.

A ideia que nutre a alternativa da prova indiciária consiste em extrair de elementos objetivos que resultam provados ilações a respeito de elementos não provados ou não provados suficientemente. É a expressão próxima do que consiste a prova indiciária no processo penal, podendo ser concebida como «a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra classe de prova» idônea e útil para provar um outro fato (CPP brasileiro).

Registre-se a natureza polissêmica da expressão indícios também no Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo informada a existência no Código de Processo Penal de ao menos três sentidos para a expressão: a) suspeita do cometimento de crime que recai sobre alguém; b) meio de prova; e c) indicação⁷².

Assim sendo, a transposição da relevância penal para a autonomia processual se processa no campo da prova, no ordenamento jurídico brasileiro sendo essencial para tanto a ideia de que os «indícios suficientes da existência do crime antecedente» –mencionado no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98 e mantido após a reforma introduzida pela Lei 12.683/12– refiram-se «aos meios de prova indiciários (ou prova indireta ou indiciária) [prova indiciária], e, não, à mera suspeita ou indicação, pois o antecedente se cuida de verdadeira elementar do tipo»⁷³.

Admitida a hipótese, a primeira e relevante observação a ser feita neste sentido é de que a *prova indiciária* deve referir-se ao caráter *injusto* do fato antecedente e não à posterior lavagem de ativos, não servindo os indícios em relação a esta para suprir a prova indiciária daqueles. A observação é relevante quando se percebe que em algumas vezes a imputação do crime de lavagem é feita com suporte apenas nos

provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do delito anterior», tendo em vista a possibilidade de que o reconhecimento de uma causa de justificação ou a ausência de um dos elementos do tipo possa levar ao não reconhecimento do crime antecedente e a não verificação da subsunção típica à figura da lavagem. Aliás, a mesma fonte destaca a necessidade que as provas destinadas a acreditar o antecedente tenham sido praticadas «com as garantias constitucionais e processuais que as tornem aptas para desvirtuar a presunção de inocência».

71 Opina-se que isto não enfraquece as garantias do acusado no processo penal, pois a prova, ainda que indireta [prova indiciária], «deve ser suficientemente convincente para satisfazer o *standard* da prova, acima de qualquer dúvida razoável».

72 LENART, André. *Indícios e sua suficiência para a condenação. Reserva de Justiça: um olhar realista sobre o processo penal*. Disponível em [HTTP://reservadejustica.wordpress.com/2008/09/02/indicios-e-sua-suficiencia-para-a-condenacao/](http://reservadejustica.wordpress.com/2008/09/02/indicios-e-sua-suficiencia-para-a-condenacao/), apud: MARTINS, Patrick Salgado. «Lavagem de dinheiro transnacional...», cit., 74-75.

73 MARTINS, Patrick Salgado. «Lavagem de dinheiro transnacional...», cit., 76. Divergindo, no entendimento de MORO (MORO, Sergio Fernando. «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária», cit., 12) o termo “indícios” foi empregado na regulação brasileira da lavagem de ativos ilícitos «não no sentido técnico, ou seja, como equivalente a prova indiciária (...) mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena».

indícios da sua ocorrência, que por vezes são utilizados também para a prova indiciária do antecedente, negligenciando quanto à necessidade de que também sobre estes devem haver indícios.

Ou seja, frequentemente são apontadas algumas hipóteses que seriam indícios da ocorrência da lavagem de ativos, tais como: diferenças significativas entre o valor de aquisição e o valor real de um determinado objeto; multiplicidade de operações financeiras, muitas vezes realizadas de forma fracionada, utilização de interpostas pessoas, operações com paraísos fiscais, movimentação de elevadas quantias de dinheiro, dentre outros. Sem embargo, resulta evidente que se estes podem ser indícios da ocorrência do processo de lavagem em si mesmo, não devem ser utilizados como indícios suficientes também em relação ao fato antecedente.

É necessária a existência de indícios também das infrações penais antecedentes. Uma coisa é o suporte probatório idôneo para indicar a realização do processo de lavagem; outra é o suporte probatório de que as operações consistentes na lavagem referem-se a um ativo de *proveniência ilícita*, ou o conhecimento direto ou indireto a este respeito.

Tendo em vista a variação em relação à carga probatória exigida, a questão deve ser focada segundo o momento processual a que se refira: recebimento da denúncia; posterior condenação.

4.1. Para o recebimento da denuncia

Portanto, a rigor, para o recebimento da denúncia é necessário: a-1) indícios acerca do processo de lavagem; a-2) indícios de que os ativos resultam de um fato antecedente; a-3) indícios da materialidade deste fato antecedente a-4) indícios de que este fato constitui um injusto penal (típico e ilícito).

No Ordenamento Jurídico brasileiro, procurando equilibrar a busca de eficácia com os princípios processuais garantidos pela Constituição e pela legislação ordinária, no artigo 2.º, § 1.º da Lei 9.613/98 o Legislador previu uma fórmula processual, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade do crime anterior. A denúncia por crime de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores deve estar fundamentada em «indícios suficientes da existência do crime antecedente». Na Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 o Legislador esclareceu que tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis previstos como crimes antecedentes, «sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria»⁷⁴.

74 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 60: «Trata-se de uma relação de causa e efeito que deve ser equacionada por meio de fórmula processual que, viabilizando a eficácia da incriminação do ilícito posterior, exija razoável base de materialidade do ilícito anterior. Segue-se daí a necessidade de a denúncia

Devem haver no processo indícios da *materialidade* e do *caráter injusto* do fato antecedente, que posteriormente possam se traduzir, por meio do exercício do livre convencimento judicial, em prova indiciária da lavagem.

Para maior segurança, de forma complementar acrescentou o Legislador (n.º 61) que a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente deveria autorizar tão somente a denúncia, devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório⁷⁵.

4.2. Para a condenação

Se para o recebimento da denúncia bastam os indícios da *materialidade* e do *caráter injusto* do antecedente, para a condenação eles necessariamente devem se traduzir em prova indiciária da lavagem, não bastando em relação a esta última a existência de indícios. Em reforço, há que se ter prova da lavagem, podendo se tratar de prova indiciária decorrente da existência de indícios do injusto antecedente, não se admitindo que a própria lavagem seja provada apenas por indícios. Portanto, os *indícios* do injusto antecedente, suficientes para o recebimento da denúncia, devem se traduzir em *prova indiciária* para a condenação pela prática da lavagem, acrescido, obviamente, do suporte probatório relativo à prática desta última⁷⁶.

Na Lei 12.683/12 foi mantida a autonomia do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes em relação ao crime de lavagem, podendo haver o reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente⁷⁷. Entretanto, foi incluída a possibilidade do juiz competente para os crimes previstos na Lei decidir sobre a unidade de processo e julgamento

pelo delito de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores ser instruída com “indícios suficientes da existência do crime antecedente” (§ 1.º do art. 2.º). Tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis referidos pelo caput do art. 1.º, sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria. Tal ressalva se torna óbvia diante dos progressos técnicos e humanos da criminalidade violenta ou astuciosa, máxime quanto à atomização da autoria, em face da descentralização das condutas executivas».

⁷⁵ Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 61.

⁷⁶ Em sentido próximo, afirma MORO (MORO, Sergio Fernando. «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária», cit., 12) que «para o recebimento da denúncia, basta “prova indiciária”, ou seja, ainda não categórica, do crime antecedente e, a bem da verdade, do próprio crime de lavagem (...) [parece que aqui o sentido é de mera suspeita ou indicação]. Já para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto deste delito é produto de crime antecedente», mesmo que esta prova categórica seja constituída apenas de prova indireta [parece que aqui a referência é à prova indiciária]. Isto conduz a mesma fonte a concluir (p. 14) que «não é necessário provar todos os elementos e circunstâncias do crime antecedente no processo por crime de *lavagem*, mas apenas que o objeto deste tem origem em crime antecedente».

⁷⁷ Esta possibilidade do reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente foi introduzida no art. 2, § 1.º, da Lei 12.683/12. Todavia, mesmo na vigência da regulamentação anterior já havia entendimentos neste sentido: STJ, Quinta Turma. HC 207.936-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/3/2012.

(art. 2.º, II, Lei 12.683/12), transformando a autonomia de absoluta em relativa. Também foi mantida a fórmula processual prevista na Lei 9.613/98, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade da «infração penal» antecedente⁷⁸.

5. CONCLUSÕES

Há que se reconhecer a existência de uma autonomia entre o objeto das normas que regulam os fatos penalmente relevantes antecedentes e aquele que dá conteúdo às normas que regulam a lavagem de ativos ilícitos, considerando-se a diferenciação no que se refere à lesividade de um e de outro.

Apesar desta autonomia no plano da lesividade, o carácter ilícito da lavagem encontra-se geneticamente conectado à ilicitude do fato penalmente relevante antecedente, pois é dele que resulta o ativo, cujo aspecto ilícito (sujo) o processo da lavagem atribuirá aparência de lícito (limpo), projetando os efeitos lesivos consequentes.

Em termos práticos, deste quadro existente no plano do Direito Penal material resultam consequências importantes no plano do Processo Penal, particularmente no que diz respeito à prova.

Para o recebimento da denuncia pelo crime de lavagem é *suficiente* que haja *indícios* da *materialidade* do fato penalmente relevante antecedente, *indícios* da *materialidade* e da *autoria* do crime de lavagem de ativos ilícitos e *indícios* de que os ativos ilícitos resultam do antecedente.

Para a condenação pelo crime de lavagem é necessário que haja *prova*, ainda que *indireta (indiciária)* da *materialidade* do fato penalmente relevante antecedente, *prova* da *materialidade* e da *autoria* do crime de lavagem e *prova*, ainda que *indireta (indiciária)* de que os ilícitos resultam do antecedente.

78 Na análise feita pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* a respeito da adequação constitucional da Lei 12.683/12 houve uma firme ponderação a este respeito. Argumentou-se que «interessante notar que pela primeira vez, dentro da doutrina penal Brasileira, o réu é processado por fatos desconhecidos, e ainda quando *isento de pena o autor ou pior ainda, quando extinta a punibilidade da infração penal antecedente* mesmo poderá ser abrangido pela regra desta Lei inconstitucional, pois no caso concreto, feriu-se o disposto no inciso XL, artigo 5.º de nossa Carta Magna, que bem determina: “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também, temos uma questão interessante que se coloca, é a de saber como iniciar uma investigação sobre o crime de lavagem de dinheiro, se ele depende, ao menos, da existência de indícios de crime anterior. De qual crime? De que forma criminosa teria advindo o dinheiro, por exemplo, para que se possa identificar a possibilidade de, ligando-o ao, ou a um, e qual, crime antecedente? Esta análise levou à conclusão de Katharina Oswald, grande penalista e criminalista alemã, a dizer que uma investigação a respeito da prática de crime de lavagem de dinheiro só deve ser iniciada (e refere, pelo Ministério Público, demonstrando ser o órgão com as atribuições), a partir da conclusão sobre existência de evidências de situação concreta de determinado crime antecedente».

BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai. 2007: *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Fabris.
- BARROS, Marco Antonio de. 2007: *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2.ª ed. São Paulo: RT.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. 2010: «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». *La Ley*, 27 dic. 2010, año XXXI, número 7535.
- BRASILEIRO, Renato. 2009: «Lavagem ou ocultação de bens. Lei 9613, 03.03.1998». In Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (coords.): *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009, v. 6.
- CALLEGARI, André Luiz. 2008: *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- FERNANDES, Fernando Andrade. 2001: *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. 1985: *Lições de direito penal. A Nova Parte Geral*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MARTINS, Patrick Salgado. 2011: *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Arraes Editores.
- MORO, Sergio Fernando. 2008: «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária». *Revista CEJ*, 2008, abr./jun, a. XII: 11-14.
- NUCCI, Guilherme de Souza. 2008: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3.ª ed. São Paulo: RT.
- PRADO, Luiz Regis. 1999: *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente». *Valor Econômico*, 08/08/2012.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «O protagonismo da lavagem de dinheiro». *Valor Econômico*, 14/09/2012.
- TOLEDO, Francisco de Assis. 1991: *Princípios básicos de direito penal*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva.
- WOLTER, Jürgen. 2004: «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreesimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena». In Jürgen Wolter e Georg Freund: *El sistema integral del derecho penal*. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ramón Ragués i Vallès, Nuria Pastor Muñoz, Ricardo Robles Planas, Jesús María Silva Sánchez, Guillermo Benlloch Petit (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. 1999: *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais.

Iniciativa Legislativa Popular en España: aspectos normativos e incidencia práctica

Legislative initiative in Spain: Regulatory issues and practical impact

Rafaela Teresa Quintero Ortega

*Titulada del Máster de Derecho Español para Juristas Extranjeros.
Universidad de Salamanca*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

Resumen

En los últimos años, especialmente a partir del estallido de la crisis económica y financiera global, diversos sectores sociales han puesto de manifiesto la falta de legitimidad de las instituciones de representación política, alegando que sus decisiones no responden a los intereses de los ciudadanos; cuestionamiento que se ha visibilizado gracias a movilizaciones sociales sin precedentes. Un aspecto interesante de las recientes acciones colectivas de los ciudadanos es el aumento

Abstract

In recent years, especially since the outbreak of the global economic and financial crisis, various social sectors have highlighted the lack of legitimacy of the institutions of political representation, claiming that their decisions do not serve the interests of citizens; questioning has been made visible through unprecedented social mobilization. An interesting aspect of the recent collective actions of citizens is the exponential increase in the use of institutional mechanisms as

exponencial del recurso a los mecanismos institucionales como Iniciativa Legislativa Popular para intentar hacer valer sus derechos e intereses en el ámbito legislativo. Sin embargo, la efectividad de este derecho se ha enfrentado a barreras de carácter normativo y de voluntad política. Este trabajo ofrece una visión general del rendimiento institucional de la Iniciativa Legislativa Popular en España, incluyendo los aspectos normativos y procedimentales de la institución, así como su incidencia práctica; con el fin de identificar sus limitaciones y hacer propuestas de *lege ferenda* que optimicen el derecho de participación política reconocido en la Constitución.

Palabras clave: Iniciativa Legislativa Popular, Derechos Políticos, Democracia semidirecta, Democracia Participativa, Participación ciudadana.

Legislative Initiative to try to assert their rights and interests in the legislative field. However, the realization of this right has faced barriers normative and political will. This paper provides an overview of the institutional performance of the Legislative Initiative in Spain, including the legal and procedural aspects of the institution and its practical impact; in order to identify their constraints and making lege ferenda proposals to optimize the right to political participation recognized in the Constitution.

Key words: Legislative Initiative, Political Rights, semi-direct Democracy, Participatory Democracy, Civic Engagement.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, tras el inicio de la crisis económica y financiera global, diversos sectores sociales han puesto de manifiesto la existencia de una crisis político-institucional de los órganos de representación estatal y la necesidad de un cambio esencial del sistema político. Y es que en el entorno político-social europeo, la idea de democracia política se ha relacionado indefectiblemente al Estado de Bienestar¹, de tal forma que han llegado a considerarse dos caras de una moneda². Por ello, no es de extrañar que ante los efectos de la crisis económica y financiera, los ciudadanos sientan desafección hacia las instituciones políticas³, pues como advierte Antoni Jesús

1 Sobre la relación entre Democracia y Estado de Bienestar, véase la obra de PORRAS NADALES, Antonio J. 1994: *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2 RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. 2004: *El Estado de Bienestar en España: debates, desarrollos y retos*. Madrid: Editorial Fundamentos, 72.

3 En España, estos síntomas de desafección se evidencian, por ejemplo, en el alto porcentaje de abstención en las elecciones municipales del 22 de mayo de 2011, que alcanzó un porcentaje de 33,7%. Otra muestra la constituyen las numerosas y multitudinarias protestas ciudadanas, entre las que destacan las realizadas por el movimiento 15M, que reflejan «la indignación de la sociedad contra unos representantes que han olvidado para qué fueron elegidos». Véase JURADO GILBERT, Francisco. 2011: «Re-construyendo la democracia», mayo. <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=127713> [15 de julio de 2013].

Aguiló Bonet, «Lo que ayer la democracia daba a los ciudadanos (educación, infraestructuras, beneficios sociales, etc.), hoy se lo quita»⁴.

El régimen político del Estado español se articula fundamentalmente a través de instituciones de democracia representativa, en el que los partidos políticos cumplen una función institucional relevante al concebirse como legítimos representantes de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, especialmente, en el ámbito legislativo⁵. Precisamente, el reproche social recae en la desnaturalización de ese carácter representativo. La percepción de «falta de legitimidad» se asienta en el hecho de que las decisiones últimas son tomadas en oscuros y difusos ejes de poder político y económico, que luego se expresan en las decisiones internas de los Estados y terminan por afectar a los ciudadanos, ajenos a todo control sobre esas decisiones. Ante esta situación, algunos sectores sociales proponen a los ciudadanos ejercer un control sobre las decisiones políticas que les afectan, precisamente, a través del ejercicio de sus derechos⁶. Por otro lado, desde hace varias décadas, las teorías de la democracia, conscientes de las deficiencias del sistema representativo, han destacado la necesidad de potenciar los cauces de participación de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticas⁷, a fin de recomponer el nexo entre sociedad y sistema político⁸.

En ese sentido, los mecanismos institucionales de participación ciudadana, concretamente aquellas que inciden en el procedimiento legislativo, como la Iniciativa Legislativa Popular (en adelante ILP), contribuyen a la calidad democrática en cuanto permiten articular públicamente las preferencias de los ciudadanos, sus demandas así como los argumentos necesarios para defenderlas⁹, orientándose hacia un sistema de democracia avanzada coherente con la voluntad declarada en el Preámbulo de la

4 AGUILÓ BONET, Antoni Jesús. 2013-2014: «Democracia y crisis económica en un mundo global». *Anuario CEIPAZ*, 2013-2014, 46.

5 Manuel GARCÍA-PELAYO en su obra *El Estado de partidos* destaca la importancia de los partidos políticos en un *Estado Democrático*, considerando que únicamente la capacidad organizativa de los partidos políticos y la presencia de sus miembros en los órganos de Estado permite canalizar los criterios e intereses de la población expresados en un proceso electoral, y concluye que, «sólo la interacción entre el sistema de partidos y el sistema estatal puede proporcionar a éste una legitimidad y funcionalidad democráticas». Véase GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1986: *El estado de partidos*. Madrid: Alianza, 85-86.

6 Stéphane HESSEL en su obra *¡Indignaos!*, llama a los ciudadanos a superar la indiferencia hacia la política y exigir a sus gobernantes respeto hacia los derechos fundamentales conquistados a lo largo de la historia, a los valores éticos de justicia y libertad, y al sistema democrático en su conjunto. Véase HESSEL, Stéphane. 2011: *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de una insurrección pacífica*. Barcelona: Ediciones Destino.

7 MARTÍNEZ PULJALTE, Antonio Luis. 2010: «Algunas notas sobre la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las leyes». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 2010, 23: 259-261.

8 CRIADO DE DIEGO, Marcos. 2012: «El proceso constituyente español de 1977-78: un marco político insuficiente en la actualidad». En Wilhelmi Marco Aparicio, Antonio de Cabo de la Vega, Marcos Criado de Diego, Rubén Martínez Dalmau, Albert Noguera Fernández y Roberto Viciano Pastor: *Por una Asamblea Constituyente: una solución democrática a la crisis*. Madrid: Ediciones Sequitur, 75.

9 MARTÍ, José Luis. 2006: *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*. Barcelona: Marcial Pons, 110.

Constitución española¹⁰. Es decir, estos mecanismos cumplen una función de cohesión del sistema democrático, pues, como advierte Víctor Manuel Cuesta, «una vez que los argumentos defendidos por el ciudadano son tomados en consideración en la deliberación democrática, el sentimiento de vinculación entre el participante y la norma jurídica adoptada se intensifica»¹¹.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La ILP, entendida como la potestad de los ciudadanos de iniciar e impulsar el procedimiento de una ley formal, tiene su origen histórico en el pensamiento ilustrado de finales del siglo XVIII. Surge como resultado de lucha ideológica entablada por pensadores de la ilustración sobre las bondades e inconvenientes de los modelos de democracia directa y democracia representativa¹². Las principales críticas contra la democracia directa y le atribuyeron un carácter utópico y totalitario¹³. A ello contribuyó el que la dictadura jacobina de Robespierre (1793-1794) asumiera una concepción totalitaria de la democracia, fundamentada discursivamente en los postulados de ROUSSEAU, principal defensor de la democracia directa¹⁴. Si bien, a juicio de Giovanni SARTORI es una distorsión asociar democracia directa y democracia totalitaria¹⁵, el desprestigio de la democracia directa se ha extendido a lo largo de la historia reciente a las formas de democracia semidirecta como la ILP.

La recepción de la ILP en las constituciones europeas se produce durante el siglo XX, especialmente, durante el periodo entre las guerras mundiales; con la finalidad de mejorar la democracia representativa mediante la apertura del proceso legislativo a la ciudadanía. En España, la ILP fue regulada por primera vez en el art. 66 de la

10 Desde un punto de vista político, el contenido del Preámbulo de la Constitución deja constancia de la voluntad del «Pueblo español» de transitar de un sistema político autoritario a un sistema democrático pluralista. Véase MORODO LEONCIO, Raúl. 1978: «Proceso constituyente y nueva Constitución española: anotaciones al preámbulo constitucional». *Revista de Derecho Político*, 1978, 1: 5-17.

11 CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. 2007: *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Las Palmas de Gran Canaria. Tesis doctoral-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 32.

12 Sobre este debate véanse los argumentos a favor de la democracia directa expuestos por ROUSSEAU y los argumentos a favor de la democracia representativa expuestos por MONTESQUIEU, en AGUIAR DE LUQUE, Luis. 1977: *Democracia directa y Estado constitucional*. Madrid: Edersa, 21.

13 BOBBIO, Norberto. 1985: *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janés, 54-55.

14 CARDIEL REYES, Raúl. 1984: «Introducción». En Jean-Jacques Rousseau: *El contrato social*. México: UNAM, XXII y ss.

15 Giovanni SARTORI reconoce que la concepción de democracia directa propuesta por ROUSSEAU resulta inaplicable; no obstante, la desvincula totalmente de la *democracia totalitaria*, pues considera que la democracia rousseauiana tiene la finalidad de proteger al individuo frente a la opresión, cumpliendo así, la misma función de garantía que Montesquieu le atribuye a la Constitución. Véase SARTORI, Giovanni. 2008: *¿Qué es la democracia?* México: Tauros, 279-280.

Constitución de la Segunda República española de 1931¹⁶. En esta época, ya se había superado la dicotomía político-constitucional entre democracia directa y democracia representativa, a favor de esta última. La concepción imperante es la planteada por Hans KELSEN en su ensayo *Esencia y valor de la democracia* publicado en 1920, según la cual la ILP es una forma de participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal y, precisamente, ideada para contribuir a los principios de la democracia representativa¹⁷.

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el clima político europeo experimenta una exaltación del ideal democrático y de las instituciones vinculadas a la democracia. Es en aquel momento cuando la ILP y otras instituciones de participación ciudadana alcanzan mayor desarrollo doctrinal y normativo. Sin embargo, a partir de los años setenta del siglo pasado, tiene lugar un progresivo desencanto de las instituciones de participación ciudadana, que deriva en importantes restricciones a su ejercicio. La Constitución española de 1978 acoge esta tendencia restrictiva¹⁸.

3. MARCO CONSTITUCIONAL

La mayor preocupación del constituyente español de 1978 fue la de consolidar la democracia representativa y el sistema de partidos como pilares fundamentales del Estado democrático articulado en la Constitución española. Por eso, no es extraño que al configurar la ILP le atribuyera un carácter subsidiario respecto de las instituciones representativas¹⁹. El Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular (en adelante, LOILP) explica que las limitaciones a la ILP recogidas en el art. 87.3 CE responden a las «enseñanzas históricas» que advierten sobre la necesidad de prevenir su «manipulación demagógica» o la imposición de la voluntad de una minoría.

La regulación constitucional de la iniciativa legislativa popular recoge, asimismo, las limitaciones propias de este instituto, derivadas de las enseñanzas históricas. De

16 Artículo 66 de la Constitución de 1931: «El pueblo podrá asimismo, ejerciendo el derecho de iniciativa, presentar a las Cortes una proposición de ley, siempre que lo pida, por lo menos, el 15 por 100 de los electores. Una ley especial regulará el procedimiento y las garantías del referéndum y de la iniciativa popular».

17 KELSEN, H. 2002: *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 59-60.

18 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. «La nueva...», *op. cit.*, 191.

19 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. «La nueva...», *op. cit.*, 193; VINTRÓ CASTELLS, Joan. 2011: «Un punto de partida: el marco normativo de la iniciativa legislativa popular en España». En Joan Vintrot Castells y Juan María Bilbao Ubillos: *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 13; PÉREZ ALBERDI, María Reyes. 2013: *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados, 307-308; y MALLAINA GARCÍA, Carmela. 2009: *Nuevos desafíos democráticos: hacia una iniciativa legislativa popular efectiva*. Madrid: Fundación Alternativas, 29.

ahí que la Constitución, amén de excluir de la iniciativa popular campos normativos particularmente delicados, encomiende al legislativo la misión de regular, mediante ley orgánica, la forma concreta del ejercicio de la iniciativa popular.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en adelante TC), se ha pronunciado sobre el carácter excepcional de los mecanismos institucionales de participación ciudadana:

... aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que «priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa»²⁰.

3.1. Naturaleza jurídica

María Reyes Pérez Alberdi destaca que en la ILP confluyen características de naturaleza bifronte, de un lado, como derecho subjetivo en cuanto forma de ejercicio del derecho de participación política; y otro lado, la vertiente institucional como iniciativa legislativa en tanto manifestación de democracia participativa²¹. Conviene, asimismo, precisar si la ILP constituye en esencia una «Iniciativa Legislativa» o simplemente se trata de una acción de «Proposición».

3.1.1. La ILP como expresión del art. 23.1 CE

La ILP encuentra su fundamento constitucional en el art. 9.2 CE, que contiene el mandato a los poderes públicos de «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política», y en el art. 23.1 CE, que contiene el derecho fundamental de los ciudadanos de «participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes».

El TC, en reiterada jurisprudencia, ha destacado que la ILP ha de entenderse como extensión del derecho de todos los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos regulado en el art. 23.1 CE, así lo expresa, por ejemplo, la STC 119/1995, de 17 de julio: «Este Tribunal ha vinculado con el artículo 23.1 CE la iniciativa legislativa popular que establece el artículo 87.3 CE». La STC 76/1994, de 14 de marzo, precisa que la ILP, en tanto ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos

20 STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.º.

21 PÉREZ ALBERDI, María Reyes. *El derecho fundamental...*, op. cit., 305-306.

públicos, ha de sujetarse a la forma jurídicamente prevista en la Constitución, en este caso al art. 87.3 CE²².

Por lo que hace al contenido esencial del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de la ILP, de acuerdo con el Auto del Tribunal Constitucional 428/1989 de 21 de julio, éste consiste en la facultad de los ciudadanos de promover su ejercicio y la de presentar proposiciones de ley²³. De tal forma, que para valorar si existe una lesión al derecho fundamental del art. 23.1 CE incardinado a través de la ILP se requiere no sólo de una simple irregularidad de procedimiento, sino «la presencia de una relación causal entre irregularidad procedimental y transgresión del contenido del derecho fundamental, de suerte que se haga evidente la imposibilidad de ejercicio de la iniciativa popular en virtud de obstáculos imprevisibles e insalvables»²⁴.

3.1.2. La ILP como institución de Democracia Participativa

Desde la dimensión institucional, el modelo de ILP predominante en Europa es el configurado por la Constitución helvética, según el cual la ILP se enlaza con el referéndum de forma que, en la mayoría de los casos, la propuesta ciudadana es sometida a votación popular, constituyéndose, por tanto, en un mecanismo de democracia directa²⁵. No obstante, la Constitución española se aleja de este modelo y acoge el sistema establecido en la Constitución italiana de 1947, que configura la ILP como institución intermedia entre los mecanismos de democracia directa y democracia representativa²⁶. Concretamente, estaríamos ante una institución de democracia participativa²⁷, que constituye una síntesis de democracia directa y democracia representativa, al ser incardinadas en un sistema básicamente representativo²⁸.

22 STC 76/1994 de 14 de marzo, FJ 3.º: «... el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso».

23 ATC 428/1989, de 21 de julio, FJ 3.º.

24 ATC 140/1992, de 25 de mayo, FJ 2.º.

25 Para una visión comparada de la ILP en los países miembros de la Unión Europea, véase FREIXES SANJUÁN, Teresa y PORTCHEVA, Eva-María. 2009: «Iniciativa legislativa popular: estudio comparativo de la situación legal en los Estados Miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE». *Pliegos de Yuste: Revista de Cultura y Pensamiento Europeos*, 2009, 9-10, 37-46; y CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. *Participación directa...*, *op. cit.*, 2009, 209-317.

26 MARCO MARCO, Joaquín J. 2006: «El letargo participativo: la iniciativa legislativa popular en España». *Revista de las Cortes Generales*, 2006, 69: 39 y ss.; BIGLINIO CAMPOS, M. Paloma. 1985: «La iniciativa legislativa popular en los ordenamientos jurídicos regionales». *Revista de Estudios Políticos*, 1985, 46-47: 289-290; y MALLAINA GARCÍA, Carmela. *Nuevos desafíos democráticos...*, *op. cit.*, 26.

27 LARIOS PATERNA, María Jesús. 2008: «Participació dels ciutadans en el procediment legislatiu: la nova regulació de la iniciativa legislativa popular i les compareixences legislatives». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 186.

28 AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Democracia...*, *op. cit.*, 21.

3.1.3. ¿«Iniciativa Legislativa» o «Propuesta de iniciativa legislativa»?

Del análisis del art. 87.3 CE y de la LOILP se desprende que la ILP es un «mecanismo propositivo» y no una «iniciativa legislativa» propiamente dicha; pues en el acto de propuesta se agota el derecho de participación ciudadana al que se le vincula²⁹. La condición de «Iniciativa Legislativa» queda al margen de la voluntad de los ciudadanos, pues corresponde a las Cámaras la decisión de que la propuesta sea tramitada como iniciativa de ley³⁰.

3.2. Titularidad

En cuanto a la titularidad del ejercicio de la ILP, el art. 87.3 CE hace referencia a «no menos de 500.000 firmas acreditadas». De los arts. 13.2 y 23.1 CE se infiere que las «firmas» corresponden a las de ciudadanos españoles, que son quienes detentan la titularidad del derecho a participar en los asuntos públicos. Así lo confirma, además, el preámbulo de la LOILP, al señalar que la condición de firmantes recae en los ciudadanos españoles. De acuerdo al Código Civil español, detentan la nacionalidad española aquellas personas que cumplan los requisitos contenidos en los arts. 17 a 22 CC. Al requisito del estatus de ciudadanía, la LOILP añade dos requisitos: que se trate de ciudadanos mayores de edad e inscritos en el Censo Electoral.

Xavier Muro considera que no existe ningún impedimento para que la Ley estatal pueda configurar la titularidad de la ILP a favor de los extranjeros, como parte de su integración social en la Comunidad, en virtud de una concepción más amplia de «ciudadanía»³¹. A mi juicio, la interpretación de la ILP a luz del art. 23.1 y 13.2 CE y el texto expreso de la LOILP no dejan margen de duda sobre exclusión de los extranjeros en el ejercicio de la ILP. Por tanto, la atribución de su titularidad a éstos requeriría de una reforma constitucional como la que en su día se realizó para sufragio activo a los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales, recogida en el art. 13.2 CE.

La LOILP instaura una instancia denominada «Comisión Promotora» encargada de presentar la propuesta de ILP e impulsar el trámite a lo largo de todo el procedimiento. Sin embargo, esta figura no es titular del derecho reconocido en el art. 23.1 CE y articulado mediante la ILP, sino que ostenta una posición instrumental respecto de su

29 VINTRÓ CASTELLS, Joan. «Un punto de partida...», *op. cit.*, 19. En el mismo sentido, SANJUÁN GARCÍA, Pablo. 2010: «La iniciativa legislativa popular: entre el derecho de participación y la democracia directa». *Lex Nova: La Revista*, 2010, 61: 18.

30 MALLAINA GARCÍA, Carmela. *Nuevos desafíos democráticos...*, *op. cit.*, 28.

31 MURO I BLAS, Xavier. 2007: «Algunas cuestiones en torno a la Iniciativa Legislativa Popular». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, 19: 372-373.

ejercicio. Esto significa que la ILP como expresión del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos se conforma como un derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo.

3.3. Límites materiales y formales

Dentro los límites materiales de la ILP, destacan, en primer lugar, las materias contenidas en el art. 87.3 CE: «No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia». Otras limitaciones materiales derivadas de la Constitución corresponden a las iniciativas de Leyes en materias de planificación de la actividad económica general y la Ley de Presupuesto General del Estado, reguladas en los arts. 131 y 134.1 CE respectivamente; y a tenor del art. 166 CE tampoco será objeto de ILP la Reforma Constitucional³².

Por otra parte, los límites formales hacen referencia al número de sujetos que pueden activar la ILP: «No menos de 500.000 firmas acreditadas». Un sector de la doctrina considera esta cifra es bastante elevada en relación a la regulación de otros países europeos, como en el caso de Italia en la cifra de firmas exigidas es de 50.000 y en Austria de 100.000³³, lo que hace que el número de firmas, en vez de constituir una garantía, se convierta en un obstáculo para el ejercicio de la iniciativa.

4. LA ILP EN EL ÁMBITO ESTATAL

La regulación estatal de la ILP se encuentra fundamentalmente en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular; y su reforma mediante la Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular; así como en el Reglamento del Congreso de los Diputados. Un aspecto a destacar es que la tendencia restrictiva de la LOILP de 1984 sufre un giro progresista con la reforma que introduce la LO 4/2006 de 26 de mayo, pues en ella el legislador reconoce que las limitaciones impuestas por la Constitución a la ILP son suficientes para conseguir su correcto ejercicio, alejado de la «demagogia» y el «populismo» político; y en consecuencia, flexibiliza algunos requisitos legales, como la ampliación del plazo de recogida

32 En ese sentido, véase la STC 76/1994 que considera que la proposición de ley de iniciativa legislativa popular para reformar la Constitución será, en todo caso, inadmisibles.

33 GUTIÉRREZ VICÉN, Carlos. 2011: «Sinopsis artículo 87 CE», febrero. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=87&tipo=2> [2 de julio de 2013]. En el mismo sentido, véase MAILLAINA GARCÍA, Carmela. *Nuevos desafíos democráticos...*, op. cit., 29.

de firmas y la utilización de lenguas cooficiales al castellano, con la finalidad de que el ejercicio de la ILP por parte de los ciudadanos sea fácil y participativo³⁴.

4.1. Desarrollo normativo

Facultades que integran la ILP

En este apartado, seguiremos clasificación propuesta por María Reyes Pérez Alberdi³⁵, realizada a partir del contenido del art. 87.3 CE, de la configuración legislativa de la LOILP y la jurisprudencia del TC:

- Derecho a presentar una proposición de ley ante el Parlamento. Como se ha expresado antes, el contenido de esta propuesta no vincula al Parlamento que conserva plenamente su competencia sobre aprobación de las leyes. Por otra parte, la tramitación parlamentaria de la ILP seguirá el procedimiento legislativo establecido en los Reglamentos de las Cámaras para la Proposición de Ley.
- Derecho a retirar la iniciativa por sus proponentes. La ley reconoce a la posibilidad de que los promotores retiren la propuesta, cuando consideren que ha sido desvirtuada con las modificaciones introducidas en el debate parlamentario. La doctrina distingue diferentes posibilidad de acuerdo a la etapa del procedimiento en que se haga el retiro de la propuesta: a) entiende que si aún no se llevado a cabo la recogida de firmas, la Comisión puede retirar la propuesta sin más trámite; b) si ya se han recogido las firmas la retirada de la propuesta requiere el consentimiento de los firmantes; y, finalmente, c) si se encuentra en la etapa de toma en consideración, ya no se admitiría la retirada de la propuesta³⁶.
- Derecho a que la proposición sea tramitada en el Parlamento. Esta facultad responde al carácter esencialmente procedimental de la ILP, y recae sobre la tramitación de la propuesta, y no sobre la resolución que está reservada al parlamento.
- Derecho a firmar la iniciativa. La ILP se materializa, precisamente, mediante la entrega de la proposición acompañada de las firmas, que dotan de entidad a la iniciativa.
- Derecho a obtener una compensación económica por los gastos ocasionados. Esta facultad se orienta a facilitar el ejercicio de la ILP, en coherencia

34 Sobre el cambio de actitud del legislador, VINTRÓ CASTELLS, Joan. «Un punto de partida...», *op. cit.*, 13 y ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. «La nueva...», *op. cit.*, 197.

35 PÉREZ ALBERDI, María Reyes. *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, 311-320.

36 VINTRÓ CASTELLS, Joan. «Un punto de partida...», *op. cit.*, 22-23; PÉREZ ALBERDI, María Reyes. *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, 351-354; LARIOS PATERNA, María Jesús. «Participació dels ciutadans...», *op. cit.*, 196-197.

con el mandato establecido en el art. 9.2 CE, por la que los Poderes Públicos deberán remover los obstáculos que impidan la participación ciudadana.

Aspectos procedimentales:

- Legitimación. La Comisión Promotora es el órgano legitimado para iniciar el procedimiento de la ILP. La LOILP no hace referencia a su constitución formal ni a su estructura, sino que se limita a exponer que, cuando se presenta la proposición de ley ante la Mesa del Congreso, ha de acompañarse la relación de miembros que componen la comisión.
- Formulación. La redacción del documento de la propuesta legislativa ha de observar unas normas técnicas. En ese sentido, resulta de utilidad el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, de gran ayuda para estructurar una propuesta coherente e inteligible.
- Admisión a trámite. Las proposiciones de ILP son examinadas por la Mesa del Congreso, que en el plazo de quince días tendrá que resolver la admisión o inadmisión de la propuesta. A este efecto, tendrá en cuenta los límites materiales derivados de los arts. 87.3, 131, 134.1 y 166 CE, así como las causas de inadmisibilidad establecidas en el art. 5.2 LOILP:
 - a) Que tenga por objeto alguna de las materias excluidas de la iniciativa popular por el artículo 2.º
 - b) Que no se hayan cumplimentado los requisitos del artículo 3.º. No obstante, si se tratase de defecto subsanable, la Mesa del Congreso de los Diputados lo comunicará a la Comisión Promotora para que proceda, en su caso, a la subsanación en el plazo de un mes.
 - c) El hecho de que el texto de la Proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí.
 - d) La previa existencia en el Congreso o el Senado de un proyecto o proposición de Ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa popular y que esté, cuando ésta se presenta, en el trámite de enmiendas u otro más avanzado.
 - e) El hecho de que sea reproducción de otra iniciativa popular de contenido igual o sustancialmente equivalente presentada durante la legislatura en curso.

Elviro Aranda Álvarez señala que existen otras causas de inadmisión *ex lege*, que pueden ser de carácter formal o referirse a criterios materiales, cuya finalidad consiste en impedir que la ILP rivalice con las iniciativas del Parlamento y de Gobierno³⁷. Sin embargo, el TC considera que el juicio de admisibilidad de

37 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. «La nueva...», *op. cit.*, 203-204.

la ILP no constituye un juicio político o de oportunidad, sino un canon estrictamente normativo³⁸. Es por ello que la Mesa del Congreso sólo podrá declarar la inadmisión conforme a la Constitución y a las causas del art. 5.2 LOILP. En sentido contrario, Joaquín Marco considera que la amplitud de las materias excluidas de ILP hace que el juicio de admisibilidad, más que un juicio técnico, tenga un carácter político³⁹.

En mi opinión, aunque las limitaciones materiales de la ILP son muy amplias y constituyen la principal causa de inadmisibilidad, éstas responden a la opción política del Constituyente y del Legislador Orgánico; y no a un juicio político emitido por la Mesa del Congreso⁴⁰. Es decir, el reproche al juicio de admisibilidad que hace Joaquín Marco es en realidad un reproche a los límites materiales definidos previamente en la Constitución y en la LOILP, y no propiamente al juicio de admisibilidad que hace la Mesa del Congreso a la ILP.

- Recogida y acreditación de firmas. Una vez que se ha notificado la resolución de admisión a la Comisión Promotora, se da paso al procedimiento de recogida de firmas. El plazo es de nueve meses prorrogables por tres meses cuando «concurra una causa mayor apreciada por la Mesa del Congreso». La Junta Electoral Central es el órgano encargado de velar por la regularidad de este procedimiento. Las firmas se recogen en pliegos que contienen el contenido íntegro de la proposición y los siguientes datos del firmante: nombre y apellidos, número del documento nacional de identidad y municipio en cuyas listas electorales se halle inscrito. La LO 4/2006 de 26 de mayo, en su artículo único, disposiciones primera y sexta, que modifican el Preámbulo y el art. 8.1 de la LOILP respectivamente, introduce la posibilidad de utilizar en los pliegos, lenguas cooficiales al castellano.

Elviro Aranda Álvarez considera que, más allá de la aprobación de la propuesta, la fase de recogida de firmas es la más importante de la ILP, pues es cuando se activa la participación política de los ciudadanos a través de la labor de información y explicación de un asunto político, y petición a sus conciudadanos para que se impliquen y respalden la propuesta. Es este proceso lo que realmente determina a una democracia avanzada⁴¹. A mi juicio, la importancia de la ILP no sólo radica en el proceso de movilización social, sino en la aprobación de la propuesta como materialización de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

38 ATC 140/1992 de 25 mayo, FJ 3.º y ATC 304/1996, de 28 de octubre FJ 2.º.

39 MARCO MARCO, Joaquín J. «El letargo participativo...», *op. cit.*, 53-56.

40 Aitor MARTÍNEZ JIMÉNEZ ofrece una visión crítica de esta discrecionalidad en la apreciación de la «causa mayor», véase MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. 2012: *La iniciativa legislativa popular como instrumento de participación ciudadana en el siglo XXI*. Madrid: Fundación IDEAS, 16.

41 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. «La nueva...», *op. cit.*, 200 y ss.

Las firmas deben ser autenticadas por un notario, por un secretario judicial o por el secretario municipal correspondiente al municipio en cuyo censo electoral se halle inscrito el firmante; debiendo realizarse la autenticación colectivamente, pliego por pliego, indicando la fecha en que la realiza y el número de firma que contiene cada pliego. Los pliegos se entregan a la Junta Electoral Central, quien los remite a la oficina del Censo Electoral para verificar la inscripción de los firmantes. Finalmente, la Junta Electoral Central hace el recuento definitivo de las firmas válidas y, si alcanza el número establecido en la Constitución, se remite al Congreso de los Diputados para su tramitación.

- Tramitación parlamentaria. La tramitación parlamentaria de la ILP se encuentra regulada en el art. 13 LOILP y los Reglamentos de las Cámaras. En cuanto a la toma en consideración, atenderá a lo establecido para las Proposiciones de Ley de origen parlamentario de acuerdo a los arts. 126 y 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados. La Mesa del Congreso, tras recibir la proposición con los pliegos de firmas, la publicará en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Se incluirá en el orden del día dentro de los seis meses posteriores a su publicación.

A diferencia de lo que ocurre con la admisión a trámite, la fase de toma en consideración tiene un carácter político o de oportunidad por lo que la Mesa del Congreso tiene plena libertad de rechazar la propuesta. Frente a esta discrecionalidad, resulta alentador que la LO 4/2006 de 26 de mayo haya introducido la posibilidad de participación de una persona designada por la Comisión Promotora, en la fase de debate de la toma en consideración, pues su alegato directo ofrece mayores probabilidades de éxito, de cara a la comprensión, aceptación y aprobación de la propuesta. Si la propuesta legislativa es tomada en consideración, se remitirá a la Comisión competente, para la presentación de enmiendas, que no podrán afectar a la totalidad.

4.2. Incidencia práctica de la ILP en el ámbito estatal

Algunos autores hacen una valoración negativa de la regulación de la ILP, pues entienden que las limitaciones formales, materiales y procedimentales conducen a la inoperatividad de la institución⁴². Joaquín Marcos llega a calificar la ILP como «ficción constitucional», y considera que contraviene el mandato del art. 9.2 CE, que conmina a los poderes públicos a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida

42 CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. *Participación directa...*, op. cit., 415; LARIOS PATERNA, María Jesús. 2003: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 259 y SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra. 2011: «Democracia directa en España y la UE, ¿una utopía?». *La Ley*, 2011, vol. 5: 711-718.

política⁴³. Para verificar estos argumentos, presento un balance de las ILP tramitadas en el ámbito estatal. La tabla nos permite visualizar que, durante toda la vigencia de la LOILP, han sido presentadas un total de 82 ILP, de las cuales únicamente una de ellas ha sido aprobada, lo que representa menos del 1% del total de IPL. Esta ILP consistía en la Proposición de Ley para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, que dio lugar a la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. Una particularidad reseñable de esta ILP es que, no obstante, fue promovida por diversas organizaciones protaurinas, importantes miembros del Partido Popular como el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy y la entonces presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, firmaron la Iniciativa, por lo que algunos autores vaticinaron el respaldo del Partido Popular durante toda la etapa de tramitación parlamentaria⁴⁴.

TABLA I
ILP presentadas desde la entrada en vigor de la LOILP
en 1984, hasta febrero de 2014 y resultados de su tramitación

LEGISLATURAS	Iniciativas presentadas por legislatura	Iniciativas tramitadas por legislatura	RESULTADOS DE LA TRAMITACIÓN								Pendientes de resolver	
			Inadmisiones	ILP retiradas	Caducidad	Rechazadas	Aprobadas con modificaciones	Subsumido en otra iniciativa	Sin acuerdo o decisión	Traslado a la sig. legislatura		
II (1982-1986)	3	3	3	---	---	---	---	---	---	---	---	---
III (1986-1988)	2	2	---	---	1	---	---	---	---	---	1	---
IV (1989-1993)	6	7	2	1	4	---	---	---	---	---	---	---
V (1993-1996)	6	6	3	---	1	---	---	---	---	---	2	---
VI (1996-2000)	9	11	1	---	2	3	---	1	---	---	4	---
VII (2000-2004)	9	13	3	---	3	4	---	---	---	---	3	---
VIII (2004-2008)	10	13	3	---	7	1	---	---	---	---	2	---
IX (2008-2011)	21	23	8	2	6	---	---	---	---	---	7	---
X (2011-feb. 2014)	16	23	8	---	4	---	1	1	1	---	---	6
TOTAL	82	---	31	3	28	8	1	2	1	---	---	---

Fuente: Elaboración a partir de la información contenida en la base de datos de la web oficial del Congreso de los Diputados www.congreso.es.

43 MARCO MARCO, Joaquín J. «El letargo...», *op cit.*, 39 y ss.

44 NAVARRO, Pedro Antonio. 2012: «La ofensiva taurina del PP: La “fiesta” será declarada “Bien de Interés Cultural” antes de que concluya el año». *El siglo de Europa*, 2012, 973: 28-29.

Según datos oficiales del Congreso de los Diputados recogidos en la tabla anterior, dos ILP (2.4% del total) han sido subsumidas en otras iniciativas de origen parlamentario. Éstas son: la proposición de Ley sobre reclamación de deudas comunitarias, promovida por los Colegios de Administradores de Fincas Urbanas, que finalmente se incorporó a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; y la Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social, promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH), que culminó con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Sin embargo, esta subsunción no conlleva la incorporación de los planteamientos contenidos en las propuestas originales. Así, a pesar del apoyo social sin precedentes que alcanzó la propuesta de ILP promovida por la PAH (1.402.854 firmas de apoyo), la Ley 1/2013 de 14 de mayo no introduce la principal exigencia de la propuesta: «la dación en pago universal y retroactiva», lo que hizo que sus promotores retiraran simbólicamente la propuesta.

Los datos más destacables son que el 38% de las propuestas no han sido admitidas a trámite, y otro porcentaje de 38% no han llegado a la tramitación parlamentaria debido a que han sido retiradas o se ha producido la caducidad del procedimiento de presentación de firmas. A pesar de estos resultados, la tendencia general ha sido el incremento de ILP presentadas, a medida que avanzan las legislaturas. Resulta especialmente significativo que, en las últimas dos legislaturas, el número de ILP presentadas se haya duplicado respecto del número presentado en las legislaturas inmediatamente anteriores. Teniendo mayor incidencia en materias laboral, social, economía, sanidad, familia, educación, cultura y seguridad⁴⁵. A mi juicio, identifico como causa principal de esta tendencia que el activismo ciudadano se ha intensificado a raíz de la crisis económica y financiera; pues resulta comprensible que los ciudadanos más afectados por los efectos de la crisis, y desalentados por la clase política, dispongan de los medios que les brinda la Constitución para buscar una salida institucional a sus necesidades. Aun en el caso de aparente fracaso, como la ILP promovida por la PAH, sus promotores consideran que el apoyo social generado durante todo el proceso hace prever la elaboración de propuestas más ambiciosas con un grado de legitimidad de inicio mucho mayor⁴⁶.

45 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. *La iniciativa legislativa popular...*, op. cit., 20-21.

46 RUBIO, Javier. 2013: «Réquiem por una Iniciativa legislativa Popular». *Rescoldos: Revista de Diálogo Social*, 2013, 28: 38.

5. LA ILP EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

5.1. Desarrollo normativo: particularidades

En el ámbito autonómico, la ILP se encuentra regulada en los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas (CC. AA.), en las leyes autonómicas que regulan concretamente la Institución, así como en las normas Reglamentarias de las distintas Asambleas Legislativas. La particularidad más significativa de la ILP autonómica radica en su objeto material, que comprende los ámbitos de competencias autonómicas, de ahí que con la asunción de mayores competencias por las CC. AA., la ILP haya ido ganando progresivamente capacidad de actuación⁴⁷.

En lo referido a límites materiales y formales, así como al procedimiento, las normas autonómicas reproducen, con carácter general, la regulación estatal contenida en la LOILP⁴⁸. A juicio de la doctrina mayoritaria, esto obedece a la intrínseca relación entre la ILP y el derecho fundamental de participación del art. 23.1 CE, por lo que la legislación autonómica deberá respetar los lineamientos generales establecidos en la Ley Orgánica de la materia⁴⁹. En el mismo sentido, el TC en el ATC 428/1989 de 21 de julio, determina que: «la LO 3/1984 ha establecido un modelo de participación cuyas líneas maestras debe seguir la legislación autonómica...». En opinión de María Reyes Pérez Alberdi, las líneas maestras a las que se refiere este Auto incluirían la definición de los titulares, el objeto de la ILP, las facultades que integran su contenido; así como las condiciones que garanticen la igualdad en la posición jurídica de los ciudadanos⁵⁰.

Fuera de estos supuestos, la normativa de las CC. AA. puede establecer elementos novedosos que contribuyan a revitalizar el carácter participativo de la institución. Es el caso de la normativa de las Islas Baleares, Asturias, Aragón y Cataluña⁵¹. Así, la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de Iniciativa Legislativa Popular de la Comunidad Autónoma de Cataluña, no establece el trámite de toma en consideración, sino que su presentación da lugar directamente al procedimiento legislativo ordinario, por lo que la ILP se configura como una auténtica iniciativa legislativa⁵². Además establece las posibilidades de que la ILP pueda ser suscrita mediante firma electrónica, y que durante

47 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. *La iniciativa legislativa popular...*, op. cit., 29 y CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. *Participación directa...*, op. cit., 373.

48 BILBAO UBILLOS, Juan María. 2011: «La iniciativa legislativa popular en la UE y en las Comunidades Autónomas». En Francisco Javier Matia Portilla (coord.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 369-380; y CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. *Participación directa...*, op. cit., 475.

49 Véase VINTRÓ CASTELLS, Joan. «Un punto de partida...», op. cit., 15 y BIGLINIO CAMPOS, M. Paloma. «La iniciativa...», op. cit., 301.

50 PÉREZ ALBERDI, María Reyes. *El derecho fundamental...*, op. cit., 338-339.

51 MARCO MARCO, Joaquín J. «El letargo participativo...», op. cit., 48.

52 VINTRÓ CASTELLS, Joan. «Un punto de partida...», op. cit., 19.

el trámite parlamentario los promotores puedan defender su propuesta ante el Parlamento. El cambio más sustancial que introduce recae en las condiciones subjetivas para suscribir las proposiciones de ley, extendiendo el derecho estatutario a promover y presentar una iniciativa legislativa a los ciudadanos europeos, a los ciudadanos extranjeros residentes en los municipios de la Comunidad y a los ciudadanos entre 16 y 18 años⁵³.

Para un sector de la doctrina, los cambios que introduce la Ley 1/2006 de 16 de febrero, respecto de la titularidad de la ILP, adolecen de inconstitucionalidad en cuanto se inscriben en contenido esencial de la ILP y, por tanto, solo pueden ser objeto de regulación mediante ley orgánica; y, concretamente, respecto de la atribución de titularidad de la ILP a los extranjeros, contraviene el art. 13 CE que reserva la titularidad de los derechos del art. 23 CE a los ciudadanos españoles⁵⁴. En sentido contrario, María Jesús Larios Paterna entiende que las Cámaras autonómicas están facultadas para regular la atribución de titularidad de la ILP en el marco de las materias de sus competencias y, por tanto, no cabe apreciar inconstitucionalidad⁵⁵.

En mi opinión, aunque desde el punto de vista de la ampliación de derechos, resulta deseable que sea reconocida la titularidad de la ILP a jóvenes entre 16-18 años y a ciudadanos extranjeros, la competencia de las CC. AA. respecto a la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1.º CE) no alcanza a estas modificaciones, porque la titularidad de la ILP la determina expresamente la propia Constitución sin que quepa una interpretación distinta al texto constitucional.

5.2. Incidencia práctica de la ILP en el ámbito autonómico

Dado el número de CC. AA., y las abundantes propuestas presentadas desde la puesta en marcha de la ILP en el ámbito regional, me remitiré a la valoración de estudios estadísticos realizados por otros autores. Así, Juan María Bilbao Ubillos concluye que el rendimiento de la ILP en el ámbito de las CC. AA., en relación al número de propuestas presentadas y el resultado de la tramitación parlamentaria, tiene un balance similar al de los porcentajes de las ILP en ámbito estatal⁵⁶. Por otro lado, el número de propuestas presentadas marca un incremento a medida que se avanza de una legislatura a otra. Sin embargo, cabe notar que la evolución positiva en el número de ILP es más acusado en determinadas CC. AA., como es el caso de Cataluña, Galicia y Canarias⁵⁷. Aitor Martínez Jiménez entiende que uno de los factores que hacen que

53 CUESTA LÓPEZ, Víctor. Manuel. *Participación directa...*, *op. cit.*, 475-476.

54 PÉREZ ALBERDI, María Reyes. *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, 308-309.

55 LARIOS PATERNA, María Jesús. «Participació dels ciutadans...», *op. cit.*, 188-190.

56 BILBAO UBILLOS, Juan María. «La iniciativa legislativa popular...», *op. cit.*, 380-388.

57 CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. *Participación directa...*, *op. cit.*, 421.

estas CC. AA. lideren el número de ILP presentadas en el ámbito regional obedece, por un lado, a que su normativa favorece la comparecencia de la Comisión Promotora en sede parlamentaria; y, de otro lado, esta actitud favorable al ejercicio de la ILP se corresponde con un mayor número de propuestas aprobadas en relación a otras CC. AA. que tienen una actitud menos aperturista⁵⁸.

6. RELACIÓN ENTRE LA ILP Y LAS INICIATIVAS POPULARES EN EL ÁMBITO LOCAL

Las iniciativas populares en el ámbito local no versan sobre propuestas legislativas sino que constituyen una forma de participación ciudadana en la actividad administrativa de los entes locales⁵⁹, que se encuentra excluida del ámbito del derecho de participación política del art. 23 CE. Es decir, que no se trata una institución de participación política sino de participación administrativa⁶⁰. No obstante, hago una breve referencia a esta institución en virtud de la relación funcional con la ILP, como institución de democracia participativa.

El régimen común a la Iniciativa Popular Local, lo encontramos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), cuyo art. 18.1 inc. h) configura la Iniciativa Popular como un derecho y un deber de los vecinos. Las reformas incorporadas a la LRBRL a partir de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, permiten la inclusión de la participación ciudadana en normas de carácter orgánico (art. 70.1 bis LRBRL), y atribuyen la titularidad de la iniciativa popular a «los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales» mediante la presentación de «propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal» (art. 70.2 bis LRBRL).

El procedimiento de la Iniciativa Popular se inicia con la presentación de la propuesta suscrita por el porcentaje de vecinos indicado en el art. 70.2 bis LRBRL en función del número de habitantes del municipio. Una vez verificado este requisito, el secretario del Ayuntamiento deberá emitir un informe sobre la legalidad de la propuesta, es decir, se trata de un juicio normativo y no político. Si la propuesta afecta a derechos y obligaciones de contenido económico del Ayuntamiento, se requerirá, además, un informe del interventor. Posteriormente, se abre la fase de debate y votación

58 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. *La iniciativa legislativa popular...*, op. cit., 30.

59 GARCÍA GARCÍA, María Jesús. 2008: «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 443.

60 IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. 2007: *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 38-39 y 264-276.

del pleno, que tiene como objetivo averiguar el respaldo con que cuenta la iniciativa popular entre los distintos grupos políticos que conforman el órgano plenario. El procedimiento concluye con una resolución motivada por parte del órgano competente, quien podrá aceptar, modificar o rechazar la iniciativa, en coherencia con lo establecido por el art. 69.2 LRBRL:

Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de auto-organización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.

Juan Ignacio Soto considera una falta de garantía el que la LRBRL no prevea un plazo determinado para que la iniciativa sea discutida en pleno ni el establecimiento de consecuencias legales en caso de incumplimiento⁶¹. En sentido contrario, María Jesús García considera que la regulación de la LRBRL establece unas garantías mínimas de participación de los ciudadanos, que pueden ser ampliadas a su favor por la legislación autonómica, tanto respecto requisitos como al procedimiento⁶², por lo que cabe establecer la delimitación de plazo en las respectivas legislaciones autonómicas.

En mi opinión, la configuración de la Iniciativa Popular local como derecho subjetivo de participación ciudadana en la actividad administrativa de los entes locales (18.1 inc. h), LRBRL) y la conclusión del procedimiento, mediante una resolución administrativa, motivada y fundada en derecho, susceptible de recurso contencioso-administrativo, hace indispensable no sólo el establecimiento de un plazo máximo para que la iniciativa sea incluida en el orden del día del pleno del Ayuntamiento, sino, además, para su resolución. Mientras ese plazo no sea fijado por la ley, considero que los Ayuntamientos habrán de sujetarse a lo dispuesto en el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que establece que: «Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses».

61 SOTO, Juan Ignacio. 2011: «El derecho de iniciativa ciudadana en el ámbito local». *Activitat parlamentària*, 2011, 11: 45.

62 GARCÍA GARCÍA, María Jesús. 2010: «La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local». *Cuadernos de Derecho Local*, 2010, 24: 20.

7. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ILP

7.1. Reserva de Ley Orgánica

El art. 87.3 CE contempla que la regulación de las formas de ejercicio y requisitos de la ILP se hará mediante Ley Orgánica. Esto nos remite a la regulación del art. 81 CE que define la Ley Orgánica, en virtud de un criterio material –para la ILP la reserva establecida por el art. 87.3 CE– y de un criterio formal, por el que se exige mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en la votación final sobre la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica⁶³. La reserva de Ley Orgánica para regular la ILP constituye una garantía normativa que impide la acción del legislador ordinario en la materia, puesto que su aprobación requiere mayoría absoluta. No sólo se trata de proteger la institución en sí misma, sino aquellos aspectos de su organización y ejercicio que dimanen del propio derecho de participación contenido en el art. 23.1 CE, tal y como se expresan finalmente en la LOILP.

7.2. Recurso de amparo

El art. 6 de la LOILP prevé que, contra la resolución de inadmisión de la iniciativa por parte de la Mesa del Congreso, cabe el recurso de amparo ante el TC, que habrá de sustanciarse de acuerdo al art. 42 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). La Comisión Promotora es el órgano legitimado para la interposición del recurso. El recurso se presenta directamente ante el TC en un plazo de tres meses desde el momento en que la resolución de la Mesa del Congreso sea firme.

El TC valorará si la proposición incurre en alguna de las causas de inadmisión. Si considera que no es así, el procedimiento continuará su tramitación parlamentaria. Si las irregularidades afectan a preceptos concretos, la Mesa del Congreso lo comunicará a los promotores, a fin de que éstos manifiesten si desean retirar la iniciativa o mantenerla una vez que hayan efectuado las modificaciones correspondientes. Es importante recordar que, según la doctrina del TC, la resolución de admisión o inadmisión es un acto estrictamente normativo y no de oportunidad política, por lo que el Tribunal juzgará si esta resolución afecta directamente a la posibilidad del ejercicio del derecho⁶⁴. Esto es, que cuando no se aprecien las causas de inadmisibilidad, el TC dictaminará que la resolución de la Mesa del Congreso ha vulnerado el derecho del art. 23.1 CE en relación al art. 87 CE.

63 PÉREZ ROYO, Javier. 2007: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 685 y ss.

64 Véase el ATC 140/1992 de 25 mayo, FJ 3.º y ATC 304/1996, de 28 de octubre FJ 2.º.

8. PROPUESTAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y DE LEGE FERENDA

En un régimen de democracia representativa, la relación entre representantes y ciudadanos representados no puede ser de desconfianza, sino de cooperación, toda vez que la finalidad última que persiguen unos y otros es el bien común. Ciertamente debe haber límites que garanticen la subsistencia del sistema y la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, sin llegar al extremo de que el exceso de «garantía» atrofie una institución tan importante como la ILP, o la convierta en mera «ficción constitucional». La ILP es una institución funcional al sistema democrático, en cuanto permite prevenir al legislador sobre aspectos de la realidad social que se consideren necesarios de regular o bien, que requieran la modificación de su régimen jurídico.

Una vez superado el antagonismo entre democracia representativa y democracia directa, el dilema del régimen político se centra en una nueva categoría: la democracia participativa. De tal forma que la consecución de una Democracia avanzada no solo estará en el rendimiento de las instituciones representativas tradicionales, sino en función del grado de participación política de los ciudadanos y de la idoneidad de los instrumentos que permitan canalizar adecuadamente esa participación.

Tal y como se ha señalado, buena parte de la doctrina advierte que la actual regulación constitucional y legal de la ILP, paradójicamente, obstaculiza el ejercicio de esta institución, pervirtiendo su naturaleza participativa y contraviniendo el mandato constitucional del art. 9.2 CE, que conmina a los poderes públicos a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política. La regulación de la ILP debe reflejar la voluntad del Estado para involucrar al ciudadano en las decisiones que le afectan. Este proceso participativo supone la consolidación del sistema democrático.

Las barreras impuestas por el Constituyente de 1978 a la ILP pudieron estar justificadas en el momento histórico en que se gestó la Constitución, sin embargo, en la actualidad carecen de sentido. A pesar de la desafección de los ciudadanos hacia la política tradicional, la sociedad española ha desarrollado un profundo respeto hacia la Constitución. Estamos ante ciudadanos que se movilizan dentro del marco de la Constitución Democrática y que no pretende una ruptura con el régimen político, sino de hacerlo funcional a sus intereses. Da cuenta de ello, el incremento significativo de propuestas de ILP presentadas en las últimas legislaturas.

Teniendo en cuenta que la ILP es una institución meramente propositiva, considero necesario realizar reformas de carácter constitucional y legal, en los siguientes sentidos:

- *Los límites materiales establecidos en el art. 87.3 CE, referidos a las materias reservadas a Ley Orgánica.* Esta restricción no se puede justificar como una extensión de la garantía de la reserva de ley, en cuanto la ILP es una mera

propuesta que no vincula en ningún caso a la competencia legislativa del Parlamento, ni altera el *quorum* necesario para la aprobación de la Ley que recoja la propuesta.

España es uno de los países europeos, con una de las legislaciones más restrictivas en relación a la ILP. Conviene llamar la atención, que en el ámbito de la Unión Europea se ha dictado el Reglamento (UE) n.º 211/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la iniciativa ciudadana; lo que denota un compromiso importante de la UE con la participación ciudadana. En ese sentido, considero que, antes que el desarrollo democrático de la UE imponga obligaciones al Estado español en esta materia, España debería dar un paso adelante y asumir una reforma constitucional que otorgue mayor funcionalidad a la ILP en el sentido de flexibilizar los límites materiales para permitir el ejercicio de la ILP en todas aquellas materias susceptibles de regulación por las Cámaras legislativas.

Ahora bien, si esta propuesta no contara con los respaldos necesarios para impulsar la reforma constitucional del art. 87.3 CE, sería recomendable que la Mesa del Congreso, al realizar el juicio de admisibilidad, haga una interpretación restrictiva de los límites materiales de la ILP previstos en la Constitución, y otorgue mayor trascendencia a la ILP, atendiendo a su relación con los arts. 9.2 y 23.1 CE. Obviamente, asumir esta propuesta requiere de la voluntad política de por parte de los diputados.

- *Límites formales.* El requisito del número de las firmas necesarias para presentar la ILP en el ámbito nacional resulta muy gravoso e impide el ejercicio pleno de la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas. Por ello, conviene asumir una reforma constitucional para rebajar el número de firmas requeridas, siguiendo el ejemplo de algunas legislaciones autonómicas que han atenuado este requisito a fin de favorecer el ejercicio de la ILP en las regiones.
- *Límites procedimentales.* El procedimiento de toma en consideración suele ser la etapa más crítica para la eficacia de la institución. Algunos autores defienden la supresión de este procedimiento en el trámite de la ILP, de forma que se tramite igual que las iniciativas legislativas del Gobierno, para dar así relevancia a la finalidad de participación ciudadana. El Parlamento de Cataluña ha optado por la supresión de la toma en consideración. En mi opinión, la toma en consideración, en sí misma, no afecta a la finalidad de la ILP, siempre que se lleve a cabo un debate parlamentario con la intervención de la Comisión Promotora de la propuesta y se puedan apreciar distintos puntos de vista que culminen con la decisión que más se ajuste al bien común, pues esto es en esencia la democracia. La actual LOILP prevé esta posibilidad: la comparecencia de los proponentes en sede parlamentaria; sin embargo, queda sujeta a la apreciación de

oportunidad que haga la Mesa de Congreso. Considero que la comparecencia de los promotores debería establecerse reglamentariamente desde un momento previo a la admisión para favorecer el diálogo entre la Comisión Promotora y la Mesa del Congreso y así, enriquecer el proceso de toma de decisiones.

- *Compensación estatal de los gastos ocasionados por la ILP.* Si bien la figura de la Compensación estatal de gastos es un incentivo importante para el ejercicio de la ILP, constituiría un mayor aliciente que la LOILP fijara su tramitación una vez que la mesa parlamentaria admite a trámite la proposición de ley y antes de que comience la campaña de recogida de firmas; permitiendo que la Comisión Promotora acceda al menos a un porcentaje del monto de la Compensación, que facilite la difusión de la proposición y la recogida de firmas, que es el objetivo esencial de la regulación de esta figura.

Conviene reflexionar sobre estas ideas, para que la ILP cumpla la función instrumental de canalizar las demandas de los ciudadanos que sus representantes políticos han pasado por alto por falta de conocimiento de las necesidades sociales o de sensibilidad política. La clase política no debería atrincherarse en las garantías de rigidez de la Reforma Constitucional, porque con ello corre el riesgo de convertir la Constitución española en una Constitución de papel, alejada de la realidad socio-política, de la Constitución viva. Por el contrario, debería reconocer a la sociedad civil como un interlocutor válido si quiere fortalecer la legitimidad del Régimen Político que configura la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia. 2013: «Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012, y el soterramiento de la ILP». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, 6: 66-78.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis. 1977: *Democracia directa y Estado constitucional*. Madrid: Edersa.
- AGUILÓ BONET, Antoni Jesús. 2013-2014: «Democracia y crisis económica en un mundo global». *Anuario CEIPAZ*, 2013-2014, 39-60.
- ALEXY, Robert. 2007: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARAGÓN REYES, Manuel. 2008: «Democracia y Parlamento». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 129-155.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. 2006: «La nueva Ley de Iniciativa Legislativa Popular». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, 78: 187-218.
- AZNAR GÓMEZ, Hugo. 2004: «Pluralismo y participación ciudadana: la reaparición de la Sociedad Civil». En José Miguel Piquer Marí, Miguel Catalán González, Hugo Aznar, Gabriela Carbonell Benito, Manuel Martínez Sospedra, Manuel Menéndez Alzamora, Joaquín Martín Cubas

- et al.: *Pluralismo: perspectivas políticas y desarrollos normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch-Universidad Cardenal Herrera-CEU, 135-166.
- BIGLINIO CAMPOS, M. Paloma. 1985: «La iniciativa legislativa popular en los ordenamientos jurídicos regionales». *Revista de Estudios Políticos*, 1985, 46-47: 289-308.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. 2011: «La iniciativa legislativa popular en la UE y en las Comunidades Autónomas». En Francisco Javier Matia Portilla (coord.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 333-388.
- BOBBIO, Norberto. 1985: *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janés.
- CABEDO MALLOL, Vicente. 2009: «La iniciativa legislativa popular en las comunidades autónomas: la necesaria reforma de su legislación». *Teoría y Realidad Constitucional*, 2009, 24: 455-476.
- CASTELLÀ I ANDREU, Josep Maria. 2013: «Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la Sociedad». *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2013, 5: 202-213.
- CRIBADO DE DIEGO, Marcos. 2012: «El proceso constituyente español de 1977-78: un marco político insuficiente en la actualidad». En Antonio Marco Aparicio, Wilhelmi De Cabo de la Vega, Marcos Criado de Diego, Rubén Martínez Dalmau, Albert Noguera Fernández y Roberto Viciano Pastor: *Por una Asamblea Constituyente: una solución democrática a la crisis*. Madrid: Ediciones Sequitur, 49-75.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor Manuel. 2007: *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Las Palmas de Gran Canaria. Tesis doctoral-Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, Luis María. 1982: *El régimen constitucional español*, vol. II. Barcelona: Editorial Labor.
- EUROPA PRESS. 2013: «El Senado aprueba la ley sobre desahucios con el rechazo de toda la oposición», 9 de mayo. <http://www.expansion.com/2013/05/08/economia/1368041630.html> [30 de junio de 2013].
- FREIXES SANJUÁN, Teresa y PORTCHEVA, Eva-María. 2009: «Iniciativa legislativa popular: estudio comparativo de la situación legal en los Estados Miembros de la Unión Europea y previsión de su futuro desarrollo a nivel de la UE». *Pliegos de Yuste: Revista de Cultura y Pensamiento Europeos*, 2009, 9-10: 37-46.
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús. 2008: «La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 416-460.
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús. 2010: «La iniciativa popular reglamentaria como forma de participación de los vecinos en la elaboración de disposiciones generales de carácter local». *Cuadernos de Derecho Local*, 2010, 24: 7-34.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. 1986: *El estado de partidos*. Madrid: Alianza.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. 2006: *La iniciativa legislativa popular: guía de uso*. Barcelona: Generalitat de Catalunya-Departament de Relacions Institucionals i Participació.
- GUTIÉRREZ VICÉN, Carlos. 2011: «Sinopsis artículo 87 CE», febrero. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=87&tipo=2> [2 de julio de 2013].
- HELD, David. 1991: *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.

- HESSEL, Stéphane. 2011: *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de una insurrección pacífica*. Barcelona: Ediciones Destino.
- IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. 2007: *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- JURADO GILABERT, Francisco. 2011: «Re-construyendo la democracia», mayo. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=127713> [15 de julio de 2013].
- KELSEN, Hans. 2002: *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares.
- LARIOS PATERNA, María Jesús. 2003: *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- LARIOS PATERNA, María Jesús. 2008: «Participació dels ciutadans en el procediment legislatiu: la nova regulació de la iniciativa legislativa popular i les compareixences legislatives». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 183-222.
- MALLAINA GARCÍA, Carmela. 2009: *Nuevos desafíos democráticos: hacia una iniciativa legislativa popular efectiva*. Madrid: Fundación Alternativas.
- MARCO MARCO, Joaquin J. 2006: «El letargo participativo: la iniciativa legislativa popular en España». *Revista de las Cortes Generales*, 2006, 69: 39-82.
- MARCO MARCO, Joaquin J. 2009: «La iniciativa legislativa popular en España (o el mito de Sísifo)». *Revista General de Derecho Constitucional*, 2009, 8: 2-33.
- MARTÍ, José Luis. 2006: *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*. Barcelona: Marcial Pons.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. 2012: *La iniciativa legislativa popular como instrumento de participación ciudadana en el siglo XXI*. Madrid: Fundación IDEAS.
- MARTÍNEZ PULJALTE, Antonio Luis. 2010: «Algunas notas sobre la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las leyes». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 2010, 23: 257-274.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. 2011: «La ampliación de la iniciativa legislativa popular». *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 2011, 80: 291-301.
- MORODO LEONCIO, Raúl. 1978: «Proceso constituyente y nueva Constitución española: anotaciones al preámbulo constitucional». *Revista de Derecho Político*, 1978, 1: 5-17.
- MURO I BLAS, Xavier. 2007: «Algunas cuestiones en torno a la Iniciativa Legislativa Popular». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, 19: 361-393.
- NAVARRO, Pedro Antonio. 2012: «La ofensiva taurina del PP: La “fiesta” será declarada “Bien de Interés Cultural” antes de que concluya el año». *El Siglo de Europa*, 2012, 973: 28-29.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. 2012: «La incapacidad de la Constitución española de 1978 como marco jurídico para una transformación democrática». En Marco Aparicio Wilhelmi, Antonio de Cabo de la Vega, Marcos Criado de Diego, Rubén Martínez Dalmáu, Albert Noguera Fernández y Roberto Viciano Pastor: *Por una Asamblea Constituyente: una solución democrática a la crisis*. Madrid: Ediciones Sequitur, 76-96.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes. 2008: «Democracia y participación». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2008, 37: 343-370.
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes. 2013: *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Departamento de Publicaciones-Congreso de los Diputados.
- PÉREZ ROYO, Javier. 2007: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

- PORRAS NADALES, Antonio J. 1994: *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. 2004: *El Estado de Bienestar en España: debates, desarrollos y retos*. Madrid: Editorial Fundamentos.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1984: *El contrato social*. Introducción de Raúl Cardiel Reyes. México: UNAM.
- RUBIO, Javier. 2013. «Réquiem por una Iniciativa legislativa Popular». *Rescaldos: Revista de Diálogo Social*, 2013. 28: 37-42.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alejandra. 2011: «Democracia directa en España y la UE, ¿una utopía?». *La Ley*, 2011, vol. 5: 711-718.
- SANJUÁN GARCÍA, Pablo. 2010: «La iniciativa legislativa popular: entre el derecho de participación y la democracia directa». *Lex Nova: La Revista*, 2010, 61: 18-22.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. 1985: «Artículo 87». En Fernando Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.
- SARTORI, Giovanni. 2008: *¿Qué es la democracia?* México: Tauros.
- SOTO, Juan Ignacio. 2011: «El derecho de iniciativa ciudadana en el ámbito local». *Activitat parlamentària*, 2011, 11: 42-49.
- VINTRÓ CASTELLS, Joan. 2011: «Un punto de partida: el marco normativo de la iniciativa legislativa popular en España». En Joan Vintró Castells y Juan María Bilbao Ubillos: *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 13-46.
- VÍRGILIA FURURIA, Eduardo. 2012: «La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas». En *Constitución y democracia ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III. Madrid: Universitas, 3467-3486.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN
(JULIO-DICIEMBRE 2013)

COORDINADORA:

Antonia DURÁN AYAGO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación:

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mario HERNÁNDEZ RAMOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL

Javier LASO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

Lourdes RUANO ESPINA
Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

Juan SANTOS VARA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Estrella TORAL LARA
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL

ADMINISTRATIVO

1. [Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) [BOE n.º 185, de 3-VIII-2013], por Marcos M. FERNANDO PABLO.
2. [Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación](#) [BOE n.º 251, de 19-X-2013], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ.
3. [Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental](#) [BOE n.º 296, de 11-XII-2013], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS.
4. [Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea](#) [BOE n.º 160, de 5-VII-2013], por Daniel TERRÓN SANTOS.
5. [Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa](#) [BOE n.º 295, de 10-XII-2013], por Manuela MORA RUIZ.
6. [Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural](#) [BOE n.º 272, de 13-XI-2013], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ.
7. [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno](#) [BOE n.º 295, de 10-XII-2013], por María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS.
8. [Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado](#) [BOE n.º 295, de 10-XII-2013], por Marcos M. FERNANDO PABLO.
9. [Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público](#) [BOE n.º 305, de 21-XII-2013], por M.ª Luisa GÓMEZ JIMÉNEZ
10. [Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico](#) [BOE n.º 310, de 27-XII-2013], por J. Ventura BUENO JULIÁN.
11. [Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público](#) [BOE n.º 311, de 28-XI-2013], por M.ª Luisa GÓMEZ JIMÉNEZ.
12. [Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local](#) [BOE n.º 312, de 30-XII-2013], por María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS.

CONSTITUCIONAL

13. [Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 92 y 93](#) [BOE n.º 284, de 27-XI-2013], por Marta LEÓN ALONSO.

ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

14. [Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa](#) [BOE n.º 300, de 16-XII-2013], por José LANDETE CASAS.

EXTRANJERÍA

15. [Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#) [BOE n.º 262, de 1-XI-2013], por Francisco OLIVARES.

FINANCIERO y TRIBUTARIO

16. [Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización](#) [BOE n.º 233, de 28-IX-2013], por M.ª Ángeles GUERVÓS MAÍLLO.
17. [Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras](#) [BOE n.º 260, de 30-X-2013], por M.ª Ángeles GUERVÓS MAÍLLO.
18. [Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal](#) [BOE n.º 274, de 15-XI-2013], por Isabel GIL RODRÍGUEZ.
19. [Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014](#) [BOE n.º 309, de 26-XII-2013], por Isabel GIL RODRÍGUEZ.

MERCANTIL

20. [Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia](#) [BOE n.º 196, de 16-VIII-2013], por Juan ARPIO SANTACRUZ.
21. [Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#) [BOE n.º 209, de 31-VIII-2013], por Pilar MARTÍN ARESTI.
22. [Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización](#) [BOE n.º 233, de 28-IX-2013].
 - [Aspectos mercantiles de la Ley de Emprendedores](#), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.
 - [El emprendedor de responsabilidad limitada](#), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.
 - [Acuerdo extrajudicial de pagos y mediación concursal](#), por Fernando CARBAJO CASCÓN.
23. [Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal](#) [BOE n.º 289, de 3-XII-2013], por Alfredo ÁVILA DE LA TORRE
24. [Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público](#) [BOE n.º 311, de 28-XII-2013] - INCIDENCIA EN LA EMPRESA PRIVADA, por José Ramón BUITRAGO RUBIRA.
25. [Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias](#) [BOE n.º 311, de 28-XII-2013], por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.
26. [Crónica de Normativa Bancaria y del Mercado de Valores \(2.º semestre de 2013\)](#), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS.

PROCESAL

27. [Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad](#) [DOUE L 294, 6-XI-2013], por Lorenzo M. BUJOSA VADELL.
28. [Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) [BOE n.º 310, de 27-XII-2013], por Fernando MARTÍN DIZ.

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

29. [Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social](#) [BOE n.º 185, de 3-VIII-2013], por Juan Carlos GARCÍA QUIÑONES.
30. [Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores](#) [BOE n.º 305, de 21-XII-2013], por Wilfredo SANGUINETI RAYMOND.
31. [Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social](#) [BOE n.º 309, de 26-XII-2013], por María Cristina POLO SÁNCHEZ

UNIÓN EUROPEA

32. [Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea](#) [BOE n.º 161, de 6-VII-2013], por Javier LASO PÉREZ.
33. [Reglamento \(UE\) n.º 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento \(CE\) n.º 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales](#) [DOUE L 295, 6-XI-2013], por Soledad RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO.
34. [Reglamento \(UE\) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras \(Eurosur\)](#) [DOUE L 295, 6-XI-2013], por Juan SANTOS VARA.
35. [Reglamento \(UE\) n.º 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen](#) [DOUE L 295, 6-XI-2013], por Soledad RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO.
36. [Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento \(UE\) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior \(«Reglamento IMI»\)](#) [DOUE L 354, de 28-XII-2013], por José-María GÓMEZ-RIESCO TABERNEO DE PAZ.
37. [Decisión n.º 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta»](#) [DOUE L 354, 28.12.2013], por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ.

Ley 12/2013 de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria [BOE n.º 185, de 3-VIII-2013]

Cadena alimentaria

El sector agropecuario presenta rasgos distintivos muy acusados: estacionalidad, dispersión territorial, atomización de la oferta, dependencia de otros sectores (transporte, energía y comercialización), que hacen que su papel estratégico deba ser atendido por los poderes públicos, a fin de que aquellos rasgos y la presencia de poderosos grupos de transformación/comercialización no perjudiquen la competitividad y rentabilidad de todos los agentes implicados en la cadena de valor.

La industria agroalimentaria está integrada mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, junto con grandes grupos industriales españoles e internacionales. El sector de la distribución alimentaria, por su parte, se encuentra dividido en dos tipos de canales de venta. Un primer canal muy concentrado en empresas con superficies de venta de mediano y gran tamaño, que ofertan una amplia gama de productos que, normalmente, pertenecen a grandes grupos de distribución minorista que concentran la demanda (lo que les confiere un gran poder de negociación frente a los proveedores). En segundo lugar, el canal del comercio especializado, formado por empresas con superficies de venta al público de reducido tamaño, de tipo familiar, ubicadas en mercados municipales, galerías comerciales o instalaciones de venta propias.

Bajo la nomenclatura de «medidas», y siguiendo indicaciones genéricas del derecho comunitario (en particular, la «[Comunicación sobre la “mejora del funcionamiento” de la cadena agroalimentaria](#)», de 2009), la Ley trata (siguiendo la estela de normas anteriores que ahora resultan modificadas, tales como [Ley 38/1994, de 30 de diciembre, Reguladora de las Organizaciones interprofesionales agroalimentarias](#) o la [Ley 2/2000, de 7 de enero, Reguladora de los contratos-tipo de productos agroalimentarios](#)) de mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria.

Sobre la base de lo que se entiende por ésta (con exclusión de las actividades de transporte y las relaciones comerciales con las empresas que operan en el canal de hostelería: hoteles, restaurantes, bares y cafeterías) quedan sujetas a la Ley las relaciones comerciales de los operadores y las transacciones comerciales, continuadas o periódicas, cuyo precio sea superior a 2.500 euros, siempre que éstos se encuentren en algunas de las siguientes situaciones de desequilibrio: que uno de los operadores tenga la condición de PYME y el otro no; que en los casos de comercialización de productos agrarios no transformados, perecederos e insumos alimentarios, uno de los operadores tenga la condición de productor primario agrario, ganadero, pesquero o forestal o una agrupación de los mismos y el otro no la tenga; y, en tercer

lugar, que uno de los operadores tenga una situación de dependencia económica respecto del otro operador, entendiéndose por tal dependencia que la facturación del producto de aquél respecto de éste sea al menos un 30% de la facturación del producto del primero en el año precedente.

La Ley establece la obligación de formalizar por escrito los contratos alimentarios que se producen en tales condiciones, debiendo contener las correspondientes cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible modificación y, en su caso, para la determinación de su eficacia retroactiva y un contenido mínimo tasado (artículo 9), al tiempo que se regulan las prácticas comerciales abusivas. Y entre ellas, la prohibición de pagos adicionales, sobre el precio pactado, salvo que se refieran al *riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto o a la financiación parcial de una promoción comercial de un producto reflejada en el precio unitario de venta al público y hayan sido pactados e incluidos expresamente* en el correspondiente contrato formalizado por escrito, junto con la descripción de las contraprestaciones a las que dichos pagos estén asociados.

Además de la regulación de un aparato administrativo (Observatorio de la Cadena Alimentaria, Agencia de Información y Control Alimentarios encargada del control y la inspección, regulación de un completo repertorio de infracciones y sanciones administrativas, así como medidas de fomento de la integración y competitividad de los agentes), la Ley contiene una muy censurable Disposición Adicional Cuarta directamente dirigida contra los análisis comparativos realizados por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, sometiendo la difusión de los mismos a un complejo procedimiento burocrático, que apunta a un triunfo final del sector industrial y la gran distribución comercial agroalimentaria.

Marcos M. FERNANDO PABLO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
macfer@usal.es

Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación [BOE n.º 251, de 19-X-2013]

Emisiones industriales/Prevención de la contaminación

Este Reglamento de emisiones industriales desarrolla la [Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación de 2002, modificada de forma importante en 2013](#) (vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. 2013: «Nueva normativa sobre emisiones industriales: la modificación de la legislación en materia de prevención y control integrados de la contaminación por Ley 5/2013, de 11 de junio». *Diario La Ley*, 17 de septiembre de 2013, n.º 8150, 10-17, y el comentario realizado en AIS, n.º 2/2013 http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/11519/11940), y realiza la transposición parcial, en relación con sus aspectos más técnicos, de la [Directiva de Emisiones Industriales de 2010](#); con lo que se completa el sistema normativo de uno de los instrumentos más destacables de la actual protección del medio ambiente en el mundo.

El Reglamento se inicia con las Disposiciones Generales (artículos 1 a 5), relativas a su objeto y ámbito de aplicación, las habituales definiciones, las técnicas emergentes, la tramitación electrónica y el régimen sancionador (que se remite al previsto en la Ley).

El Capítulo II (artículos 6 a 20) se dedica a la Autorización Ambiental Integrada, uno de los ejes del nuevo sistema de intervención administrativa en la industria por razones ambientales, estableciendo los principios comunes de los procedimientos para su concesión, de forma completa, para seguidamente abordar el novedoso procedimiento simplificado de modificación sustancial y de revisión de la misma, así como la coordinación entre estos procedimientos y el de evaluación de impacto ambiental y otros sistemas de intervención de competencia del Estado.

El régimen de la inspección y control en la materia se regula en el Capítulo III (artículos 21 a 25), estableciendo los sistemas, el desarrollo de la actividad y su planificación, la documentación exigible en tales procesos y las posibles medidas provisionales a adoptar.

De acuerdo con la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva de Emisiones y de la modificación de la Ley de Control Integrado de la Contaminación de 2013, el Reglamento regula en los capítulos siguientes algunas instalaciones industriales específicas, al tener ciertas peculiaridades.

Así, el Capítulo IV (artículos 26 a 41) establece las disposiciones para las instalaciones de incineración y coincineración de residuos, desde el ámbito, la solicitud de la autorización, su contenido, las condiciones de la instalación y los valores límite correspondientes, hasta las condiciones anormales de funcionamiento o la presentación de informes e información al público.

A continuación las disposiciones sobre las grandes instalaciones de combustión (con potencia térmica igual o mayor a 50 MW), incluyendo las instalaciones de calefacción urbana y el almacenamiento geológico de dióxido de carbono, entre otras, con sus valores de emisión, planes de desulfuración y controles del cumplimiento de tales valores.

Finalmente, en cuanto a su contenido material, el Capítulo VI (artículos 56 a 60) regula las instalaciones de producción de dióxido de titanio, prohibiendo la eliminación de residuos y estableciendo los sistemas de control de las emisiones al agua y a la atmósfera.

Con un marcado carácter técnico, el Reglamento finaliza su contenido con cuatro Anexos, que complementan las disposiciones sustantivas analizadas.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental [BOE n.º 296, de 11-XII-2013]

Evaluación ambiental

La evaluación ambiental resulta indispensable para la protección del medio ambiente al facilitar la incorporación de los criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones estratégicas, tanto a través de la evaluación de los planes y programas como mediante la evaluación de proyectos. Mediante ella se garantiza una adecuada prevención de los impactos ambientales concretos que puedan generarse al tiempo que permite el que se establezcan los mecanismos eficaces de corrección o compensación de los mismos.

Pues bien, partiendo de la experiencia acumulada en los veinticinco años de aplicación, en España, de la evaluación ambiental considerando los impactos ambientales de los proyectos, primero, y de los planes y programas, posteriormente, puede decirse que la evaluación ambiental se ha revelado como un instrumento útil para asegurar la sostenibilidad del desarrollo económico. Ahora bien, en dicho espacio de tiempo, también se han apreciado importantes disfunciones y carencias técnicas que debían corregirse tales como la tardanza en la emisión de algunas declaraciones ambientales o la diversidad normativa, lo que podría llegar a desvirtuar los efectos preventivos del procedimiento de evaluación ambiental.

Para corregir estos defectos apuntados, la Ley 21/2013 (LEA, en adelante) pretende ser un instrumento eficaz de protección medioambiental a través de tres medidas: la simplificación del procedimiento de evaluación ambiental, el incremento de la seguridad jurídica de los operadores y mediante la concertación de la normativa sobre evaluación ambiental en todo el territorio nacional.

En este sentido, el legislador entiende, con buen criterio en mi opinión, que la eficacia de la evaluación ambiental exige el que se establezca un procedimiento que sea común en todo el territorio nacional, sin perjuicio, claro está, de la facultad constitucional otorgada a las comunidades autónomas para el establecimiento de normas adicionales de protección.

De esta manera, la LEA unifica en un único texto el régimen jurídico de la evaluación de planes y programas (regulada hasta ahora por la [Ley 9/2006, de 28 de abril](#)) y proyectos (cuya regulación se contenía en el [Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero](#)), estableciendo un esquema similar para ambos procedimientos –evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental– y unificando la terminología al asimilarse la utilizada en la evaluación ambiental estratégica con la empleada en la evaluación de impacto, más antigua y ya consolidada en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, el informe de sostenibilidad ambiental que regulaba la Ley 9/2006, de 28 de abril, pasa ahora a denominarse estudio ambiental estratégico, mientras que la memoria ambiental pasa a ser, en virtud de esta ley, la declaración ambiental

estratégica a semejanza del estudio de impacto ambiental y la declaración de impacto ambiental, respectivamente.

Además, estos procedimientos se regulan exhaustivamente, lo cual aporta dos ventajas: primera, que las comunidades autónomas puedan adoptarlos en su ámbito de competencias sin más modificaciones que las estrictamente necesarias para atender a sus peculiaridades y, segunda, que el desarrollo reglamentario de la Ley no resulte del todo imprescindible.

Asimismo, la LEA pretende que se incremente la seguridad jurídica de los operadores mediante el establecimiento de una serie de principios a los que debe someterse la evaluación ambiental y el llamamiento a la cooperación en el marco de la Conferencia Sectorial del Medio Ambiente, lo que conllevará el desarrollo de una legislación homogénea en todo el territorio nacional, que permitirá a los promotores conocer por adelantado cuáles serían las exigencias legales de carácter medioambiental que se requieren para la tramitación de un plan, un programa o un proyecto independientemente del lugar donde pretendan desarrollarse. De conformidad con esos principios, debe reseñarse que todos los anexos que se incorporan a la LEA son legislación básica y, por tanto, de aplicación general.

La obligación principal que establece la LEA es la de someter a una adecuada evaluación ambiental todo plan, programa o proyecto que pueda tener efectos significativos en el medio ambiente, antes de su adopción, aprobación o autorización, señalando la consecuencia jurídica que deriva del incumplimiento de dicha obligación: la ausencia de validez de los actos de adopción, aprobación o autorización de los mismos, con independencia de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder (artículo 9 LEA).

Este aspecto preventivo de la LEA se refuerza con la mención expresa de las consecuencias jurídicas de la falta de pronunciamiento en los procedimientos ambientales, señalando que la falta de emisión de la declaración ambiental estratégica, del informe ambiental estratégico, de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental, en los plazos legalmente establecidos, en ningún caso podrá entenderse que equivale a una evaluación ambiental favorable (artículo 10 LEA).

Por vez primera se define la naturaleza jurídica tanto de los procedimientos como de las declaraciones ambientales. Así, en relación a los primeros, la evaluación ambiental estratégica y la evaluación de impacto ambiental se califican como «procedimiento administrativo instrumental» con respecto al procedimiento sustantivo y sectorial de aprobación o adopción de los planes y programas o de la autorización de los proyectos (artículo 5.1, letra a) LEA). Con respecto a los pronunciamientos ambientales –declaración ambiental estratégica, informe ambiental estratégico, declaración de impacto ambiental e informe de impacto ambiental– tienen la naturaleza jurídica de un informe preceptivo y determinante (artículo 5.2, letras d) y e) y artículo 5.3, letras d) y e) LEA). Este carácter determinante se manifiesta, desde el punto de vista formal o procedimental,

en que no es posible continuar con la tramitación del procedimiento sustantivo en tanto éste no se evacue y, desde el punto de vista material, es decir, en cuanto a la vinculación de su contenido para el órgano que resuelve, el carácter determinante de un informe supone que el mismo resulta necesario para que el órgano competente para resolver pueda formarse criterio sobre las cuestiones a las que el propio informe se refiere.

Para ir concluyendo, también debe destacarse que tanto para la evaluación ambiental estratégica como para la de impacto ambiental se diseñan dos procedimientos: el ordinario y el simplificado. Los motivos que han llevado al legislador a establecer esta distinción se encuentran en las propias directivas comunitarias, que obligan a realizar una evaluación ambiental con carácter previo de todo plan, programa o proyecto que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente.

Ahora bien, para determinados tipos de planes, programas o proyectos las directivas establecen la presunción *iuris et de iure* de que, en todo caso, van a tener efectos significativos sobre el medio ambiente y, por lo tanto, deberán ser evaluados antes de su aprobación, adopción o autorización, de conformidad con el procedimiento ordinario. Pero para los restantes planes, programas y proyectos, cada Estado miembro deberá realizar un análisis, caso por caso o mediante umbrales o a través de la combinación de ambas técnicas, para la determinación de si tienen efectos significativos sobre el medio ambiente. Pues bien, este análisis es lo que se ha denominado procedimiento de evaluación simplificado y si concluyese que el plan, programa o proyecto tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, deberá realizarse una evaluación ordinaria.

Y, por último, por lo que respecta a los plazos máximos, se establecen los siguientes: evaluación estratégica ordinaria: veintidós meses, prorrogables por dos meses más por razones justificadas debidamente motivadas; evaluación ambiental estratégica simplificada: cuatro meses; evaluación de impacto ambiental ordinaria: cuatro meses, prorrogable por dos meses más por razones justificadas debidamente motivadas, y evaluación de impacto ambiental simplificada: tres meses (artículos 17 y 33, respectivamente, LEA).

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Salamanca
miguelin@usal.es

Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea [BOE n.º 160, de 5-VIII-2013]

Ordenación de transportes terrestres y seguridad aérea

Pese a su nombre, la modificación de la Ley de Seguridad Aérea se limita a la creación de una nueva tasa cuyo hecho imponible es la realización por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea de actividades y la prestación de servicios de supervisión e inspección en materia de seguridad aérea que deberá ser abonada por los pasajeros de salida que embarquen en los aeropuertos españoles, sirviendo esta tasa para contribuir a la financiación de la propia agencia, toda vez que el gestor aeroportuario encargado de la gestión y cobro de la tasa ingresará, mediante transferencia directa a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, el importe íntegro de lo recaudado que formará parte del presupuesto de ingresos de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

Realmente este texto legal viene a dar cumplimiento por un lado a las disposiciones comunitarias como el [Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental](#), por el que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, en relación con el cumplimiento de los requisitos de establecimiento, competencia profesional, capacidad financiera y honorabilidad de las empresas.

Así se regula por la Ley 9/2013 la condición de transportista profesional, entre otros, con la renovación de los artículos 22, 23, 42.1, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51 y 52, incidiendo en la necesidad de obtención de una licencia o habilitación especial para realizar servicios de transporte terrestre de mercancías en concepto de porteador, así como su régimen de responsabilidades. Igualmente se establecen nuevas definiciones en relación con los requisitos de establecimiento, honorabilidad, capacidad financiera y competencia profesional para ejercer la profesión de transportista por carretera. También se determinan los requisitos para el otorgamiento de la autorización de transporte público tanto de mercancías como de viajeros, el lugar donde las mismas deben domiciliarse, el régimen de exenciones a la citada autorización, el régimen de transmisión de tales autorizaciones, su plazo de duración y validez condicionada al visado periódico, el régimen de incumplimiento de sus condiciones, etc.

La Ley 9/2013, en aplicación del [Reglamento \(CE\) 1072/2009](#) y del [Reglamento \(CE\) 1073/2009](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 21 de octubre de 2009, por los que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera y al mercado internacional de los servicios de autobuses, viene a sistematizar la regulación del transporte internacional. En particular incide en los servicios de transporte internacional que discurran parcialmente por territorio español utilizando vehículos que no se hayan matriculado en España y

en los transportes cuyo origen y destino se encuentren en territorio español, utilizando vehículos que no estén matriculados en España. Así, esta norma remite a lo dispuesto en los convenios internacionales, las disposiciones aprobadas por las organizaciones internacionales de las que España forma parte, la reglamentación de la Unión Europea sobre acceso al mercado de transporte internacional de mercancías y al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, o a los convenios internacionales suscritos por España.

Finalmente y en relación con el transporte público de viajeros se recogen las directrices del [Reglamento \(CE\) 1370/2007](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/1969 y (CEE) 1170/70 del Consejo. De modo que la Ley 9/2013 incorpora una serie de disposiciones que muestran la voluntad de adaptación de la renovada LOTT a la más moderna normativa de la Unión Europea sobre transporte público de viajeros por carretera (básicamente a lo dispuesto en el Reglamento 1370/2007). Muestra de lo anterior es lo dispuesto en relación con autorizaciones para el transporte público, en los ya citados artículos 43 y 48.

Daniel TERRÓN SANTOS
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Salamanca
datersa@usal.es

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa [BOE n.º 295, de 10-XII-2013]

Mejora de la calidad educativa

El artículo 27.2 de la CE dispone que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». En este marco irrenunciable se ha operado la reforma parcial de la [Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación](#), a través de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la Calidad Educativa, que proclama en su Preámbulo la necesidad de articular un sistema educativo de calidad, de carácter «inclusivo, integrador y exigente», que garantice la igualdad de oportunidades y haga posible que cada alumno o alumna desarrolle el máximo de sus potencialidades.

La nueva Ley señala que el sistema educativo español ha de tender hacia un modelo capaz de encauzar a los estudiantes hacia las trayectorias más satisfactorias desde la perspectiva de sus capacidades, en la medida en que se concibe la educación como «un instrumento de movilidad social». No se cuestiona lo esencial del modelo establecido a partir de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, pero sí los resultados del mismo en términos de calidad educativa, teniendo en cuenta las numerosas referencias internacionales que existen en materia educativa. Piénsese, en este sentido, cómo la ordenación temporal de los estudios se mantiene, de forma que la etapa de Educación Primaria concluye en el sexto curso (artículo 18), pero se incorporan como gran novedad de la reforma los sistemas de evaluación específico al término de la referida etapa (artículos 20 y 21 vigentes).

Desde esta perspectiva, la reforma de la Ley 2/2006 se lleva a cabo a través de una reforma parcial, porque, como señala el Preámbulo de la norma que examinamos, estamos ante la mejor técnica legislativa posible, en el sentido de que las reformas se plantean «de manera constante, sobre un marco de estabilidad general, según se van detectando insuficiencias o surgen nuevas necesidades», de tal modo que la Ley Orgánica 8/2013, de Mejora de la Calidad Educativa, se concibe como respuesta a un sistema educativo caracterizado como lastre para «la equidad social y la competitividad del país».

En este sentido, uno de los objetivos explicitados de la reforma que nos ocupa es afrontar las altas tasas de abandono escolar temprano y los bajos niveles de calidad del sistema educativo; y a ello se suma una conceptualización concreta del alumnado, como un elemento activo en el proceso de aprendizaje, lo que debe traducirse en recompensar el rendimiento educativo.

Asimismo, la Ley establece como principios que han de guiar la reforma, y que se han proyectado sobre la modificación de preceptos concretos de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, o la inclusión de nuevas previsiones, los siguientes:

- El aumento de la autonomía de los centros.

- El refuerzo de la capacidad de gestión de la dirección de los centros.
- Evaluaciones de fin de etapa.
- Racionalización de la oferta educativa y flexibilización de las trayectorias de los estudiantes. En este sentido, se pretende el reforzamiento de materias troncales, a través de la revisión curricular, o la simplificación del desarrollo curricular.

En este contexto, debemos detenernos en la consideración de algunos preceptos que, a nuestro juicio, resultan esenciales para entender la dimensión de la nueva ordenación del sistema educativo, y que inciden en cuestiones con una cierta trayectoria histórica en lo que a su grado de complejidad y debate se refiere:

Así, en primer lugar, debemos hacer notar las modificaciones producidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Educación, en relación con los principios del sistema educativo español y, en particular, la nueva redacción de la letra l), en cuya virtud es un principio de este sistema «el desarrollo, en la escuela, de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género», junto a la inclusión de una nueva letra q), relativa a «la libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales». El artículo 18.3.c) de la Ley en relación con la etapa de Educación Primaria y el artículo 24.4.b respecto de la Educación Secundaria Obligatoria prevén que los estudiantes de cada etapa cursen como materias del bloque de «asignaturas específicas», Religión o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales, o, en su caso del alumno o alumna. Desaparece, pues, la Asignatura *Educación para la ciudadanía*, y el contenido relativo a la igualdad efectiva de mujeres y hombres se contempla como elemento transversal de toda la educación, superando, entonces, las consideraciones que se han hecho en relación a la conveniencia (o no) de estos contenidos en la aludida Asignatura, por su identificación con una concreta ideología feminista (téngase en cuenta la STS 11 de febrero de 2009, rec. 1013/2008).

En segundo lugar, debemos llamar la atención sobre la amplitud en cuanto a agentes y sujetos activos con la que se concibe el Sistema Educativo Español, que, no obstante, no se refleja de manera directa en la ordenación de competencias que sobre el mismo establece la Ley. Así, se introduce un nuevo artículo 2 *bis*, en cuya virtud el *Sistema Español Educativo* es «el conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España, y los titulares de ese derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementen para prestarlo» (apartado 1). En nuestra opinión, el precepto se refiere a una multiplicidad de sujetos, públicos y privados que, en principio, parecen estar en pie de igualdad, y a una multiplicidad de acciones que se atribuyen a unos y otros sin diferenciación alguna, lo cual es cuestionable, si tenemos en cuenta que nos situamos en el ámbito del artículo 27 CE y la importancia del reparto competencial que establece la Constitución, en el que

no debe perderse de vista la previsión del artículo 149.1.1, en cuanto a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles.

Junto a ello, el precepto solo identifica a las Administraciones educativas, que son los órganos competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, sin precisar ningún extremo más del apartado anterior (apartado 2), y añade en su apartado tercero que los instrumentos del *Sistema Educativo Español* son: el Consejo Escolar, la Conferencia Sectorial de Educación, las mesas sectoriales de negociación de la enseñanza pública y la enseñanza concertada que se constituyan, el Sistema de Información Educativa, y el sistema Estatal de Becas y Ayudas al estudio.

Sobre la base de esto último, el nuevo artículo 6 *bis* regula las competencias del Estado, diferenciando entre las competencias generales del Gobierno en cuanto a la ordenación general del sistema educativo, y otras competencias más específicas del Gobierno o del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en relación con los contenidos de las diferentes etapas y el sistema de evaluación, junto a otra serie de competencias reconocidas a las Administraciones educativas (lo cual incluye a la del Estado), en las que los centros docentes podrán completar contenidos y concretar horarios (artículo 6 *bis*.2). En nuestra opinión se articula una distribución de competencias compleja, incluso artificial en algunas de las diferenciaciones que se hacen, que puede plantear problemas desde el punto de vista de los principios de coordinación y/o cooperación.

Finalmente, buena parte de los principios que se mencionaron con anterioridad se proyectan específicamente en numerosos artículos que se introducen de forma novedosa por la Ley Orgánica 8/2013. En este sentido, sin ánimo exhaustivo, se introduce una nueva Sección 4.^a en el Capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2006, relativo al «alumnado con dificultades específicas de aprendizaje», en el que destaca el nuevo artículo 79 *bis*, sobre «medidas de escolarización y atención», en cuya virtud se positiviza el principio de normalización e inclusión y garantía de no discriminación.

Y, por su parte, el artículo 122 *bis*, en línea con las medidas de refuerzo de la autonomía de los centros y potenciación de la función directiva, introduce la posibilidad de llevar a cabo acciones destinadas a fomentar la calidad de los mismos, a través de cuestiones como la previsión de medidas honoríficas.

Sin duda, estamos ante una norma de gran importancia, en la medida en que la Educación constituye una pieza clave en el desarrollo de la sociedad. Pero, a la vez, es una norma compleja, que entra en la revisión de numerosas cuestiones esenciales del modelo educativo de este país y que, incluso, en su puesta en marcha, establece un proceso progresivo de implantación, a través del calendario previsto en la Disposición Final 5.^a de la Ley Orgánica 8/2013, que puede plantear una transitoriedad difícil en su realización por los centros.

Manuela MORA RUIZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva
manuela@uhu.es

Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural [BOE n.º 272, de 13-XI-2013]

Tauramaquia como Patrimonio cultural

Asediada injustamente en varios frentes, la fiesta de los toros, cuyas raíces históricas se pierden en los siglos, ha tenido una gran atención por parte de los Poderes Públicos, primero con normas prohibitivas imposibles de hacer cumplir, después con una política de tolerancia, con altibajos, hasta que en el marco de la Constitución Española de 1978 se aprobó la [Ley taurina de 1991](#), que es la primera de la historia, y su [Reglamento de 1996](#).

Debido a su arraigo, al contenido cultural indudable y a que se respetaba en toda España, y por todas las Comunidades Autónomas, no se estimó necesario en esos años definir su condición de patrimonio cultural común de los españoles.

No obstante, los problemas derivados de la dispersión reglamentaria autonómica y las derivas de alguna región implantando una sesgada prohibición de las corridas de toros trajeron consigo la presentación de una iniciativa legislativa popular que, después de su tramitación parlamentaria, se convirtió en la citada Ley para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural (ver FERNÁNDEZ DE GATTA, D. 2014: «La Ley de 12 de noviembre de 2013 para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural: una esperanza para el futuro». *Diario La Ley*, 29 de enero de 2014, n.º 8239, 1-10), que supone el abandono por los Poderes Públicos de su clásica política de tolerancia, para constituir un texto que reconoce el esencial carácter cultural común de la tauromaquia, y de todas sus manifestaciones, y establece el conjunto de medidas más importante adoptado nunca en España.

La nueva Ley contiene un excelente Preámbulo que explica claramente la justificación de la misma, la importancia de la tauromaquia y el objeto de la propia Ley. En efecto, en primer lugar se justifica con argumentos de peso la inclusión con normalidad de la tauromaquia en el patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles, que es indiscutible y merece ser preservado como un tesoro propio de nuestro país, rico en culturas distintas. Además, se dice, este reconocimiento supera la mera conexión de los espectáculos taurinos con el fomento de la cultura.

En segundo lugar, y atajando ciertas argumentaciones de los contrataurinos (calificativo, clarísimo, que utiliza atinadamente el matador Juan Diego, presidente de la Unión de Toreros), el Preámbulo estima con nitidez que

[I]a sociedad española es muy diversa y dentro de esa diversidad encontramos grandes aficionados y a su vez muchos ciudadanos que han manifestado su preocupación por el trato que reciben los animales durante los espectáculos taurinos. Conscientes de la heterogeneidad de la sociedad, también debemos admitir que, actualmente, existe un consenso en la aceptación mayoritaria del carácter cultural, histórico y tradicional de la Tauromaquia como parte esencial del Patrimonio Histórico, Artístico, Cultural y

Etnográfico de España. Como tal, es responsabilidad de los poderes públicos asegurar la libertad del creador y, en este caso, del desarrollo de cualquier expresión artística, como es la Tauromaquia, y el respeto hacia ella.

A continuación, el texto destaca la importancia económica del sector taurino, precisando que «[l]a Tauromaquia constituye un sector económico de primera magnitud, con una incidencia tangible en ámbitos diversos y dispersos como son el empresarial, el fiscal, el agrícola-ganadero, el medioambiental, el social, el alimentario, el industrial o el turístico, entre otros».

Por las razones anteriores, no cabe duda de que, como enfatiza el Preámbulo, «[e]n consecuencia, corresponde al Estado ordenar y fijar las directrices y criterios globales de ordenación del sector taurino, en su doble e inseparable aspecto de patrimonio cultural de carácter nacional y de sector económico y sistema productivo propio y bien delimitado en su contenido».

Pero, además, el texto no olvida un aspecto asimismo tan importante como que:

[l]a Tauromaquia es un conjunto de actividades que se conecta directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas amparados por nuestra Constitución, como son las de pensamiento y expresión, de producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Y resulta evidente que la Tauromaquia, como actividad cultural y artística, requiere de protección y fomento por parte del Estado y las Comunidades Autónomas.

Indudablemente, este argumento afianza aun más las competencias del Estado para intervenir en el ámbito taurino.

Por todo esto, el Preámbulo señala con claridad que «[e]l objeto de la Ley es delimitar la Tauromaquia como parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional»; lo que trae «como consecuencia, en un marco de colaboración entre las diferentes Administraciones Públicas, un deber general de protección y, a su vez, unas medidas de fomento y protección en el ámbito de la Administración General del Estado».

La innegable e indudable consideración del ámbito taurino como patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles y el afianzamiento de las competencias del Estado en la materia han obligado a cambiar el concepto legal objeto de protección, desde el habitual de «Fiesta de los Toros» por el más preciso de «Tauromaquia», al vincularse éste a los aspectos culturales e históricos de ese ámbito y eliminar los aspectos más administrativos vinculados a su consideración como espectáculo taurino, exclusivamente, y por tanto de competencia autonómica; asegurando sin problema competencial alguno la intervención normativa y administrativa del Estado.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley señala que, a los efectos de la misma, «se entiende por Tauromaquia el conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en

la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español. Por extensión, se entiende comprendida en el concepto de Tauromaquia toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma». Concepto amplio, sin duda, que abarca todas las manifestaciones taurinas, pues, como dice su Preámbulo, se incluyen «no solo las corridas de toros sino un numeroso conjunto de tradiciones y festejos populares vinculados al mundo del toro».

Seguidamente, el artículo 2 de la Ley establece que, en los términos definidos en el precepto anterior, la tauromaquia «forma parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa aplicable y los tratados internacionales sobre la materia». Integración de la tauromaquia en el patrimonio cultural común, que ya era un hecho real, proveniente de la propia sociedad, y que ahora, expresamente, por ministerio de la ley se incorpora a tal categoría legal; cuestión que obviamente puede realizar la ley, de acuerdo con y en el marco de la Constitución Española.

Pero, además, debe tenerse en cuenta la inescindible consideración de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial, cuyo régimen jurídico en la Ley de Patrimonio Histórico Español, como patrimonio etnográfico, tenía problemas de concreción, en particular de las medidas de promoción y protección; cuestión que se solventará con la futura legislación en la materia, ya que el [Anteproyecto de Ley de Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial](#) está comenzando su andadura. No obstante, hay que señalar que las Comunidades Autónomas de Murcia, Castilla-La Mancha y Madrid ya han declarado la fiesta de los toros como bien de interés cultural, y la Comunidad de Castilla y León está a punto de finalizar el procedimiento administrativo de declaración; debiendo resaltarse que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 857/2012, de 21 de noviembre, ha avalado jurídicamente la impecable declaración de la Comunidad de Madrid.

Dada, pues, la consideración de la Tauromaquia como patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, surge automáticamente un deber legal de llevarlo a cabo, tal como claramente señala el artículo 3 de la Ley, al decir que «[e]n su condición de patrimonio cultural, los poderes públicos garantizarán la conservación de la Tauromaquia y promoverán su enriquecimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 de la Constitución». Es decir, y este es el efecto más inmediato de la nueva Ley, la tauromaquia, a partir de ahora, ha de ser conservada, protegida y promovida por todos los Poderes Públicos, incluidas obviamente todas las Administraciones Públicas.

Sin perjuicio de que la protección y conservación de la tauromaquia sea responsabilidad de todos los Poderes Públicos y de todas las Administraciones, no cabe duda de que, dada su condición de patrimonio cultural común de todos los españoles, una responsabilidad mayor le incumbe a la Administración General del Estado, precisamente teniendo como base constitucional los artículos 44 (cultura), 46 (patrimonio

histórico y cultural), 149-1.º-1.ª (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de deberes constitucionales) y 28.ª (defensa del patrimonio cultural español), y 149-2.º (consideración del servicio de la cultura como deber y atribución esencial del Estado).

Así, de acuerdo con estos preceptos constitucionales, el artículo 5 de la Ley asigna importantes competencias a la Administración General del Estado, como son garantizar la conservación y promoción de la tauromaquia como patrimonio cultural de todos los españoles, así como tutelar el derecho de todos a su conocimiento, acceso y libre ejercicio en sus diferentes manifestaciones.

Es más, en este sentido y para lograr los fines anteriores, el mismo precepto atribuye al Gobierno de la Nación una serie de medidas, que tienen un carácter esencial para el futuro de la tauromaquia en España, e incluso son ejemplo para otros países taurinos, y que son:

- la aprobación del [Plan Estratégico Nacional de Fomento y Protección de la Tauromaquia](#), garantizando el libre ejercicio de los derechos inherentes a la misma; aprobación que se ha producido el 19 de diciembre de 2013;
- el impulso de los trámites para la inclusión de la tauromaquia en la lista representativa del Patrimonio Cultural inmaterial de la Humanidad, de acuerdo con la Convención de la UNESCO de 2003;
- la actualización de la normativa taurina, a través del marco de colaboración de la Comisión Nacional de Asuntos Taurinos;
- el impulso de normas y actuaciones que fomenten el principio de unidad de mercado, responsabilidad social y libertad de empresa en el ámbito de la tauromaquia, en consideración a los beneficios económicos, sociales y medioambientales que esta actividad genera, y
- el impulso y fomento, en colaboración con las restantes Administraciones Públicas, de los mecanismos de transmisión de los conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas que confluyen en la corrida de toros y el arte de lidiar; así como potenciar otras medidas de identificación, documentación, investigación, valoración y transmisión de este patrimonio en sus distintos aspectos.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [BOE n.º 295, de 10-XII-2013]

Transparencia y Buen gobierno

Tanto el principio de transparencia como el derecho a la información se consideran como valores fundamentales de un Estado democrático, ya que sirven para combatir la corrupción y la opacidad de la administración, pues no debemos olvidar que la transparencia es lo que permite garantizar y reforzar el deber de vigilancia de las instituciones por parte de los ciudadanos.

El derecho a la información pública permite que el ciudadano tenga la información de lo que ocurre en su país, y pueda tener una visión más acorde con la realidad, de esta forma la información nos proporciona una mayor transparencia de la gestión de los órganos administrativos.

La Ley que analizamos parte de tres ideas claves u objetivos:

- el incremento y refuerzo de la transparencia en la actividad pública,
- el reconocimiento y garantía del acceso a la información, y
- el establecimiento de las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

Se aplica no sólo a las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y los entes públicos vinculados o dependientes de ellas (Administración institucional), sino también a la denominada Administración independiente (entidades gestoras de la Seguridad Social, Universidad, sociedades mercantiles, fundaciones), así como las corporaciones de derecho público y demás poderes públicos (Congreso de los Diputados, Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, el Banco de España, el Defensor del pueblo, la Casa Real...) en relación con las actividades que realicen sujetas a Derecho administrativo. También se consideran sujetos obligados los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que perciban ayudas o subvenciones públicas.

Estos organismos deberán publicar de forma periódica y actualizada la información que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública, debiendo ser publicada en las páginas web o sedes electrónicas de forma clara, estructurada y accesible.

La información que se publica puede ser de tres tipos: información institucional, organizativa y de planificación (artículo 6), información de relevancia jurídica (artículo 7) e información económica, presupuestaria y estadística (artículo 8).

Se crea un Portal de la Transparencia dependiente del Ministerio de la Presidencia para el mayor acceso a la información en donde se publicará la información que se

solicite con mayor frecuencia, debiendo ajustar su funcionamiento a los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.

De conformidad con la Constitución Española todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública [artículo 105b) CE], entendiéndose por información pública los contenidos o documentos que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos en esta Ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. El derecho de acceso a la información se encuentra limitado por las materias contenidas en el artículo 14 (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública...) y por los límites derivados del derecho a la protección de datos (artículo 15).

La Ley también regula el procedimiento para acceder a la información haciendo referencia a la solicitud, las causas de inadmisibilidad, su tramitación, resolución y su régimen de impugnación. La tramitación de las solicitudes de información se gestionará a través de las unidades de información.

El Título II bajo el epígrafe Buen Gobierno se aplica únicamente a los denominados altos cargos o asimilados (miembros del Gobierno, secretarios de Estado y el resto de los altos cargos de la Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración Local así como las entidades vinculadas o dependientes).

Uno de los logros de la Ley es la regulación del sistema de infracciones y sanciones por incumplimiento de las normas de incompatibilidades, de gestión económico-presupuestaria, de la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía... (artículos 27 a 29). Los representantes públicos podrán ser sancionados de conformidad al procedimiento sancionador regulado en los artículos 30 a 32 de la Ley. Se ha de señalar que dicho procedimiento es aplicable a infracciones cometidas por los altos cargos, por lo que para el resto del personal al servicio de la Administración y de los entes mencionados en el artículo 2.1 será de aplicación según los casos el Estatuto del Empleado Público o el Estatuto de los Trabajadores.

Como novedad se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como organismo público adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuya finalidad es la de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Las disposiciones adicionales de la Ley hacen referencia a la aplicación del derecho de acceso a la información pública, el deber de la Administración General del Estado de realizar una revisión, simplificación y consolidación de la normativa relacionada con la materia, los órganos a los que les corresponde resolver las reclamaciones, la colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos así como la necesidad de elaborar un plan formativo en el ámbito de la transparencia dirigido a funcionarios

y personal de la Administración General del Estado, a lo que debemos añadir que debería estar dirigido también a los denominados altos cargos o responsables públicos.

Las disposiciones finales modifican leyes relacionadas con el derecho a la información y la transparencia como es la [Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común](#); la [Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado](#); la [Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria](#); la [Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado](#), y la [Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo](#).

La entrada en vigor de esta Ley se realizará de forma escalonada entrando en vigor al día siguiente de su publicación el Título II relativo al buen gobierno, mientras que los restantes al año de su publicación, teniendo en cuenta que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales disponen de un máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en la ley.

Esta ley supone un paso en el camino a la transparencia y publicidad de las actuaciones de los poderes públicos, pero hay que ser realista pues no podemos creer que con esta Ley se vaya a eliminar de un plumazo la opacidad de la Administración y de la actuación de los responsables públicos, que ha caracterizado durante mucho tiempo su funcionamiento. Sin embargo, debemos esperar que algo se consiga.

M.^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
mgbustos@usal.es

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado [BOE n.º 295, de 10-XII-2013]

Unidad de Mercado

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) es quizás una de las más trascendentes de la presente Legislatura y viene precedida de un amplio conjunto de estudios y de un importante proceso de audiencia pública del anteproyecto, desde que la medida legislativa fuera incluida en el Programa Nacional de Reformas, tal como este fue entregado a la Comisión Europea, el 3 de abril de 2013. En el mismo se afirmaba ya la necesidad de rearticular más de 50.000 normativas diferentes que afectaban a la circulación de bienes y servicios y a la libertad de establecimiento en el Derecho interno.

Aunque nominalmente la Ley se dicta al amparo del artículo 149 1.^a, 6.^a, 13.^a y 18.^a de la CE (y, por tanto, supone el ejercicio de la competencia normativa del Estado sobre regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos; las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica; las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y legislación básica sobre contratos administrativos), en realidad, la Ley pretende dar satisfacción al interés constitucional presente en el artículo 139 CE.

En función de él, el Estado debe «actuar como garante de la unidad de mercado» (STC 96/2002) y puede hacerlo, respetando la distribución competencial entre Estado y CC. AA., con el objetivo de evitar la «fragmentación del mercado» y los «efectos disgregadores o disfuncionales» que se deriven de una diversidad de normas autonómicas.

Se trata de introducir las siguientes medidas: en primer lugar, se dota de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones adoptadas por la autoridad de origen, entendiendo por tal a la Comunidad Autónoma donde se ha establecido legalmente el operador (fabricante del bien o prestador del servicio) para llevar a cabo una determinada actividad económica (normativa de origen). En segundo lugar, se establecen los principios esenciales que deben inspirar todas las actuaciones de Estado y CC. AA. –también las normativas– en esta materia, a saber: necesidad y proporcionalidad en la intervención, simplificación y transparencia y no discriminación. En tercer lugar, se crea un nuevo Consejo para la Unidad de Mercado, como órgano de cooperación interadministrativa para el seguimiento de la aplicación de la Ley. En cuarto lugar, y decisivo, se organiza un sistema de resolución de conflictos derivados del incumplimiento de prescripciones de la Ley, que conlleva una muy importante modificación de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, estableciendo todo un nuevo contencioso-administrativo de la unidad de mercado, en la creencia (bien justificada) de que es el papel del Poder Judicial el decisivo para recentrar la unidad de mercado.

Por otra parte, y bajo la influencia del Derecho europeo, se extienden a otro conjunto de sectores los principios derivados de la Directiva de Servicios ([Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006](#)), de intervención pública mínima, justificados por su finalidad e intensidad en «razones imperiosas de interés general» que se identifican en un largo listado de razones que pueden motivar determinado grado de intervención previa sobre la libertad de empresa.

La Ley, en suma, define un conjunto de actuaciones que se entienden objetivamente contrarias a la libre circulación de bienes y servicios y la unidad de mercado y organiza un aparato estatal (el Consejo para la Unidad de mercado y la Comisión Nacional de Mercados y Competencia) al que, junto con un nuevo procedimiento contencioso-administrativo que puede ser interpuesto sólo por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, se encomienda la aplicación de la Ley.

Otro importante aspecto de la Ley radica en la tarea de simplificación y adecuación de la normativa sectorial que ordena realizar.

Críticamente, pueden apuntarse dos aspectos. Por una parte, la Ley pretende, en su condición de norma «básica», desplazar la normativa sectorial autonómica existente, que, ante la aplicación de los principios de «licencia única» (la del territorio de origen del operador o de radicación del establecimiento) conseguirá «simplificar» (desregular) un buen número de actividades. Pero tal efecto habría requerido, con seguridad, caracterizar y tramitar la Ley como ley de armonización, sin que se le haya dotado de tal condición. En efecto, el marco constitucional de este tipo de leyes parece el más adecuado a las finalidades y al instrumental diseñado. Los recursos de inconstitucionalidad ya anunciados contra la Ley amenazan seriamente su pervivencia en el ordenamiento.

Por otra parte, aunque la norma se inspira y en ocasiones se cita el derecho del mercado interior comunitario (pretendiendo, en suma, que la jurisprudencia del TJUE relativa al mismo sea, de alguna forma, de aplicación a los intercambios intraestatales) tampoco parece haberse establecido, con suficiente claridad una especie de «vínculo comunitario» con base en el artículo 139 CE, en virtud del cual las normas territoriales que resulten contrarias a las reglas del mercado interior comunitario lo son también a las condiciones básicas del ejercicio de la libertad de empresa y libertad de circulación con base en el artículo 149 1 CE, que es el precepto manejado para fundamentar la competencia estatal que justifica la norma.

Marcos M. FERNANDO PABLO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
macfer@usal.es

Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el Sector Público [BOE n.º 305, de 21-XII-2013]

Deuda comercial en el Sector Público

La Ley de Control de Deuda Comercial del Sector Público es fruto del desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria y su aplicación al ámbito financiero. Su referente se encuentra en la [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera](#). Para ello, la norma nos recuerda que el endeudamiento público no es sólo endeudamiento financiero, sino endeudamiento comercial, y ello por cuanto las Administraciones Públicas obligadas a pagar en 30 días a sus proveedores incurrir en morosidad continua, cuando se trata de hacer frente a sus obligaciones comerciales.

Esta norma que fue complementada por la [Ley 25/2013, de 27 de diciembre](#), que vino a calificar el control de la deuda como un elemento clave de la sostenibilidad financiera, nos recuerda la importancia de someter a un control estricto la actividad comercial de las Administraciones Públicas. Se trata de evitar en la medida de lo posible situaciones de morosidad de las Administraciones Públicas.

Para ello, se propone en primer lugar ampliar el concepto de deuda comercial, introduciendo mecanismos que coadyuven a mejorar la situación. Entre estos instrumentos se define en la norma el concepto de «periodo medio de pago». Se trata de hacer conseguir que las Administraciones Públicas hagan públicos sus periodos medios de pago.

La información de la necesaria publicación de los periodos medios de pago permitiría el control de los pagos, evitando la morosidad y serviría como parámetro para la imposición de medidas internas y del control de la deuda comercial.

Así la norma incorpora la reforma de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera para definir la noción de sostenibilidad de la deuda comercial al indicar que es la que se produce cuando el plazo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad.

Igualmente, la reforma de la Ley Orgánica 2/2012 opera en el sentido de integrar en la Disposición Adicional Sexta las reglas especiales para el destino de superávit financiero. Así, y respecto de las Administraciones Locales, el legislador integra los criterios de su aplicación del mismo, incorporando criterios que se establecen con carácter temporal limitado al año 2014. Lo cual, amén de sorprender en cuanto a la complejidad de los controles que sin embargo se prevén con carácter coyuntural, contrastan con la reciente definición de la noción de superávit financiero que debiera ponerse en relación para las Administraciones Locales, con la reforma de la Ley de Haciendas Locales contenida en el [Real Decreto Ley 2/2014, de 21 de febrero](#), por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica, que incorporó la noción de inversión financieramente sostenible en el ámbito local.

Además, la Ley en su Disposición Adicional Primera señala que, transcurrido un mes desde la entrada en vigor de la norma, todas las Administraciones Públicas y sus

entidades y organismos vinculados o dependientes deberán tener publicados en su portal web, su periodo medio de pago a proveedores, debiendo incluir en su plan de tesorería inmediatamente posterior a dicha publicación las medidas de reducción de su periodo medio de pago a proveedores, para cumplir con el plazo máximo previsto de pago en la normativa sobre morosidad.

Pero si relevante es de por sí la introducción de la noción de sostenibilidad financiera comercial, la norma incorpora a nuestro juicio otro rasgo característico y es que viene a transponer la [Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros](#). Incorporando, según señala la Exposición de Motivos de la misma, «modificaciones sobre el principio de responsabilidad y la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea o de tratados y convenios internacionales de los que España sea parte».

La noción de responsabilidad por incumplimiento de las normas de Derecho de la Unión Europea resulta de especial relevancia, llevando a cabo el reconocimiento de dicha transposición que la norma opera en la Disposición final sexta de la misma.

En otro orden de ideas, la norma realiza significativas reformas de textos legales, algunas de las cuales no tienen el carácter de Ley Orgánica.

Así, se modifica:

- La [Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas](#) (para introducir un nuevo apartado 3 de la Disposición Adicional 8.^a).
- La [Ley de Estatuto Básico del Empleado Público](#), para cambiar de nuevo el número de días de permisos de los funcionarios públicos en cuatro días al año, en lugar de tres días como había señalado el Real Decreto Ley 20/2012, que a su vez vino a modificar el texto original del EBEP, que contemplaba que por permisos correspondían 6 días al año. Interesante sería preguntarse qué relación tienen los días de permiso de los funcionarios con el control de la deuda comercial del Estado.
- El [Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante](#).
- La [Ley de Fuerza y Cuerpos de Seguridad del Estado](#), en su artículo 53.3.
- La [Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno](#).

Como puede apreciarse la diversidad de modificaciones introducidas sólo genera perplejidad y obliga al legislador a matizar el rango, al recordarnos el carácter ordinario y no orgánico de las disposiciones de la Ley Orgánica que se refieran a ellos.

Para concluir y respecto de su entrada en vigor, ésta se produjo al día siguiente de su publicación en el *BOE*, salvo para el caso de las reformas operadas en la Ley de Puertos y Marina Mercante que entraron en vigor a 1 de enero de 2014.

M.^a Luisa GÓMEZ JIMÉNEZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga
fpmlgomez@gmail.com

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico [BOE n.º 310, de 27-XII-2013]

Sector eléctrico

El contraste entre la Exposición de Motivos de la nueva Ley y el de aquella que viene a derogar –la [Ley 54/97](#)– nos permite advertir ya los grandes objetivos perseguidos: si la Ley del 97 acabó con la consideración del suministro eléctrico como un servicio público, la nueva, sin volver atrás, lo tipifica –lo que resulta novedoso– como un *servicio de interés económico general*; si aquella no dedicaba especial énfasis al régimen económico, esto es, a la retribución de las distintas actividades, en la actual ésta se erige en gran protagonista y casi *leitmotiv* inspirador de la reforma por la necesaria reconducción del sistema a parámetros que lo hagan asumible, atendido el elevado déficit de tarifa acumulado en los últimos años (cifrado en nada menos que veintiséis mil millones de euros, en gran parte traspasado al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico –FADE– creado al modificarse en 2009 la Disposición Adicional vigesimoprimera de la Ley 54/97), cuya reducción y redimensionamiento se marca como objetivo el Legislador; la atención al consumidor, ante la continua elevación del precio de la luz, da lugar al alumbramiento de dos figuras nuevas; y también puede subrayarse que si bien es cierto que se menciona la auténtica maraña normativa existente en la materia, lo cual aconseja o habilita –imprescindible, desde nuestro punto de vista– la nueva Ley, no es menos cierto que la reciente experiencia enseña que ello se formula más como un anhelado deseo que como un objetivo real a alcanzar, no siendo la que comentamos una Ley sencilla de aprehender ni de fácil desarrollo reglamentario. Una crónica de la última oleada de esa proliferación legislativa se puede consultar, por ejemplo, en la introducción del [Real Decreto-Ley 9/13, de 12 de julio](#).

Y no puede extrañarnos que se aluda a la dispersión normativa y a la proliferación de normas que regulan el sector si tenemos en cuenta que, en un rápido escrutinio, se detectan al menos veintinueve modificaciones –algunas sustanciales– de la Ley 54/97. A pesar de este propósito, algunas previsiones de la nueva Ley –como el cálculo de la retribución de las distintas actividades, introduciendo el *período regulatorio* como marco para algunas de ellas– no son sino el anticipo de previsibles y numerosas modificaciones futuras, aunque se afirme perseguir la estabilidad regulatoria en la actividad eléctrica.

La finalidad básica de la Ley consiste en establecer la regulación del sector eléctrico garantizando el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna.

Pero, como hemos dicho, el aspecto al que más importancia se presta en la nueva Ley es uno: el régimen de ingresos y gastos del sistema eléctrico, cuya regulación se

introduce para recuperar una sostenibilidad financiera que el sistema en su conjunto perdió hace tiempo y que cada año que pasa ve crecer el déficit hasta niveles insostenibles para nuestras Administraciones. Y aunque ése es el objetivo, la herramienta que introduce la Ley para evitar que los desfases sean endémicos y periódicos (artículo 13.5), mucho nos tememos que no sirva a tal fin.

Es sabido que la Ley de 1997 abandonó el principio de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente (no puede dejar de anotarse que gran número de centrales de producción tienen ya amortizado ese coste reconocido desde hace años) por un proceso de estandarización de las diferentes tecnologías de generación eléctrica que se ha demostrado ineficaz e insostenible económicamente. Ahora (artículo 14.2), el sistema de retribución persigue incentivar la mejora de la eficacia de la gestión, la eficiencia económica y técnica de dichas actividades y la calidad del suministro eléctrico.

Como ejercicio sumamente ilustrativo, podría compararse la sencillez de los artículos 15 a 17 de la Ley derogada con el complejo sistema de cálculo que se instaura en los artículos 13 y 14 de la nueva Ley 24/2013. En todo caso, así como la anterior Ley pretendía garantizar el suministro al menor coste posible, ahora se limita a buscar la sostenibilidad económica y financiera del sistema, lo que, a la postre y como muestra la experiencia, trasladará los costes no regulados del sistema, que no aparezcan nítidamente tipificados en el mismo, que surjan en el futuro o, en fin, que le trasciendan, hasta el consumidor.

Y aunque se afirma que la regulación de las fuentes de generación del denominado régimen especial no encuentran justificación para dotarlas de un marco diferenciado (si bien se seguirán *protegiendo y fomentando*), debiéndoselas considerar de manera análoga al resto de tecnologías presentes en el mercado (lo que implica, en suma, la unificación de regímenes), basta una superficial lectura de los artículos 13.3.b, 14.4 y 14.7 para ratificar que ello no tiene por qué ser así necesariamente, al darse singularidad de trato a determinadas fuentes de generación, en cuyo origen fuerte e inmotivadamente primado está –no es dudoso– gran parte del déficit que arrastra el mercado.

No siendo posible una regulación única de la retribución del sistema eléctrico, se fijan normas excepcionales para las actividades de redes, sistemas eléctricos no peninsulares y régimen de energías renovables y cogeneración, introduciendo a tal fin el concepto de *período regulatorio*, contemplando también herramientas de flexibilidad con la finalidad de adaptar las retribuciones a la situación cíclica de la economía y a las necesidades del sistema, si bien se mantiene la idea-base de que cualquier inversión en el sistema de producción y transporte vea satisfecha una rentabilidad razonable, lo que, al margen de movernos en un servicio de interés económico general, no deja de ser un privilegio empresarial de difícil justificación.

El Legislador, consciente de la integración de mercados eléctricos que auspicia el derecho comunitario, ahonda en la cuestión por evidentes razones geográficas. Por ello,

la traslación de normas de orden europeo en la Ley es fácilmente reconocible. Esperemos que en esta ocasión, como ya sucediera con los CTC, no constituya una dispensa que traiga como resultado el mantenimiento de los operadores presentes en el mercado, sin abrir nuevas oportunidades para el consumidor, con un coste adicional.

En relación con los consumidores, se introducen dos categorías que profundizan en la figura (el bono social) creada a partir del [Real Decreto Ley 6/09, de 30 de abril](#): el *consumidor vulnerable* y el denominado *precio voluntario para el pequeño consumidor*, con el objetivo de que sus beneficiarios disfruten de una tarifa reducida. Se regula por primera vez el autoconsumo, siendo obligatoria la inscripción en un registro creado al efecto, pero está por ver la virtualidad de dicha figura hasta que no se produzca su necesario desarrollo reglamentario.

Se mantiene –tradicional en el sector desde su origen– la previa autorización administrativa para la puesta en funcionamiento, modificación, transmisión y cierre definitivo de instalaciones, si bien se extiende novedosamente tal autorización al cierre temporal de instalaciones de producción.

Por lo demás, la Ley del Sector Eléctrico está conformada por ochenta artículos y se estructura en diez títulos, veinte disposiciones adicionales, dieciséis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

Aunque es un debate que probablemente debiera suscitarse a nivel de la Unión Europea, parece claro que se ha perdido una nueva oportunidad –quizás la última– para abordar el coste de la energía (que se traslada a nuestro sistema productivo en términos de competitividad internacional, penalizándolo) contemplando en el mix perseguido la energía nuclear. En efecto, el anhelado redimensionamiento del régimen retributivo no sólo debe auspiciar la reformulación del referido a las energías que operaban hasta ahora en el régimen especial, sino que podría haber abordado, junto a las energías renovables, la casi imprescindible necesidad de afrontar la expansión de la energía nuclear en España, que, con las garantías de funcionamiento que el grado de conocimiento técnico actual permite, encauzaría algunos de los problemas que el propio Legislador detecta en la Exposición de Motivos de la Ley que comentamos y trasladaría al sector productivo –Francia y Alemania son dos buenos ejemplos en nuestro entorno– una considerable reducción del impacto del precio de la energía en los costes de funcionamiento del sector industrial y terciario.

J. Ventura BUENO JULIÁN

Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Abogado

Universidad de Salamanca

jventurabueno@yahoo.es

Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público [BOE n.º 311, 28-XI-2013]

Factura electrónica en el Sector Público

El BOE del día 28 de diciembre de 2013 publica la Ley de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable del Sector Público. La norma tiene carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.6.^a, 149.1.8.^a, 149.1.13.^a, 149.1.14.^a y 149.1.18.^a de la Constitución española.

Las medidas en ella integradas habían sido ya anticipadas en el [informe CORA](#), incardinándose por tanto en las medidas en él previstas y como expresara la Exposición de Motivos de la norma, con la finalidad de agilizar la gestión de la facturación de las Administraciones Públicas. La norma aspira a introducir un control de la morosidad mediante un indicador, el periodo medio de pagos, que permita visualizar el volumen comercial de las Administraciones Públicas.

Además esta medida se incorpora en el ámbito de la Agenda Digital para Europa, y se justifica en aras de la salvaguarda de la Sostenibilidad Financiera, dado que el control de la deuda forma parte –según señala la norma– del principio de sostenibilidad financiera.

Así la Ley se va a aplicar a todas las facturas emitidas por la entrega de Bienes y Servicios a las Administraciones Públicas, a efecto de lo cual entiende como tales los entes, organismos, entidades a que se refiere el artículo 3.2 de la [Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre](#), así como las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en el ejercicio de su función colaboradora de la Seguridad Social.

El objeto de la norma según señala el artículo 1 es el de crear un registro contable de facturas y regular el procedimiento de tramitación ante las Administraciones Públicas, impulsando con ello la factura electrónica.

Para ello se establece un procedimiento que integra la obligación legal de constituir un punto general de entrada de las facturas electrónicas tal y como señala el artículo 6 de la norma. Punto general de entrada que sin embargo es diferente del registro contable de facturas, que debe crearse en cada Administración Pública y que debe estar interrelacionado e integrado en el sistema de información contable, ex artículo 8.2 de la Constitución.

Además, la Gestión de dicho Registro va a corresponder al órgano o unidad Administrativa que tenga atribuida su contabilidad, cuestión distinta es la obligación de custodia de la información y su archivo que va a corresponder al órgano administrativo destinatario de la misma, sin perjuicio de la posibilidad, que no obligación, de que puedan archiversse por el punto general de entrada de las facturas electrónicas.

La norma prevé sin embargo una entrada en vigor dilatada ya que establece como fecha de su aplicación el 15 de enero respecto de la obligación de exigencia de la obligación de prestación de factura electrónica, en cambio, respecto de la anotación en el registro contable de facturas y la reforma de la [Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones](#), la entrada en vigor se previó para el 1 de enero de 2014.

Así, el proveedor tendrá a partir de la entrada en vigor de la norma un plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación de servicios, para presentarla ante un registro administrativo, en los términos previstos en el artículo 38 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#), derivándose del incumplimiento del plazo y ello por cuanto, en tanto no se cumplan los requisitos de tiempo y forma de presentación establecidos, no se entenderá cumplida esta obligación de presentación de facturas en el registro.

Además, la norma aboga por el reconocimiento de validez de la factura electrónica, produciendo los mismos efectos que la factura en papel.

Respecto de esta norma, aparte de la introducción del procedimiento de factura electrónica y la creación de los correspondientes registros, y sello electrónico, configurado en sintonía con la firma electrónica y definido ex artículo 5, como «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados o asociados con facturas electrónicas, que pueden ser utilizados por personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica para garantizar el origen y la integridad de su contenido», resultan de interés varias cuestiones: a saber,

- a) la calificación y consideración de Administraciones Públicas y relaciones interadministrativas a las que no se hace referencia más que en el estricto ámbito de la Ley de Contratos de Sector Público;
- b) las significativas modificaciones que operan en otras legislaciones sectoriales tal como: la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la [Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas del impulso a la sociedad de la información](#)— en la que se introduce también a partir del 15 de enero de 2015, la factura electrónica, y la relevante modificación de que opera respecto de la Ley de Contratos del Sector Público, al introducir la concreción de los requisitos y criterios de solvencia, los requisitos de la solvencia técnica y financiera de los empresarios, respecto de los contratos de obra, servicios y de suministros.

M.^a Luisa GÓMEZ JIMÉNEZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga
fpmlgomez@gmail.com

Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local [BOE n.º 312, de 30-XII-2013]

Administración local

La necesidad imperiosa de realizar una reforma eficaz de la Administración Local ha llevado a la aprobación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local que entre los principales objetivos que persigue podemos señalar los siguientes:

1. Clarificar las competencias municipales para evitar la duplicidad de competencias con otras Administraciones, y que dejen de realizar funciones o servicios que no vienen exigidos por ninguna ley (las denominadas competencias impropias que son las que se ejercen por los municipios al margen de las limitaciones legales sobre sus competencias en las leyes sectoriales en el marco de los artículos 25, 26 y 86 de la LBRL y sin que haya mediado una previa delegación del Estado o de la Comunidad Autónoma), las cuales han proliferado de manera ineficiente duplicándose en muchos casos.

La ley incide en tres ámbitos diferentes pero interrelacionados entre sí, como son el régimen de competencias municipales propias y los servicios municipales obligatorios, la delegación de competencias a los municipios y las competencias impropias.

- a) Trata de definir con claridad las competencias que deben ser desarrolladas por las Administraciones Locales diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. Para lo cual enumera una serie de materias o competencias propias de los municipios (pasa a considerarse como propia la promoción de la cultura y el deporte) así como las garantías necesarias para su concreción y ejercicio. No pudiendo asumir competencias que no estén atribuidas por ley y que no tengan la financiación adecuada.
- b) Respecto a las competencias delegadas de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma sólo se podrán asumir si llevan la correspondiente dotación presupuestaria correspondiente y por un periodo superior a 5 años, necesitando la aceptación del municipio afectado para su efectividad, sin perjuicio de los mecanismos de control que ostentará la Administración delegante. De esta forma la delegación de competencia se somete a unos requisitos expresos, teniendo en cuenta que sólo se podrán prestar cuando el municipio garantice los servicios obligatorios.
- c) En el caso de competencias distintas de las propias o las atribuidas por delegación, es decir, las competencias impropias, sólo podrán ser ejercidas por los municipios cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal y no se incurra en ejecución simultánea del mismo servicio con otra Administración Pública.

2. Racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de conformidad con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, para ello

aboga por un reforzamiento o potenciación de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes, a través de la potenciación de la función de coordinación de determinados servicios mínimos de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes o la atribución a estas de nuevas funciones como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica, contratación en los municipios con población inferior a los 20.000 habitantes..., o la colaboración con las Comunidades Autónomas para la supervisión de los procesos de fusión de municipios.

La decisión sobre la forma de prestación de dichos servicios obligatorios se adopta por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas según lo que proponga la Diputación de conformidad con los municipios afectados. Como formas de prestación de los servicios se contempla: la prestación directa por la Diputación y la gestión compartida mediante consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Se establece también la posibilidad de mantener el servicio en los municipios si la Diputación acredita en un informe que pueden prestarlos a un coste efectivo inferior que el derivado de la forma de prestación por ella decidida.

Respecto a la *fusión de Municipios*, la Ley establece medidas concretas para fomentar la fusión voluntaria de municipios colindantes dentro de una misma provincia, potenciando e incentivando a dichos municipios a través del incremento de su financiación, la preferencia en la asignación de planes de cooperación local o subvenciones, o la dispensa en la prestación de nuevos servicios obligatorios como consecuencia del aumento de la población.

Para que se lleve a cabo la fusión será necesario un convenio de fusión que será aprobado por mayoría simple de cada uno de los plenos de los municipios fusionados y producirá la integración de los territorios, poblaciones y organizaciones de los municipios, incluyendo los medios personales, materiales y económicos, en el municipio fusionado. En definitiva, no se observa una reducción del gasto ya que además se establece la posibilidad de que algunos de ellos siga funcionando como forma de organización desconcentrada conservando su denominación tradicional sin perjuicio de que estará constituido por la suma de los concejales de los municipios fusionados, que aunque será de manera transitoria no se dice cuánto tiempo durará la transitoriedad.

Es necesaria una revisión de las *entidades instrumentales* que forman parte del sector público local, así como una racionalización de sus órganos de gobierno y una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las Entidades Locales. Para lo cual es imprescindible adoptar medidas de reducción de la dimensión del sector público local controlando su actividad y racionalizando su organización ya que una de las causas de la «insostenibilidad económica» de la Administración Local es la incontrolada proliferación de este tipo de entes.

Relacionado con la racionalización de los diferentes órganos locales es importante destacar las diferentes actuaciones que se prevén realizar respecto al *personal que trabaja en los diferentes organismos locales* relativas a la regulación de las retribuciones

de los miembros de las Corporaciones Locales y de su personal, la reducción del personal eventual y potenciación de la función pública local, y el refuerzo de la independencia y control estatal de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

3. Garantizar un verdadero control financiero y presupuestario

Reforzando la función interventora en las entidades locales y, por tanto, fortaleciendo a los interventores locales para lograr un control financiero y presupuestario más riguroso. Para lograr dicho objetivo el Gobierno fijará las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como los derechos y deberes en el desarrollo de las funciones públicas. Es decir, prevé la posibilidad de que se apliquen técnicas como las auditorías de cuentas desarrolladas en otros ámbitos del sector público por lo que contará con la participación de la Intervención General de la Administración del Estado.

La información sobre la situación y las actuaciones económicas financieras de las Corporaciones Locales por parte de la Administración Central y el Tribunal de Cuentas supone una mayor transparencia en las cuentas de las entidades locales así como un eficiente control de las mismas.

4. Favorecer la iniciativa privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas

Se trata de favorecer la actividad económica local con medidas liberalizadoras de tal forma que se pretende que las autorizaciones administrativas (licencias municipales) para iniciar una actividad económica sólo sean necesarias en los casos en los que se consideren justificados y que ocasionen un perjuicio para el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico (en la línea de la Directiva de Servicios). Ya que se entiende que ya cuentan con la autorización de otra Administración competente en razón del tipo de actividad y se trata de evitar lo que sucede en la actualidad ya que las prescripciones técnicas exigidas por los Ayuntamientos son más rigurosas que las establecidas en la legislación general (ej. Telefonía móvil).

Se suprimen monopolios municipales como los relativos a las actividades de suministro de gas y calefacción, de los mataderos, mercados y lonjas centrales y de los servicios mortuorios. Respecto al abastecimiento industrial de aguas ya no se reserva a las entidades locales, únicamente se reserva el abastecimiento del agua domiciliario.

Esta ley modifica la [Ley de Bases del Régimen Local](#), la [Ley reguladora de las Haciendas Locales](#) y disposiciones del [Estatuto Básico del Empleado público](#) y de la [LRJ-PAC](#).

M.^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
mgbustos@usal.es

Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 92 y 93 [BOE n.º 284, de 27-XI-2013]

La introducción del uso del voto telemático en el Senado

El 21 de noviembre de 2013 el Pleno del Senado aprobó la reforma de los artículos 92 y 93 de su Reglamento para permitir a los miembros de la Cámara ausentes en la sesión plenaria el ejercicio del derecho al voto mediante un procedimiento telemático cuando concurren motivos justificados. Esta posibilidad ya se había introducido con carácter previo en el Congreso de los Diputados en julio de 2011 ([BOE n.º 184, de 2-VIII-2011](#)).

La reforma trata de dar solución a aquellas situaciones en las que los parlamentarios, por causa de enfermedad grave o en los casos de maternidad o paternidad, no puedan ejercer sus funciones, entre ellas el derecho al voto. La Constitución española dispone el carácter personal e intransferible del voto de senadores y diputados (artículo 79.3) y, por lo tanto, no admite la delegación en otra persona para que lo ejerza en su nombre. Descartada esta posibilidad, se han barajado otras dos opciones: la sustitución temporal del parlamentario ausente –que hubiese precisado reformar la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General– o bien el ejercicio del voto por procedimientos telemáticos, que es la alternativa que se ha preferido y que ahora se contempla en los Reglamentos de ambas Cámaras.

El nuevo apartado 3 del artículo 92 del Reglamento del Senado establece que

En los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave que impidan la presencia de los Senadores en las sesiones plenarias de la Cámara y atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar que los Senadores emitan su voto por procedimiento telemático en aquellas votaciones que, por no ser susceptibles de fragmentación o modificación, sea previsible el modo y el momento en que se llevarán a cabo. A tal efecto, el Senador cursará la oportuna solicitud mediante escrito dirigido a la Mesa de la Cámara, quien le comunicará su decisión, precisando, en su caso, las votaciones y el periodo de tiempo en el que podrá emitir el voto mediante dicho procedimiento. La emisión del voto por este procedimiento deberá realizarse a través del sistema que, a tal efecto, establezca la Mesa, el cual garantizará la identidad del votante y el sentido del voto. Dicho voto deberá obrar en poder de la Presidencia de la Cámara con carácter previo al inicio de la votación correspondiente.

Con el objeto de poner en marcha este procedimiento, el 21 de noviembre de 2013 la Mesa del Senado adoptó una Resolución sobre el desarrollo de la votación telemática ([Boletín de las Cortes Generales. Senado, n.º 271, de 22 de noviembre de](#)

[2013, 8 a 51](#)). Según se indica en esta Resolución, la solicitud de autorización para la emisión del voto telemático la ha de presentar el senador o la senadora ante el Registro General de la Cámara cuando prevea su ausencia en una o varias sesiones plenarias. El escrito, que irá dirigido a la Mesa del Senado, ha de contener las razones justificadas que le impidan la presencia en el Pleno. Razones que se deberán acreditar suficientemente adjuntando, cuando así fuera necesario, el correspondiente certificado médico. Así mismo se habrá de indicar el tiempo previsto en el que no se va a poder asistir a las sesiones.

Antes de autorizar la emisión del voto, la Mesa analizará de forma individualizada cada caso y verificará si concurren las circunstancias que consienten la utilización del procedimiento telemático. Con relación a los motivos que se pueden alegar, en el Congreso de los Diputados se planteó en su día la posibilidad de fijar una serie de criterios interpretativos para conceder la autorización y así evitar incertidumbres y garantizar la máxima seguridad jurídica. En este sentido, se presentó un informe en septiembre de 2012 elaborado por el Vicepresidente cuarto, Jordi Jané (CIU), y el Secretario cuarto de la Mesa, Santiago Cervera (PP), en el que se hacía un análisis crítico de la casuística y se formulaban una serie de propuestas sobre la base de considerar el sistema de votación telemática como un recurso excepcional y «en ningún caso como un mecanismo de elusión de los condicionantes inherentes al ejercicio de la función parlamentaria que con carácter general son libremente aceptados por los representantes públicos». En este documento se recomienda permitir el voto a distancia sólo en los casos de embarazo de alto riesgo acreditados por un médico. Respecto a la paternidad se afirma que ésta no constituye un impedimento médico o personal que se pueda comparar con una enfermedad grave, que es la que da sentido al voto no presencial. Según se defiende en el informe, a pesar de estar incluida en el Reglamento de la Cámara como causa posible, la paternidad no debería entenderse como razón única suficiente para la autorización del voto telemático. Sobre el puerperio los autores del estudio entienden que «no es estrictamente un periodo de incapacitación clínica» y que «convendría ponderar el equilibrio justo entre lo que pueda considerarse impedimento para el regular ejercicio parlamentario, y lo que en realidad constituye la conveniencia de ejercitar en la mayor medida de lo posible la relación inherente a las semanas posteriores al parto». En consecuencia, el puerperio tampoco es en sí mismo una razón suficiente para otorgar la autorización. En los procesos patológicos graves, se propone que sólo se consienta el voto a distancia durante el ingreso hospitalario. Por último, tampoco la convalecencia y la rehabilitación se consideran en este documento causas suficientes para permitir al parlamentario ausente el ejercicio del derecho al voto. El informe fue debatido en la Mesa del Congreso de los Diputados que, finalmente, decidió en su reunión del 23 de octubre de 2012 no aprobarlo y dejar en manos del órgano de gobierno de la Cámara la valoración de las solicitudes caso por caso.

Aunque la relación que mantienen los cargos electos con las instituciones de las que forman parte no sea de carácter laboral, una interpretación excesivamente restrictiva de las causas para solicitar el uso del voto a distancia podría chocar con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo artículo 14 se fija como criterio general de actuación de todos los poderes públicos el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de mujeres y hombres sin excluir ámbito alguno. En esta misma dirección la Disposición final séptima de la citada Ley prevé que el Gobierno promueva el acuerdo necesario para iniciar un proceso de modificación de la legislación vigente con el fin de posibilitar los permisos de maternidad y paternidad de las personas que ostenten un cargo electo. Aquí se incluyen las reformas de los Reglamentos del Congreso y del Senado y de los Reglamentos de las asambleas legislativas de varias Comunidades Autónomas que ya han introducido el voto telemático.

Una vez estudiada la solicitud, si la Mesa decide autorizar la emisión del voto a distancia, deberá determinar la sesión o sesiones plenarias en las que se permitirá su uso y fijará los puntos concretos del orden del día para los que se otorga dicha autorización, así como los momentos de inicio y finalización del plazo para la emisión del voto en cada sesión plenaria. La autorización y sus posibles modificaciones se le comunicarán al solicitante por correo electrónico. Para mayor seguridad también se le enviará una notificación a su zona de avisos de la intranet del Senado y un mensaje corto al teléfono móvil.

En cuanto a los asuntos que pueden ser votados, sólo se podrá utilizar el voto telemático para decidir sobre aquellas cuestiones que permitan adelantar la emisión del voto –porque no son susceptibles de modificación en el Pleno– y sobre las que no puedan votarse separadamente en diversos apartados, artículos o enmiendas.

Los miembros del Senado que hayan sido autorizados para votar a distancia no podrán hacerlo personándose en el Pleno. No obstante sí que está prevista la posibilidad de que quienes todavía no hayan emitido su voto telemático puedan votar presencialmente, siempre y cuando la Mesa de la Cámara se lo consienta. En el caso de que sí hubiesen emitido su voto por vía telemática, sólo podrán votar en persona si dirigen una solicitud de anulación del voto y la Mesa, o en su caso el Presidente, les autoriza.

Por lo que se refiere al tipo de votación susceptible de ser realizada por el procedimiento telemático, se incluye la ordinaria (por levantamiento o por procedimiento electrónico), la nominal pública (por llamamiento o por procedimiento electrónico), la nominal secreta (por papeletas o por bolas blancas o negras), así como por el procedimiento electrónico previsto para la votación de los Dictámenes de la Comisión de Suplicatorios. En la Resolución de 22 de noviembre de 2013 se ordena para garantizar el anonimato de las votaciones secretas por papeletas y por bolas, que sea el Presidente el que introduzca la papeleta recibida telemáticamente en la urna o la bola que corresponda al sentido del voto emitido en la bolsa, en ambos casos junto a las demás

ya depositadas provenientes del voto presencial. En las votaciones secretas por el procedimiento electrónico, los votos presenciales y los votos telemáticos se proclamarán por separado, indicándose el número de votos telemáticos autorizados y el sentido de los mismos, sin mencionar el nombre. En las votaciones públicas, junto al resultado de los votos presenciales, se incluirá el número de senadores y senadoras autorizados a usar el voto telemático y se indicará el sentido del voto de quienes han utilizado esta vía.

La identidad del votante y el sentido del voto han de quedar suficientemente garantizados. Para ejercer su voto, el senador o senadora ha de acceder a la intranet del Senado con su contraseña. La comprobación telemática de su identidad mediante un certificado válido de firma digital es imprescindible para poder concluir con éxito la votación. Existe además una ulterior garantía que en el caso del Congreso de los Diputados viene expresamente recogida en la Resolución de la Mesa, de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática ([*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 97, de 25 de mayo de 2012*](#)). En concreto se señala que tras ejercer el voto mediante procedimiento telemático, el Presidente de la Cámara o el órgano en quien delegue, comprobará telefónicamente con el parlamentario autorizado, antes del inicio de la votación presencial en el Pleno, la emisión efectiva del voto y el sentido de este. Una vez verificados dichos extremos, el voto telemático emitido se trasladará a la Presidencia al inicio de la votación presencial en Pleno para que pueda anunciar el resultado acumulado de las votaciones.

En definitiva, las reformas llevadas a cabo en los Reglamentos del Congreso y del Senado permiten la emisión de un voto que conserva los caracteres constitucionales de «personal» e «indelegable» incluso cuando el parlamentario no pueda estar presente en el Pleno por contingencias como la maternidad, la paternidad o una enfermedad grave.

Marta LEÓN ALONSO
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Salamanca
martala@usal.es

Real Decreto 932/2013, de 29 de noviembre, por el que se regula la Comisión Asesora de Libertad Religiosa [BOE n.º 300, de 16-XII-2013]

Comisión Asesora de Libertad Religiosa

1. La Comisión Asesora de Libertad Religiosa

La Constitución española de 1978 supuso un giro copernicano en la política que tradicionalmente ha gobernado el fenómeno religioso en España. Su aprobación implicó una resuelta apuesta por la superación de la tradicional «cuestión religiosa» al proclamar una amplia libertad en la materia, sin sujeción a pretéritas visiones distorsionadas u hostiles. En este sentido, la obligación que tienen los poderes públicos de cooperar con las confesiones, en atención a las creencias religiosas de la sociedad española (artículo 16.3 CE), muestra esa positiva actitud del constituyente en esta materia. No en vano, se trata del único mandato de colaboración con la sociedad civil expreso, universal (afecta a todos los poderes públicos, tanto estatales, como autonómicos y locales) y sin excepciones recogido en la Norma Fundamental.

La Ley Orgánica 7/1985, de 5 de julio, de Libertad Religiosa insiste en esta actitud de cooperación al incorporar en su articulado, junto al desarrollo del contenido esencial del derecho de libertad religiosa que le compete en aplicación del artículo 81 CE, determinados mecanismos para llevar a la práctica el mandato constitucional. Entre esos mecanismos destaca la creación de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (artículo 8 LOLR), como órgano de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la LOLR. Particularmente se le asigna también la preparación y dictamen de los Acuerdos de cooperación entre el Estado y las Confesiones. Este artículo establece dos líneas rojas que predeterminan el desarrollo reglamentario de esta Comisión: representación tripartita (Administración, Confesiones y expertos) y composición paritaria.

La primera norma que desarrolló esta Comisión fue el Real Decreto 1890/1981, de 19 de junio, que fue posteriormente sustituido por el Real Decreto 1159/2001, de 26 de octubre. Ambos casos se caracterizan por su escaso articulado, fundamentalmente centrado en describir la composición de la Comisión (21 miembros originalmente, aumentados después a 27 –excluido el Secretario–) y desarrollar su modo de funcionamiento (Pleno y Comisión Permanente). Esta parquedad normativa motivó la publicación de sendas Órdenes Ministeriales en las que se detallaba el elenco de competencias y funciones que se atribuyen a la CALR y a sus diferentes órganos. Sin embargo, esta situación resultaba algo inadecuada, pues parecía que se producía un «intercambio de papeles» entre las normas: el Real Decreto atendía a los asuntos

organizativos, mientras que la Orden Ministerial detallaba las materias sobre las que debía actuar. Nos encontramos ahora ante un auténtico Decreto reglamentario, que unifica en un mismo cuerpo normativo todas las cuestiones que afectan constitutiva y funcionalmente a la Comisión.

2. Principales novedades del Real Decreto 932/2013

Según la exposición de motivos, las razones que justifican una sustitución completa de la normativa anterior, que había sufrido varias modificaciones, se sustentan en la experiencia adquirida tras estos 33 años de existencia de la Comisión. Como afirma, a la luz de esa intensa historia, se constata «la necesidad de ajustar, clarificar y perfeccionar aspectos necesarios de la misma». En concreto, esos aspectos que sustentan la reforma se centran básicamente en tres objetivos:

a) Dotar a la CALR de *nuevas funciones*, que le permitan mejorar su actuación ordinaria. De entre el elenco de funciones genéricas que le atribuye el artículo 3 destacan, por su novedad, aquellas que amplían la competencia de la Comisión más allá del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y la convierten en un auténtico órgano de asesoramiento en materia religiosa para todas las administraciones públicas (*vid.* letras a, b, c, d, f, g, h), dotado incluso de iniciativa propia (*vid.* letras i, j) o de potestad de inspección (*vid.* letra k). Merece ser igualmente destacado que, pese a ser ya pacíficamente admitido por la doctrina, se contempla expresamente la intervención de la Comisión en el procedimiento de declaración de notorio arraigo de las iglesias, confesiones o federaciones religiosas (*vid.* letra e).

b) Reorganizar la *composición* de la CALR, sustituyendo un modelo de representación paritaria por miembros a una representación paritaria en votos. Se imita de esta forma la legislación social, que viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que sustenta una composición paritaria basada en un voto ponderado, más que en una presencia numérica idéntica de los miembros. De esta forma, numéricamente, el pleno de la CALR pasa a estar integrado por 28 miembros (contados el Presidente, el Vicepresidente, los Vocales –7 representantes de Ministerios, 12 representantes de Confesiones y 6 expertos en el campo de la libertad religiosa– y el Secretario), que representan 72 votos (24 votos por sector representado: Administración –3 votos por representante, a excepción del Vicepresidente y el secretario–, Confesiones – 2 votos por representante– y expertos –4 votos por representante–). Lo que se persigue de forma directa es lograr incrementar el número de confesiones presentes en la CALR, sin necesidad de acrecentar innecesaria y desproporcionadamente los otros dos sectores. Este criterio de representatividad ponderada se mantiene al componer la Comisión Permanente: 10 miembros, que representan 12 votos. Pese a ello, sorprende que esta forma de computar la paridad se abandone cuando se regula el quórum necesario para la válida constitución del Pleno o de la Comisión Permanente, pues en este caso basta la mayoría absoluta o la tercera parte

de sus miembros –según se trate de la primera o la segunda convocatoria–, sin que se exija que representen al menos un mínimo de voto ponderado.

c) Mejorar el funcionamiento de la CALR mediante la posibilidad de creación de *grupos de trabajo* con carácter temporal a propuesta del Presidente o de los vocales. En este caso, nada se ha previsto acerca de la necesidad de respetar la paridad en la composición de los grupos. Más allá de esta previsión, se sigue contemplando la existencia de dos órganos estables de funcionamiento: el Pleno y la Comisión Permanente, con una detallada delimitación de sus competencias respectivas. Sobre el funcionamiento ordinario, es destacable el hecho de que a las sesiones de la Comisión se cite a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas o implicadas en los asuntos a tratar, con lo que queda desprovisto de aplicabilidad práctica el desafortunado Convenio de colaboración con la Generalidad de Cataluña de 22 de septiembre de 2010 (BOE n.º 286, de 26 de noviembre), que tantas desigualdades generó.

3. Luces y sombras

Es indudable que la gran virtud de este Real Decreto consiste, precisamente, en la puesta en valor de la propia Comisión Asesora de Libertad Religiosa. El hecho de que su Presidencia se atribuya directamente al Ministro de Justicia, o que los representantes de los Ministerios deban ostentar el rango de Director General o asimilado, lo avalan. Además, resulta muy loable la apuesta por lograr que la CALR se erija verdaderamente como una voz representativa y autorizada del panorama religioso español a través de la integración del mayor número de Confesiones Religiosas posible, entre las que estarán en todo caso las que tengan notorio arraigo. Finalmente, es evidente que este órgano está llamado a desempeñar un papel activo en la configuración de la política en materia religiosa, al atribuírsele funciones de iniciativa de proyectos, de informe de cualquier norma que pueda afectar a esta materia o de recabar información sobre actuaciones de las Administraciones Públicas al respecto.

Con todo, no logra despejarse por completo la sombra de duda que tradicionalmente ha envuelto el devenir histórico de la Comisión. La propia previsión en la norma de sustitución (habitual) de los representantes de la Administración por otros de rango jerárquico inferior puede convertir la apuesta señalada antes en un simple gesto simbólico, que reduzca la CALR a un órgano secundario. Por otro lado, sigue sin quedar aclarado en un texto normativo el procedimiento a través del cual una Confesión solicita y obtiene la declaración de notorio arraigo, y las consecuencias jurídicas que ello comporta, más allá de garantizarse una vocalía en el Pleno. El futuro de la propia Comisión pasa por que la aplicación práctica de esta norma no defraude los objetivos que persigue ni las esperanzas que genera.

José LANDETE CASAS
Universitat de València (Estudi General)

Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril [BOE n.º 262, de 1-XI-2013]

El Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, viene a modificar, más bien a añadir al articulado del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011), concretamente en la figura de residencia de larga duración-UE, y con la finalidad de adaptación a la normativa comunitaria, *el reconocimiento del estatuto de larga duración a los beneficiarios de protección internacional*. Así, viene modificando la redacción del artículo 152, relativo a requisitos de obtención, añadiendo nuevos apartados al 153 y 166, relativos a procedimiento y extinción de residencia de larga duración.

La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, tuvo como consecuencia que la Ley Orgánica 2/2009, que modificó la Ley de extranjería, Ley Orgánica 4/2000, introdujera en el ordenamiento jurídico español la figura del residente de larga duración. Figura que venía a sustituir a la extinta residencia permanente, bifurcando el nuevo estatuto en una *simple larga duración*, que autoriza al ciudadano extranjero no comunitario a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles, tras acreditar principalmente, entre otros requisitos, llevar 5 años de residencia legal, y *autorización de larga duración-UE*, que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y otorga la posibilidad de obtener autorización de residencia o residencia y trabajo en otros Estados miembros de la Unión Europea, en las condiciones que éstos determinen. Teniendo esta última como complemento a la acreditación de los cinco años de residencia legal, la justificación de contar con recursos fijos y regulares suficientes para la manutención del solicitante.

La mencionada Directiva viene a ser modificada por la *Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional*. Entendiéndose en el considerando de la misma, entre otros, que la concesión del estatuto de residente de larga duración a los beneficiarios de protección internacional es también importante para promover la cohesión económica y social, que es un objetivo fundamental de la Unión establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Entendiendo que los beneficiarios de protección internacional residentes de larga duración deben, en determinadas condiciones, recibir el mismo trato que los ciudadanos del Estado miembro de residencia en un amplio

abánico de ámbitos económicos y sociales, de modo que el estatuto de residente de larga duración constituye un verdadero instrumento de integración de los residentes de larga duración en la sociedad en la que viven.

El objetivo de la Directiva es, por lo tanto, favorecer a los extranjeros a los que se les ha concedido asilo o protección internacional, al permitir el acceso a la Residencia de Larga Duración, con independencia de que sea España u otro Estado miembro el que conceda dicha condición. Así, el Real Decreto 844/2013 viene a transponer en su totalidad la referida Directiva al derecho interno, procediendo a la adaptación reglamentaria de su contenido a nuestra legislación de extranjería. Adaptación que parcialmente ya había sido incorporada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, que modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, introduciendo en su Disposición Final Segunda la modificación de la Ley Orgánica de Extranjería el mencionado favorecimiento a los extranjeros con protección internacional. Circunstancia que trae como consecuencia, como no podía ser de otra forma, proceder seguidamente a la adaptación reglamentaria de la modificación citada mediante el Real Decreto que nos ocupa.

Así, el Real Decreto 844/2013 modifica el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social aprobado en 2011. Modificación, como anteriormente se señaló, relativa a requisitos, procedimiento y extinción en la figura de la Residencia de Larga Duración en países de la Unión Europea y referente a extranjeros en situación de asilo o protección internacional. Se procede a adicionar en este sentido al articulado de dicho estatuto determinadas medidas administrativas al efecto, así:

- *Referente a requisitos para su obtención*, y en concreto relativo al cómputo de cinco años de residencia legal continuada, se establece un cálculo de los períodos de residencia legal previa en España del beneficiario de protección internacional, para poder conceder la Residencia de Larga Duración. Se procederá a computar a los extranjeros beneficiarios de protección internacional reconocida en España el 50% del período transcurrido desde la fecha en que presentaron la solicitud hasta la fecha en la que se hubiere concedido la autorización de residencia y trabajo recogida en la normativa reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional. Especificando además que, si dicho período excediera de 18 meses, se computará la totalidad del mismo (añadido «in fine» al apartado a) del artículo 152).
- *En referencia al procedimiento (añadido artículo 153.6)*, la anotación en las Tarjetas de Residencia de Larga Duración que se concedan por España a personas beneficiadas, bien por este país o por otro Estado de la Unión Europea del Epígrafe Observaciones como «Beneficiario de Protección Internacional».

Plazos para intercambio de información entre las autoridades españolas y las autoridades de otro Estado de la Unión Europea sobre la situación administrativa de

personas condición de beneficiario de protección. Estableciéndose breves plazos, como el de 1 mes, para atender peticiones de información de otro Estado miembro o 3 meses para modificar el epígrafe de observaciones de la tarjeta en caso de transferencias de la responsabilidad de protección internacional entre Estados miembros.

- Finalmente, el tercer añadido (letra e) del artículo 166.1) supone la inclusión de *un nuevo supuesto de extinción* de la Residencia de Larga Duración concedida por España, cuando otro Estado miembro de la Unión Europea que reconoció la protección internacional la haya retirado por cese, finalización, denegación o revocación de la misma.

Modificación en la legislación de extranjería, a fin de adaptación de la misma a los principios de la normativa europea, de carácter integrador y promotor de igualdad de trato a los beneficiarios de protección internacional y que esperemos que surta los efectos perseguidos en el motivando de referenciada normativa.

Francisco OLIVARES
Abogado

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización [BOE n.º 233, de 28-IX-2013]

Apoyo a emprendedores

Se trata de una Ley que, a pesar del título que podría llevarnos a entender que contiene exclusivamente normas reguladoras del arranque de una actividad económica por un supuesto emprendedor, en el ámbito fiscal se ha utilizado para regular incentivos fiscales de diversa índole que afectan a otros colectivos además de a los emprendedores (creación de la deducción por inversión en beneficios en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, establecimiento en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto General Indirecto Canario del régimen especial del criterio de caja, mejora en el Impuesto sobre Sociedades de la deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica y de la deducción por creación de empleo para trabajadores con discapacidad, modificación en el Impuesto sobre Sociedades del régimen fiscal aplicable a las rentas procedentes de determinados intangibles).

Vamos a exponer a continuación cuáles han sido esas medidas fiscales agrupadas por impuestos, dejando las modificaciones mercantiles y laborales para otros comentarios.

En primer lugar, respecto al *Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)*, la medida más relevante es la creación del llamado «Régimen especial del criterio de caja». Se establece, según recoge la Ley para paliar los problemas de liquidez y de acceso al crédito de las empresas, fruto de lo establecido por el artículo 167 bis de la [Directiva 2006/112/CE](#). El régimen, conocido también como «criterio de caja doble», es optativo, pudiéndose aplicar a sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones no haya superado los 2.000.000 de euros durante el año natural anterior. La opción se beneficiará de prórroga tácita, salvo renuncia, la cual impedirá aplicar de nuevo este régimen durante tres años.

Este régimen especial, que tiene efectos desde el 1 de enero de 2014, supone que el impuesto se devenga en el momento del cobro total o parcial del precio y que el derecho a la deducción de las cuotas soportadas nace en el momento del pago total o parcial del precio con la fecha límite del 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que las mismas se hayan efectuado. En contrapartida, se retardará la deducción del IVA soportado en sus adquisiciones hasta el momento en que efectúen el pago de éstas a sus proveedores, y con igual límite del 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que se hayan efectuado las operaciones. Se aplicará a todas sus operaciones, con algunas excepciones como las operaciones intracomunitarias,

las sometidas a otros regímenes especiales del Impuesto, concurso de acreedores o modificación de base imponible por créditos incobrables. Se añade a la Ley del IVA un nuevo Capítulo, el X del Título IX, bajo el epígrafe «Régimen especial del criterio de caja».

Respecto a *Canarias*, en su paso por el Senado se añadió a la Ley el artículo 24 (que trastocó el orden de artículos sucesivo) para recoger la posible aplicación al *Impuesto General Indirecto Canario (IGIC)* de este régimen especial de caja. Para ello, se introduce un nuevo Capítulo IX en el Título III de la [Ley 20/1991, de 7 de junio](#), de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias. Tiene también efectos desde el 1 de enero de 2014.

Respecto al *Impuesto sobre Sociedades*, las medidas incluidas por esta Ley son fundamentalmente incentivos fiscales por inversión de beneficios, como ahora veremos. Además la D. F. 8.^a modifica la [Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo](#). En concreto, su artículo 7 añadió una [D. Ad. 19.^a](#) a la Ley del Impuesto sobre Sociedades por la que se estableció, para las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas, constituidas a partir del 1 de enero de 2013, un tipo de gravamen del 15% para los primeros 300.000 euros de base imponible, y del 20% para el exceso sobre dicho importe, aplicable el primer período impositivo en que la base imponible de las entidades resulta positiva y en el período impositivo siguiente a este. Dicha Ley –frente a lo que recogía el [Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades– admitió aplicar esa misma escala a las cooperativas de nueva creación. La reforma actual modifica la excepción a la aplicación de la escala, pues ahora se refiere a aquellas sociedades que «deban tributar a un tipo inferior al general» y antes se decía «a un tipo diferente al general». También se hace desaparecer el párrafo referente a las cooperativas.

Por lo que respecta a los incentivos fiscales introducidos en este impuesto podemos estructurarlos así:

- *Deducción por inversión de beneficios*. Desde el 1 de enero de 2013, las empresas de reducida dimensión podrán deducir el 10% de los beneficios que se inviertan en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a la actividad económica. Esto será válido para los beneficios obtenidos en períodos impositivos a partir del 1 de enero de 2013. La reinversión deberá hacerse en el ejercicio que se obtiene el beneficio o en los dos años posteriores.
- *Introducción de incentivos fiscales a I+D*. Posibilidad de aplicación de créditos fiscales pendientes para gastos e inversiones en I+D que se realicen en períodos impositivos iniciados a partir de enero de 2013. Las empresas podrán aplicarse, con un descuento del 20%, la deducción por investigación y desarrollo que no hayan podido aplicarse en años anteriores, por insuficiencia de cuota.

Este beneficio está vinculado al mantenimiento del empleo y a la reinversión de la deducción en los 24 meses siguientes. El importe de la deducción aplicada no podrá superar los 3 millones de euros.

- *Deducción por creación de empleo para trabajadores con discapacidad*: A partir del 1 de enero de 2013.
 - Será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 9.000 € por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 33% e inferior al 65%, contratados por el sujeto pasivo, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior.
 - Será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 12.000 € por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 65%, contratados por el sujeto pasivo, experimentado durante el período impositivo, respecto de la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediatamente anterior.
- *Reinversión de la ganancia obtenida en la transmisión de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación*. Aplicable a las cesiones de activos intangibles que se produzcan a partir del 29 de septiembre de 2013. La ganancia obtenida de la transmisión de participaciones en entidades de nueva o reciente creación estará excluida de gravamen si el importe total obtenido en la operación se reinvierte en la adquisición de acciones o participaciones de entidades de características similares. Cuando el importe reinvertido sea inferior al total percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida.

Por último y en relación con las medidas introducidas en el *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)*:

- Se establece un nuevo *incentivo fiscal, deducción por inversión en empresas de reducida dimensión*, con el objeto de favorecer la captación por empresas, de nueva o reciente creación, de fondos propios procedentes de contribuyentes que, además del capital financiero, aporten sus conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la sociedad en la que invierten. Podrán deducirse el 20% de las cantidades invertidas, siendo la base máxima de deducción 50.000 euros anuales. En la posterior desinversión, que tendrá que producirse en un plazo entre tres y doce años, se declara *exenta la ganancia patrimonial* que, en su caso, se obtenga, siempre y cuando se reinvierta en otra entidad de nueva o reciente creación. Este régimen

sustituye al del [RD Ley 8/2011, de 1 de julio](#), pero con un régimen transitorio, los contribuyentes que obtengan ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de acciones o participaciones adquiridas con anterioridad al 29 de septiembre de 2013 (entrada en vigor de la Ley 14/2013) podrán aplicar la exención prevista en la disposición adicional trigésima cuarta en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2012. Para la práctica de la deducción será necesario obtener una certificación expedida por la entidad cuyas acciones o participaciones se hayan adquirido indicando el cumplimiento de los requisitos. Se prevé la regulación reglamentaria de la obligación de suministro de información para las entidades de reciente o nueva creación cuyos socios o accionistas hubieran solicitado la certificación citada anteriormente.

- Se establece una *nueva exención por reinversión en el supuesto de transmisión de acciones o participaciones en empresas de nueva o reciente creación*. La exención podrá ser total, si se reinvierte el importe total obtenido por la transmisión de las acciones, o parcial cuando el importe reinvertido sea inferior al total percibido en la transmisión. No resultará de aplicación la exención por reinversión: cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a la transmisión de las acciones. En este caso, la exención no procederá respecto de los valores que permanezcan en el patrimonio del contribuyente; cuando las acciones se transmitan al cónyuge, o a parientes en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido; cuando las acciones o participaciones se transmitan a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas citadas en el punto anterior, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio.

La nueva regulación de las *deducciones en actividades económicas* surtirá efectos desde el 1 de enero de 2013. Los contribuyentes que ejerzan actividades económicas podrán aplicarse, con determinadas especialidades, en la cuota íntegra del IRPF, la deducción por inversión en beneficios regulada en el IS y que hemos comentado en el apartado del IS, con algunas particularidades (por ejemplo, a veces el porcentaje de deducción será del 5%). La deducción se aplicará a los contribuyentes que determinen el rendimiento en estimación directa en cualquiera de sus modalidades. No obstante, tratándose de contribuyentes que determinen el rendimiento neto por el método de estimación objetiva se podrá aplicar cuando se establezca reglamentariamente.

M.^a Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
mguervos@usal.es

Ley 16/2013, de 29 octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras [BOE n.º 260, de 30-X-2013]

La Ley 16/2013, de 29 octubre de 2013, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, una vez más bajo un título genérico engloba muchas más medidas de las que de la lectura del mismo se pueden observar. Así, no sólo incluye medidas referentes a la fiscalidad medioambiental (dato que parece que va a ser lo más relevante de la Ley) como la creación de un impuesto nuevo llamado impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero o modificaciones en el Impuesto sobre Hidrocarburos para los suministros de gas natural o en los Impuestos sobre la electricidad o sobre la producción de combustible nuclear, sino que además incorpora modificaciones de gran calado en un gran número de impuestos estatales y locales: el Impuesto sobre Sociedades (IS), el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Impuesto sobre la Renta de no Residentes, tributos locales, etc., y por último también modificaciones en la regulación legal de las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC), con especial incidencia sobre las normas de información. Por ello nos parece un error la rúbrica elegida para esta Ley, porque realmente supone en muchos aspectos una reforma importante de impuestos relevantes en nuestro sistema tributario que no se anuncian en dicho título legislativo.

Vamos a analizar brevemente las medidas más importantes incorporadas en el texto legislativo que se estructura en 10 artículos, una disposición adicional única, otra derogatoria y siete disposiciones finales. Por seguir el orden del título de la Ley, trataremos en primer lugar las medidas que hacen referencia a la fiscalidad ambiental, cuyo alcance podemos señalar que es de «menor» trascendencia que el resto de medidas incluidas en la Ley.

En primer lugar se crea el llamado *Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero*, con efecto desde el día 1 de enero de 2014. Recae sobre el consumo de los mismos y grava, en fase única, la puesta a consumo según su potencial de calentamiento, fijando para cada uno de ellos un tipo en euros/kg. Los contribuyentes serán los fabricantes, importadores o adquirentes intracomunitarios y los empresarios revendedores que realicen las ventas, entregas o las operaciones de autoconsumo sujetas.

En segundo lugar se introducen modificaciones a la [Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales](#): en el *Impuesto sobre hidrocarburos*, se ordena la regularización de la repercusión del impuesto en los supuestos de aprovisionamientos de gas natural cuando ésta se ha efectuado de acuerdo con porcentajes provisionales; se modifican y se crean nuevos epígrafes en las Tarifas 1.ª y 2.ª; y también se modifican los tipos impositivos para determinados aprovisionamientos y el régimen sancionador. En el *Impuesto sobre la electricidad*, se establecen nuevas exenciones. En el *Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte*, se establece la exención para

las embarcaciones de recreo o de deportes náuticos destinados por las empresas al alquiler exclusivamente, cualquiera que sea la longitud de su eslora.

El resto de medidas adoptadas por la Ley nada tienen que ver ya con la fiscalidad medioambiental.

Se ha de tener una especial consideración, por su trascendencia y general aplicación, a la reforma realizada en el *Impuesto sobre Sociedades*: por primera vez en la historia del Impuesto se ha eliminado la posibilidad de considerar como gasto deducible el deterioro sufrido por la participación en el capital de otras sociedades y, de forma análoga, la integración de las pérdidas de los establecimientos permanentes y de las Uniones Temporales de Empresas (UTEs) que desarrollen su actividad fuera de España. También se regula la deducción por inversiones en producciones cinematográficas y series audiovisuales, así se establece la vigencia indefinida de la deducción por inversiones en producciones cinematográficas y series audiovisuales, ampliándose la base de esta deducción al incluir las copias y gastos de publicidad que vayan a cargo del productor, con un límite del 40% del coste de la producción, minorado en la parte financiada por el coproductor financiero. También se modifica la regulación actual de la bonificación por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla, con la finalidad de equipararla a la existente en el ámbito de las personas físicas y establecer unas reglas mínimas que faciliten la aplicación práctica de la bonificación. Se incluyen también algunas medidas de carácter temporal, así en el régimen especial de contratos de arrendamiento financiero, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2012, se prorroga hasta el año 2015 la excepción de carácter constante o creciente de las cuotas de arrendamiento financiero para que no sean expulsadas de este régimen especial muchas empresas que se ven obligadas a alargar los plazos de estos contratos. También se incluye la prórroga de diversas medidas temporales a los periodos impositivos que se inicien en 2014 y 2015, se prorrogan las siguientes medidas adoptadas con carácter temporal en los ejercicios 2011 y 2012: 1. La reducción a la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. No obstante, se establece como novedad positiva y relevante que esta limitación no será de aplicación en el importe de las rentas correspondientes a quitas como consecuencia de un acuerdo con los acreedores no vinculados con el sujeto pasivo, aprobado en un periodo impositivo iniciado a partir del 1 de enero de 2013. 2. Las limitaciones a las cantidades pendientes de aplicar por libertad de amortización. 3. Las limitaciones a la deducibilidad fiscal del fondo de comercio en sus diferentes versiones. 4. La reducción de la amortización fiscal del inmovilizado intangible con vida útil indefinida. 5. La limitación en la aplicación de las deducciones para incentivar determinadas actividades (del 25% y del 50% regulado en el artículo 44.1 del TRLIS). El límite del 25% de la cuota se mantiene para la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, computándose dicha deducción a efectos del cálculo del citado límite. Por lo que se refiere a los pagos fraccionados: 1) Se prorrogan para el 2014 los tipos incrementados de los

pagos fraccionados que resulten de aplicación a las sociedades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea igual o superior a 10 millones de euros durante los 12 meses anteriores a la fecha de inicio del periodo impositivo. Y 2) se prorrogan para 2014 y 2015: la inclusión del 25% de los dividendos y rentas procedentes de transmisiones con exención y el pago mínimo determinado por un porcentaje sobre el resultado contable para las grandes empresas. Los efectos en los pagos fraccionados de las modificaciones establecidas en esta Ley van a ser que no se aplica hasta el pago fraccionado de diciembre la no deducibilidad de los deterioros de participaciones y de la disminución de fondos propios de filiales, así como la no deducibilidad de rentas negativas de establecimientos permanentes en el extranjero y a través de UTE que operen en el extranjero.

Respecto al *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, se incluye la deducibilidad de las rentas negativas de establecimientos permanentes ubicados en el extranjero. Para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2013, los sujetos pasivos del IRPF que determinen su rendimiento de actividades económicas por el método de estimación directa, al contrario de lo regulado para las personas jurídicas, seguirán pudiendo deducir las rentas negativas obtenidas en el extranjero por sus establecimientos permanentes. Igualmente y respecto a la obligación de declarar nos encontramos con la siguiente modificación: actualmente los contribuyentes con rentas de capital mobiliario y ganancias patrimoniales sometidos a retención que no superen los 1.600 euros están excluidos de la obligación de presentar declaración. A partir de 2014 esta excepción no se aplicará respecto de las ganancias procedentes de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) en las que la base de la retención no se determine por la cuantía a integrar en la base imponible. Y por último y respecto a las retenciones, se amplía el abanico de obligados a comunicar ciertas operaciones a la Administración Tributaria. En concreto a las sociedades gestoras de IIC y a las entidades comercializadoras que deberán informar de las acciones y participaciones en dichas instituciones incluidas en sus registros de accionistas o partícipes.

En relación al *Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2014, se establece la obligación de presentar declaración a los contribuyentes de este Impuesto en el supuesto de obtención de ganancias patrimoniales derivadas del reembolso de participaciones en fondos de inversión cuando la retención haya resultado inferior a la cuota tributaria. Adicionalmente se establece la obligación de información a las entidades comercializadoras de IIC en el mismo sentido que en el IS y en el IRPF.

También se incluye alguna modificación en el *Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, en concreto se prevé una bonificación potestativa por parte de los Ayuntamientos de hasta el 95% de la cuota íntegra del Impuesto en la transmisión de terrenos y en la transmisión o constitución de derechos

reales de disfrute limitadores del dominio de terrenos, sobre los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas (por el voto favorable de la mayoría simple del pleno de la corporación, previa solicitud del sujeto pasivo) de especial interés o de utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico-artísticas o de fomento de la ocupación que justifiquen esta declaración.

Y, por último, en el *Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, con efectos desde el día 1 de enero de 2014, se establece una nueva regla para determinar la cuantía de la reducción aplicable en el Impuesto, en los supuestos de que se actualicen los valores catastrales mediante los coeficientes establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de ello resulte un decremento de la base imponible de los inmuebles. Del mismo modo, también se establece una nueva regla para determinar el valor base en los supuestos en que se actualicen los valores catastrales mediante los coeficientes establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de ello resulte un decremento de la base imponible de los inmuebles. Con efectos para los periodos impositivos que se inicien en los años 2014 y 2015, se incrementan los tipos impositivos de gravamen legalmente fijados, en un 10%, 6% y 4%, según el año en que haya sido aprobada la ponencia de valores total.

M.^a Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
mguervos@usal.es

Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal [BOE n.º 274, de 15-XI-2013]

Autoridad independiente de responsabilidad fiscal

La Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, crea la figura de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en adelante AIRF, al objeto de transponer parcialmente al derecho español la [Directiva comunitaria 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011](#), sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros. Esta ley orgánica desarrolla el principio constitucional de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 [CE](#) y pretende ser complementaria de la [LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera](#), en adelante LOEPSF. El objetivo principal de la AIRF consistirá en velar por el estricto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera mediante un continuo control del ciclo presupuestario, el endeudamiento público y el análisis de las previsiones económicas (artículo 2).

El contenido de la ley se estructura en tres capítulos, dos disposiciones adicionales y seis disposiciones finales. El Capítulo I, artículos 1-13, se refiere a su «Naturaleza y régimen jurídico»; el Capítulo II, artículos 14-23, versa sobre la actuación de la AIRF mediante «Informes y opiniones»; y el Capítulo III, artículos 24-27, incluye normas de «Organización y funcionamiento». Asimismo, consta la ley de dos disposiciones adicionales, que versan, la primera, sobre la «Creación de un Comité Técnico de Cuentas Nacionales» y la segunda, sobre la «Tasa de supervisión, análisis, asesoramiento y seguimiento de la política fiscal y de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal». También cuenta la ley con seis disposiciones finales. La D. F. 1.ª modifica varios preceptos de la LOEP, concretamente, el artículo 16; los apartados uno y dos del artículo 17; y el apartado 1 del artículo 23. En la D. F. 2.ª se enumeran los preceptos incluidos en la ley orgánica que comentamos que tienen carácter de ley ordinaria. La D. F. 3.ª indica el título competencial con base en el cual se aprueba la ley, concretamente, como ya se anunció, el artículo 135 CE. La D. F. 4.ª señala que la ley será objeto de desarrollo normativo antes del 31 de diciembre de 2013 por Real Decreto aprobado por Consejo de Ministros en el que se regule el Estatuto orgánico de la AIRF, mandato éste que todavía no se ha cumplido. La D. F. 5.ª recuerda que esta ley incorpora en el Derecho español la Directiva comunitaria citada más arriba. La D. F. 6.ª se refiere a la aplicación de la Ley en los regímenes forales. Y la D. F. 7.ª alude a la entrada en vigor de la ley, fijada en el día siguiente al de su publicación en el *BOE* y, por tanto, desde el 16 de noviembre de 2013.

La AIRF se crea como *ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia* y plena capacidad pública y privada, que ejerce sus funciones con *autonomía e independencia* funcional respecto de las Administraciones Públicas. No obstante, especifica el artículo 7 Ley AIRF que, a efectos puramente organizativos y presupuestarios,

se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, adscripción ésta, según matiza la propia ley, que «en ningún caso afectará a su autonomía e independencia funcional». Según especifica el preámbulo de la ley, se configura como un *ente de naturaleza especial y singular* distinto de los incluidos en la [Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado](#). Sus funciones las ejercerá en *todo el territorio español* de forma única y exclusiva y *con respecto a todos los sujetos integrantes del sector público* en los términos previstos en el artículo 2 LOEP. Sujetos éstos que deberán colaborar con la AIRF facilitándole la información económico-financiera que ésta les requiera. En caso de incumplimiento, la AIRF incluirá en su página web una advertencia pública de dicha circunstancia. Y si el Presidente de la AIRF apreciara que el incumplimiento es grave o reiterado podrá imponérsele, previa audiencia del sujeto infractor, las medidas del artículo 20 LOEP.

De sus actuaciones resultarán *informes, opiniones y/o estudios* con efectos jurídicos de distinto alcance. Tanto los informes como las opiniones serán *públicos y motivados*, estando *disponibles en la página web* de la autoridad. Ello sin perjuicio de que anualmente la AIRF deberá elaborar una *memoria* de las actividades que realiza dándole la mayor publicidad y difusión.

La AIRF evacuará *informes*, de oficio o por solicitud de una Administración pública. En los supuestos previstos en los artículos 14-22 ley, los informes tendrán carácter preceptivo: informe sobre las previsiones macroeconómicas; sobre la metodología para calcular las previsiones tendenciales de ingresos y gastos, y la tasa de referencia de crecimiento; sobre el proyecto de Programa de Estabilidad; sobre el análisis de la ejecución presupuestaria, deuda pública y de la regla de gasto; sobre el establecimiento de los objetivos individuales para las CC. AA.; sobre los planes económico-financieros y planes de reequilibrio de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas; de los proyectos y líneas fundamentales de presupuestos de las Administraciones públicas; sobre la aplicación de los mecanismos de corrección previstos en la LOEP; sobre la concurrencia de las circunstancias excepcionales del artículo 11.3 LOEP. La Administración o entidad destinataria no podrá apartarse de las recomendaciones que éstos incluyan sin motivar e incorporar dicho informe en el correspondiente expediente.

Distintos son los efectos de las *opiniones* que pueda emitir la AIRF sobre las materias previstas en el artículo 23, por cuanto las Administraciones o entidades destinatarias podrán apartarse de los criterios allí expresados sin necesidad de motivación. Concretamente, los asuntos sobre los que podrá emitir opiniones son: el seguimiento de la información sobre la ejecución presupuestaria facilitada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en aplicación del principio de transparencia; la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo; y sobre cualquier otro asunto, cuando lo disponga una ley. Conviene puntualizar que las opiniones siempre se emitirán de oficio.

Los *estudios* que, en su caso, realice la AIRF deberán ser solicitados por el Gobierno de la Nación, el CPFF, la Comisión Nacional de la Administración Local o la Comisión Financiera de la Seguridad Social.

Para el ejercicio de sus funciones, dispondrá de *patrimonio propio*, independiente del patrimonio de la Administración General del Estado. Sus principales *fuentes de financiación* serán, por una parte, «tasas de supervisión, análisis, asesoramiento y seguimiento de la política fiscal y de la Autoridad Independiente de Régimen Fiscal», cuyos elementos cualitativos y cuantitativos se regulan en la D. A. Segunda de la ley, y cuyo hecho imponible consistirá precisamente en la emisión de informes y opiniones a los que nos venimos refiriendo, y, por otra parte, los «precios públicos por estudios». No obstante, también podrán contar con: asignaciones que anualmente se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado; los bienes y derechos que formen parte de su patrimonio, así como los productos y rentas del mismo; y otros recursos que se les puedan atribuir legalmente.

Los actos y decisiones que adopten los órganos de la AIRF, distintos del Presidente, podrán ser objeto de recurso administrativo, con base en el Derecho Administrativo común. No podrán ser objeto de recurso, no obstante, los informes que emita la Autoridad. Los actos y resoluciones del Presidente de la AIRF pondrán fin a la vía administrativa, siendo recurribles únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La AIRF está *dirigida y representada por un Presidente*: designado entre personas de reconocido prestigio y experiencia mínima en la materia de diez años, valorándose su independencia y objetividad de criterio; nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas, previa comparecencia ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados; su dedicación será exclusiva; sujeto al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado; cargo incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad; asistirá como miembro nato con voz pero sin voto al CPFF, a la Comisión Nacional de la Administración Local y a la Comisión Financiera de la Seguridad Social; permanecerá en el cargo durante seis años no renovables y sólo cesará por las causas previstas legalmente (finalizar el período; a petición propia; causa de incompatibilidad; incapacidad sobrevenida; condena por delito doloso; incumplimiento grave de sus obligaciones); tiene consideración de alto cargo, con rango de Subsecretario; comparecerá al menos anualmente ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados y del Senado. Sus *funciones* las ejercerá con plena independencia y objetividad, sin estar sujeto a instrucción alguna.

La AIRF *se organizará en divisiones* que contará cada una de ellas con un *Director de división*, que tendrá la consideración de personal directivo profesional, y será nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente de la Autoridad, de acuerdo con principio de mérito, capacidad y publicidad entre aquellos que cuenten con una experiencia mínima de diez años en las materias propias de su división.

En el ejercicio de sus funciones el Presidente se asiste del *Comité Directivo*, el cual estará integrado por los Directores de división y al cual podrán acudir, si así lo considera el Presidente, expertos de reconocido prestigio, nacional o internacional, según los asuntos que se sometan.

Isabel GIL RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
isabelgil@usal.es

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 [BOE n.º 309, de 26-XII-2013]

Presupuestos generales del Estado

La Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en adelante LPGE, recoge medidas referentes a las principales figuras del sistema tributario español.

1. Con relación al *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, el artículo 62 LPGE, siguiendo su habitual modo de proceder, *actualiza los coeficientes correctores del valor de adquisición de inmuebles* en un 1% con relación a los del año anterior, al objeto de cuantificar la ganancia o pérdida patrimonial generada durante el ejercicio 2014 en la transmisión de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas. El artículo 63 LPGE *prorroga para el ejercicio 2014 la reducción por mantenimiento o creación de empleo* prevista en la D. A. Vigésima Séptima de la [Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio](#), en adelante LIRPF, y que permite minorar en un 20% el rendimiento neto positivo declarado de las actividades económicas a empresarios y profesionales cuya plantilla media en el ejercicio no sea menor a 1 y a la plantilla media del ejercicio 2008, cuenten con un importe neto de la cifra de negocios para el conjunto de sus actividades económicas inferior a 5 millones de euros y, además, su plantilla media sea inferior a 25 empleados. Por otra parte, el artículo 64 LPGE *prorroga al ejercicio 2014 la aplicación del gravamen complementario a la cuota íntegra estatal del IRPF*, previsto en la D. A. Trigésima Quinta LIRPF, inicialmente para el 2012 y 2013. Gravamen complementario que supone un incremento en la escala de gravamen general del impuesto aplicable a la base liquidable general, y que está situado entre el 0,75% (para contribuyentes con una base liquidable general hasta 17.707,20 euros) y el 7% (para aquellos cuya base liquidable general sea superior a 300.000,20 euros). Cabe añadir, además, que este incremento porcentual también se tendrá en cuenta para el cálculo de la cuota de retención de rendimientos del trabajo personal consistentes en sueldos, salarios, haberes pasivos. Asimismo, la aplicación de este gravamen complementario a la base liquidable del ahorro implicará incrementar, de forma progresiva, los tipos del ahorro, con porcentajes del 2, 4 o 6% según se cuente, respectivamente, con una base liquidable del ahorro inferior a 6.000 euros; superior a 6.000 euros, pero menor a 18.000; o, en su caso, mayor a 24.000 euros. Esto supone que, en el ejercicio 2014, los tipos del ahorro se mantienen en el 21%, 25% o 27%, según proceda. También se *prorroga para el ejercicio 2014 la aplicación del apartado cuarto de la D. A. Trigésima Quinta LIRPF*, disposición ésta que eleva, inicialmente para los ejercicios 2012 y 2013, al 21% el porcentaje de retención o ingreso a cuenta de aquellas rentas a las que se aplicaba el 19% e incrementa del 35% al 42% el porcentaje aplicable a

los rendimientos del trabajo personal que se perciban por la condición de administradores y miembros de los consejos de administración del artículo 101.2 LIRPF. El artículo 65 LPGE *prorroga para el ejercicio 2014 el incentivo fiscal* previsto en la D. A. Vigésima Quinta LIRPF y que con relación al IRPF supone la consideración de *gastos de formación no sujetos al impuesto como rentas en especie*, los gastos e inversiones que realice la empresa para habitar a sus empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Por otra parte, la D. T. 4.^a LPGE mantiene la *compensación fiscal en este impuesto a favor de aquellos que perciban rendimientos del capital mobiliario procedentes de activos financieros o de seguros de vida o invalidez* que traigan causa en contratos celebrados antes del 20 de enero de 2006, que sean irregulares por contar un período de generación superior a 2 años y que además se hayan de integrar en la base imponible del ahorro correspondiente al ejercicio 2013 del IRPF. Este tipo de rentas bajo la regulación anterior del IRPF se beneficiaban de la aplicación de una reducción del 40% o 75%, según los casos. Se pretende por ello compensar a los perceptores de este tipo de rentas mediante el establecimiento de una deducción en la cuota líquida total del impuesto, que se descontará una vez aplicada la deducción del artículo 80 bis LIRPF. La D. A. Quincuagésima LPGE se refiere a la *obligación del Estado de realizar, durante el ejercicio 2013, entregas a cuenta mensuales de la cantidad que corresponde a la Iglesia Católica* en el IRPF. Y, asimismo, conforme dispone la D. A. Cuadragésima Novena LPGE, *el Estado deberá subvencionar actividades de interés social con el 0,7% de la cuota íntegra del IRPF* del ejercicio 2013 correspondiente a los contribuyentes que manifiesten su voluntad en este sentido.

2. Por cuanto se refiere al *Impuesto sobre Sociedades*, el artículo 66 LPGE aprueba los *coeficientes de corrección monetaria* aplicables al valor de adquisición en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos patrimoniales que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, al objeto de deducir el importe de la depreciación monetaria producida desde el 1 de enero de 1984. Por otra parte, se intenta acomodar el [Texto Refundido de la Ley del IS](#) a la jurisprudencia del TJUE acerca del traslado de la residencia de una sociedad, cese de actividad de un establecimiento permanente o transferencia de activos de tal establecimiento. En este sentido, el artículo 67 LPGE otorga nueva redacción al artículo 17.1 TRLIS, que establece *reglas para la valoración de elementos patrimoniales* en supuestos de cambios de residencia, cese de establecimientos permanentes, operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención y permite, en algunos casos, que el sujeto pasivo pueda solicitar aplazamiento de pago de la deuda tributaria que pueda resultar por integrar en la base imponible la diferencia entre su valor normal de mercado y el valor contable. El artículo 68 LPGE señala cómo se debe determinar el importe de los *pagos fraccionados*, siguiendo el criterio fijado en

años anteriores y discriminando, por tanto, un sistema general y un sistema alternativo, previsto en el artículo 45.3 TRLIS, que es opcional y voluntario salvo para aquellos que cuentan con un volumen de operaciones superior a 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2014. El artículo 69 LPGE modifica el artículo 84.1 TRLIS añadiendo un párrafo a las letras a) y b) del citado precepto, el cual se incluye en el Capítulo VIII del Texto refundido, donde se regula el *régimen especial de operaciones de reestructuración empresarial*. En este sentido, los sujetos pasivos del impuesto que transfieran elementos patrimoniales a un Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar a la Administración Tributaria que aplaze el pago de la deuda tributaria hasta el momento de su transmisión a terceros. También podrán solicitar ese *aplazamiento* las entidades no residentes en territorio español que transmitan establecimientos permanentes situados en España. El artículo 70 LPGE *prorroga al ejercicio 2014 el tipo de gravamen reducido establecido por mantenimiento o creación de empleo* en la D. A. Duodécima TRLIS y que permite aplicar a las empresas, durante el período impositivo 2014, un tipo de gravamen del 20% sobre los primeros 300.000 euros de base imponible, y un 25% sobre el exceso, siempre que: la plantilla media en ese ejercicio no sea menor a 1 y a la plantilla media del ejercicio 2008, que cuenten con un importe neto de la cifra de negocios inferior a 5 millones de euros y, además, su plantilla media sea menor a 25 empleados.

3. Con relación al *Impuesto sobre la Renta de los No Residentes*, el artículo 71 LPGE modifica la D. A. Tercera del [Texto Refundido de la Ley del IRNR](#). *Mantiene, hasta el 31 de diciembre de 2014, el gravamen complementario del 21%* aplicable a establecimientos permanentes que transfieren cantidades al extranjero (a la casa central). Ese mismo porcentaje se mantiene para determinadas rentas obtenidas por no residentes sin establecimiento permanente (dividendos, intereses, ganancias patrimoniales). *El tipo general del impuesto aplicable a las rentas obtenidas sin establecimiento permanente y que inicialmente era del 24% se vuelve a elevar para el 2014 al 24,75%*.

4. Con base en el artículo 72 LPGE, *se mantiene para el ejercicio 2014 el Impuesto sobre el Patrimonio*. No obstante, *con efectos desde el 1 de enero de 2015, se restablece la bonificación general del impuesto del 100%* en la cuota íntegra del impuesto, modificándose el artículo 33 de la [Ley del IP](#).

5. Son varias las modificaciones que se han realizado al IVA. El artículo 74 LPGE *extiende la aplicación de la exención* prevista en el artículo 20.8 [Ley 37/1992, de 28 de diciembre](#), en adelante LIVA, relativa a servicios de asistencia social prestados por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social, *a las actividades de custodia y atención a niños en general*, exención cuya aplicación, antes del 1 de enero de 2014, se limitaba a niños menores de 6 años. El artículo 75 LPGE modifica el artículo 70.Dos LIVA especificando *reglas de localización para determinados servicios*. Se suprime *la regla de devengo* establecida en los artículos 75.6. Uno y 76, párrafo tercero, LIVA aplicable a determinadas adquisiciones

intracomunitarias de bienes en las que se situaba la fecha del devengo al inicio de la expedición o transporte de los bienes del Estado miembro de origen. El artículo 77 LPGE modifica la redacción del apartado tres del artículo 89 LIVA y que se refiere a la *rectificación de cuotas impositivas repercutidas*. Con anterioridad a esta modificación, la LIVA impedía al contribuyente modificar dichas cuotas si la Administración Tributaria había descubierto que existían cuotas de IVA repercutido mayores que las declaradas, tipificando además la citada conducta como una infracción tributaria. Ahora, la LPGE, con efectos desde el 1 de enero de 2014, precisa que no cabe rectificar las cuotas cuando la Administración tributaria pone de manifiesto cuotas impositivas devengadas y no repercutidas mayores que las declaradas por el sujeto pasivo «y resulte acreditado, mediante datos objetivos, que dicho sujeto pasivo participaba en un fraude, o que sabía o debía haber sabido, utilizando al efecto una diligencia razonable, que realizaba una operación que formaba parte de un fraude». El artículo 78 LPGE modifica el artículo 104. Apartado Tres. número 1.ª LIVA, referido al cálculo de la *prorrata general* para señalar que, con efectos desde el 1 de enero de 2014, en la determinación del porcentaje de deducción no se tendrán en cuenta en el numerador ni en el denominador las operaciones realizadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio de aplicación del impuesto. Finalmente, el artículo 79 LPGE modifica la D. A. Sexta del IVA disponiendo que, con efectos de 31 de octubre de 2012 y vigencia indefinida, en los procedimientos administrativos y judiciales de ejecución forzosa, los adjudicatarios que tengan la condición de empresarios o profesionales a efectos del impuesto podrán, en nombre y por cuenta del sujeto pasivo, con relación a las operaciones sujetas al impuesto que se produzcan en los citados procedimientos, emitir la factura correspondiente; en su caso, renunciar a las exenciones del artículo 20.2 LIVA; repercutir la cuota del IVA, presentar la autoliquidación correspondiente e ingresar el impuesto que resulte. A salvo quedan, no obstante, las operaciones en las cuales el sujeto pasivo del impuesto es el destinatario por aplicación de las reglas de inversión del sujeto pasivo previstas en el artículo 84.1.2.º LIVA.

6. El artículo 80 LPGE *actualiza* en un 1% la *escala de gravamen* aplicable al supuesto de hecho «rehabilitación y transmisión de grandezas y títulos nobiliarios», incluido en la modalidad I.A.J.D., documentos administrativos.

7. En el *Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte*, el artículo 81.Uno LPGE introduce un *nuevo supuesto de exención*, incluyendo una nueva letra ñ) en el artículo 66.1 [Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de IIEE](#). Esta nueva exención es aplicable a los medios de transporte matriculados en otro Estado miembro y que sean alquilados a un proveedor de un Estado miembro por personas o entidades residentes en España durante un período no superior a tres meses. Asimismo, ese mismo artículo 80 LPGE modifica el apartado 2, del artículo 66 LIIIEE, incluyendo otra modificación en el I.E.D.M.T. que consiste en que para la aplicación de la citada exención se exigirá *previo reconocimiento* por la Administración tributaria en la forma que determine el

reglamento. El artículo 81.Dos LPGE introduce un artículo 70 bis LIIEE especificando *normas de determinación de la cuota tributaria* del impuesto en supuestos de vehículos que han sido matriculados en otro Estado miembro que se ponen a disposición de una persona física residente en España o que son alquilados a un proveedor de otro Estado miembro por personas o entidades residentes en España durante un período superior a tres meses. Asimismo, el apartado Tres del artículo 81 LPGE modifica el artículo 71.1 LIIEE indicando que para los supuestos anunciados la Administración Tributaria podrá exigir, si lo considera necesario, junto con la correspondiente autoliquidación una *garantía* del importe que corresponda ingresar.

8. Las medidas que se introducen con relación a las *tasas estatales* se refieren prácticamente todas a su cuantificación. El artículo 82 LPGE incrementa los tipos de las tasas de cuantía fija. El artículo 83 LPGE señala fórmulas para calcular las tasas en materia de comunicaciones. El artículo 84 LPGE modifica las tasas de la Jefatura Central de Tráfico con relación a los permisos para la conducción. El artículo 85 LPGE mantiene la cuantía de la tasa de aproximación en el importe exigible en el año 2013. El artículo 86 LPGE incrementa en un 2,5% la cuantía de las prestaciones patrimoniales de carácter público de Aena Aeropuertos, S.A. respecto a las exigibles en 2013. Los artículos 87 a 92 LPGE se refieren a aspectos diversos de las tasas portuarias (bonificaciones aplicables a las tasas de ocupación, buque, pasaje y mercancía; coeficientes correctores en tasa buque, pasaje y mercancía; tipos de gravamen a la tasa de ocupación, a la tasa de actividad; modificación de la tasa a la mercancía con relación al transporte ferroviario; cuantías básicas de las tasas aplicables al sistema portuario de interés general). El artículo 93 LPGE fija la cuantía de los cánones ferroviarios. El artículo 94 LPGE se refiere a las tasas de la Propiedad Industrial actualizando las tasas de anualidades de patentes y modelos de utilidad, así como de solicitud y mantenimiento de certificados complementarios de protección. El artículo 95 LPGE actualiza los precios básicos del canon de control de vertidos. Y el artículo 96 LPGE incrementa la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por emisión de informes de auditoría de cuentas.

9. Otras medidas con trascendencia tributaria son las que inciden en la *fijación del interés legal, el interés de demora o la cuantía anual del IPREM*. En este sentido, la D. A. Trigésimo Segunda LPGE fija el interés legal del dinero en un 4% hasta el 31 de diciembre de 2014 y el interés de demora en un 5%. Por su parte, la D. A. Octogésima LPGE congela, de nuevo, la cuantía del IPREM para 2014, heredando los valores que vienen estableciéndose desde el año 2010.

10. Asimismo, cabe mencionar la enumeración contenida en la D. A. Quincuagésima Primera LPGE de *actividades consideradas prioritarias de mecenazgo durante el ejercicio 2014*. Las donaciones a estas actividades gozan de una deducción del 30% en la cuota íntegra del IRPF, con el límite de 50.000 euros al año por cada aportante. Asimismo, se recoge un listado de beneficios fiscales relacionados con *eventos* (de la

D. A. Quincuagésima Segunda LPGE a la Sexagésima Cuarta), *que tienen la consideración de acontecimientos de excepcional interés público* a efectos de lo establecido en el artículo 27 de la [Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo](#).

11. Finalmente, cabe aludir a las breves menciones que realiza la ley sobre algunos *impuestos locales*. El artículo 73 LPGE establece los *coeficientes de actualización de los valores catastrales* a que se refiere el artículo 32.2 del [Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo](#). Por su parte, la D. A. Sexagésima Quinta LPGE establece para el *ejercicio 2014 una bonificación del 50% en la cuota del IBI respecto a bienes inmuebles de Lorca (Murcia) dañados como consecuencia de movimiento sísmico siempre que se cumplan y acrediten los requisitos previstos* por el [Real Decreto-Ley 6/2011, de 13 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca, Murcia](#). Asimismo, la Disposición Final Trigésima segunda LPGE establece, excepcionalmente para el ejercicio 2014, una *bonificación del 50% en las cuotas del Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana* para las transmisiones de bienes inmuebles situados en Lorca y que hayan sufrido daños motivados por los citados movimientos sísmicos.

Isabel GIL RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
isabelgil@usal.es

Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia [BOE n.º 196, de 16-VIII-2013]

Programa de clemencia

Los cárteles figuran entre las conductas atentatorias de la libre competencia que revisten mayor gravedad. De ahí que su detección y represión constituya una prioridad de toda política de defensa de la competencia. Uno de los instrumentos previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), para promover la eficacia de las autoridades de competencia en la lucha contra los cárteles, y disuadir a las empresas de participar en ellos, es el llamado «programa de clemencia». Esta expresión alude a un sistema que permite dispensar del pago de la sanción administrativa o establecer una reducción significativa de su cuantía, bajo determinadas condiciones, a la empresa que confiesa su participación en un cártel y aporta elementos de prueba que permiten constatar la infracción y sancionar a los demás participantes.

En España, las normas que conforman el programa de clemencia se establecen en los artículos 65 («Exención del pago de la multa») y 66 («Reducción del pago de la multa») de la LDC, así como en los artículos 46-53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Además, la Comisión Nacional de la Competencia ha publicado un documento, desprovisto de valor normativo, titulado «Indicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para la tramitación de las solicitudes de exención y de reducción del importe de la multa», en el que se exponen algunos aspectos prácticos sobre la presentación de la solicitud de clemencia y su tramitación. Una parte importante de las indicaciones contenidas en el documento han quedado superadas, precisamente, con la publicación de la Comunicación de 19 de junio de 2013, de la CNC, sobre el programa de clemencia, por lo que su utilidad se ha reducido notablemente. Probablemente por este motivo, ha dejado de estar disponible en la página Web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

El legislador se ha inspirado, para elaborar la normativa mencionada, en el programa de clemencia que aplica la Comisión Europea en el ámbito del Derecho de la competencia de la Unión Europea, cuyo contenido y alcance se exponen actualmente en la «Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel» (DOUE de 8 de diciembre de 2006, n.º C 298, 17). Este programa también constituye un referente para la mayor parte de los veintiséis Estados miembros que cuentan con un programa de clemencia.

Conviene tener en cuenta, además, que no existen disposiciones que armonicen el programa de clemencia de la Unión Europea con los programas de clemencia nacionales, o éstos entre sí. Por ello, con el fin de suprimir las disparidades entre programas que puedan socavar su eficacia en la lucha contra los cárteles que producen efectos en el territorio de más de un Estado miembro, se está fomentando su aproximación a través de la colaboración entre Autoridades de Competencia en el marco de la Red Europea de Competencia (REC) (*vid.* «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia», *DOUE* de 27 de abril de 2004, n.º C 101, 43). En este contexto, la REC aprobó un Modelo de Programa de Clemencia en 2006, que ha sido revisado en noviembre de 2012. (La versión revisada se puede encontrar en la dirección: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>). Las disposiciones del Modelo no tienen efecto directo, pero las Autoridades de la REC se han comprometido a adaptar los programas en consonancia con aquellas.

La Comunicación de 19 de junio de 2013 se dicta en virtud de la facultad prevista en la Disposición Adicional tercera de la LDC. La CNC expone nuevamente algunos aspectos del programa de clemencia, procurando incorporar la experiencia acumulada durante los últimos años, así como las modificaciones introducidas en el Modelo de Programa de la REC en 2012. De este modo, la CNC contribuye a promover la transparencia y la previsibilidad de su actuación en los procedimientos sancionadores en los que se presentan solicitudes de clemencia.

Se debe advertir que, si bien la Comunicación es posterior a la aprobación y publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al tiempo de adoptarse la Comunicación todavía la CNC desarrollaba las funciones propias del órgano de defensa de la competencia. Tras la constitución de la CNMC, las referencias a la CNC y a la Dirección de Investigación contenidas en la Comunicación, hay que entenderlas realizadas a la CNMC y a la Dirección de Competencia (*vid.* Disposición Adicional Segunda, apartado 2, párrafo 2, de la Ley 3/2013, de 4 de junio).

La Comunicación se divide en siete apartados dedicados, respectivamente, al ámbito de aplicación y alcance del programa de clemencia; presentación de solicitudes de clemencia; exención del pago de la multa; reducción del importe de la multa; deber de colaboración de los solicitantes de clemencia; confidencialidad y acceso a las solicitudes de clemencia; y coordinación con la Comisión Europea y autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea.

Según se expone en el apartado primero de la Comunicación, el programa de clemencia se aplica a las infracciones de los artículos 1 de la LDC o, en su caso, 101 del TFUE, comprendidas en el concepto de cártel. Este concepto se define en la Disposición Adicional cuarta de la LDC como «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las

importaciones o las exportaciones». La Comunicación precisa, o matiza, este concepto en dos aspectos. En primer lugar, califica de cártel conductas que no se mencionan expresamente en la Disposición Adicional cuarta de la LDC, como la fijación de condiciones comerciales o de servicio distintas del precio; los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; y los boicots colectivos (párrafo 9). En segundo lugar, puntualiza que, aun cuando los cárteles que se pueden acoger al programa de clemencia han de ser secretos, ello no implica necesariamente que hayan de serlo todos y cada uno de sus elementos, «debiendo ponderarse la importancia de los elementos que dificultan la detección del cártel, en toda su amplitud» (párrafo 10). Ambas precisiones se encuentran reflejadas en el Modelo de Programa de Clemencia de la RAC.

En el primer apartado de la Comunicación también se hace referencia al alcance de la clemencia y a los sujetos que pueden ser beneficiarios de la misma. Sobre el primer aspecto se manifiesta que la CNMC aplica las normas relativas al programa de clemencia una vez calculado el importe final de la sanción que correspondería según lo establecido en la «Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de competencia» (párrafo 11). La reducción por clemencia excluye que se pueda practicar otra reducción adicional en virtud del artículo 64.3.d) de la LDC (párrafo 13). Con relación al segundo aspecto, la Comunicación recuerda que el beneficio de la clemencia alcanza a los solicitantes de la misma, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel, siempre y cuando hayan colaborado con la CNMC. Pero precisa, asimismo, que no se extiende a otras entidades participantes en el cártel, como una asociación, de la que sea miembro el solicitante (párrafo 12).

En el apartado segundo de la Comunicación se comentan aspectos relativos a la presentación de las solicitudes.

En principio, cualquier empresa o persona física participante en un cártel, que afecte a todo o a parte del territorio nacional, se encuentra legitimada para solicitar la clemencia. Según precisa la Comunicación, ello incluye «las empresas y las personas físicas a las que pueda ser atribuida responsabilidad por un cártel, estando expuestas a la sanción correspondiente, independientemente de si dicha responsabilidad deriva de la intervención directa en el mismo, de la influencia decisiva desplegada como matriz o si se trata de la empresa sucesora de la que originariamente participó en el cártel» (párrafo 14). Una misma solicitud no puede presentarse por varias empresas o personas físicas a la vez o por una asociación en nombre de sus asociados respecto de su participación en un mismo cártel (párrafo 16). Como excepción, se pueden presentar solicitudes de clemencia por la empresa que controla a otra, que participa en un cártel, o conjuntamente por ambas (párrafo 17).

La Comunicación también desarrolla en este apartado lo establecido en los artículos 46 y 50 del RDC sobre el contenido de la solicitud, explicando detalladamente la

información que se debe aportar (párrafo 21). Esta información incluye las pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante, o aquellas de las que pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, que permitan verificar su existencia. Son particularmente pertinentes las pruebas contemporáneas. En los párrafos 22 y 23 se mencionan un conjunto de elementos de prueba que pueden ser relevantes a este respecto.

Como se desprende de los artículos 65.1, y 66.2 de la LDC, el momento de la presentación y el orden de recepción de las solicitudes de clemencia, ya sean de exención o de reducción de la multa, tienen relevancia en la tramitación y en el resultado de la solicitud (*vid.* párrafos 28-30, con relación a las solicitudes de exención; y párrafos 32 y 33, con relación a las solicitudes de reducción). La Comunicación, siguiendo las disposiciones del RDC, explica que el orden de recepción de las solicitudes viene determinado por la fecha y hora de entrada en el Registro de la CNMC, bien sea en la Oficina del Registro o en el Registro Electrónico; y ello, con independencia de que la solicitud se realice por escrito, o la CNMC acceda a que se presente verbalmente, ya que en este último supuesto, tras la declaración, se procede a su transcripción y registro (párrafos 19 y 20).

Una especial relevancia adquieren, en este apartado, las consideraciones relativas a la presentación de solicitudes de clemencia abreviadas por parte de empresas que han presentado, o van a presentar, una solicitud ante la Comisión Europea, por ser ésta la Autoridad de Competencia particularmente bien situada para conocer del asunto (*cfr.* artículo 48 del RDC). La solicitud abreviada permite mantener la fecha de presentación de esta solicitud, como fecha de recepción, en el caso de que la CNMC sea finalmente la autoridad de competencia que conozca del cártel, siempre y cuando el solicitante complete la solicitud con la información y elementos de prueba pertinentes en el plazo establecido.

El programa de clemencia español, siguiendo lo establecido en el Modelo de Programa de Clemencia de la RAC, sólo contemplaba la posibilidad de presentar solicitudes abreviadas ante la CNC cuando la solicitud ante la Comisión Europea fuese de exención de la multa y, como se especifica en el artículo 48.1 del RDC, estuviese fundada en lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LDC; es decir, cuando la empresa fuese la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Autoridad de Competencia, permitieran la realización de una investigación. Por lo tanto, sólo estaba prevista la presentación de solicitudes de exención abreviadas. La revisión del Modelo de Programa de Clemencia de la REC ha abierto la puerta a que puedan presentar solicitudes abreviadas todos los solicitantes de clemencia. En consonancia con la nueva versión del Modelo, la Comunicación admite la presentación ante la CNMC de solicitudes abreviadas de reducción de multas; una posibilidad que, sin embargo, no se prevé expresamente en el RDC. En el Anexo de la Comunicación consta el formulario que se debe cumplimentar para presentar una solicitud abreviada de clemencia en el marco de la REC. La CNMC se ha comprometido a admitir la presentación del formulario en lengua inglesa.

En los apartados 3 y 4 de la Comunicación se exponen algunos aspectos específicos relativos a las solicitudes de exención del pago de la multa y a las solicitudes de reducción del importe de la multa.

Con relación a las solicitudes de exención del pago de la multa, se precisan los dos supuestos que permiten obtener el beneficio (*cf.* artículo 65.1 de la LDC): el solicitante debe ser el primero en aportar información y pruebas suficientes, bien para ordenar una inspección en relación con un cártel, bien para establecer su existencia. Conforme al artículo 65.2.d) de la LDC, el solicitante de la exención queda descalificado si ha adoptado medidas para obligar a otras empresas o personas físicas a participar en el cártel o a mantenerse en él. En la Comunicación se aportan algunos criterios para valorar si concurre esta circunstancia (párrafos 39-43). También se exponen las causas que determinan el rechazo de la solicitud de exención (párrafos 44-48); así como las circunstancias del acuerdo de conceder la exención condicional y de la resolución definitiva (párrafos 49-52).

Con relación a las solicitudes de reducción de la multa, el supuesto que permite acceder al beneficio consiste en facilitar elementos de prueba de la infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya disponga la CNMC (*cf.* artículo 66.1 de la LDC). En la Comunicación se dedica una atención especial a explicar cuando los elementos de prueba presentan un «valor añadido significativo».

En el apartado quinto de la Comunicación se describen algunos aspectos de la conducta que el solicitante debe observar, tras la presentación de la solicitud, para obtener el beneficio de la clemencia. Debe cooperar plena, continua y diligentemente con la CNMC hasta la finalización del procedimiento administrativo de investigación, lo que puede incluir, entre otros comportamientos, los que se mencionan a modo indicativo en el párrafo 66. Asimismo, el solicitante debe poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hacen referencia los artículos 65 y 66 de la LDC. El alcance de este deber se expone en los párrafos 67 y 68 de la Comunicación. El incumplimiento del deber de colaboración, o de poner fin a la participación en el cártel, priva a los solicitantes del derecho a obtener el beneficio de la clemencia (párrafos 66 y 69).

La Comunicación dedica el apartado sexto al alcance del tratamiento confidencial que se concede a las solicitudes de clemencia. Ésta es una cuestión esencial del programa, ya que un potencial beneficiario de la clemencia difícilmente estaría dispuesto a solicitarla si considerase que puede perjudicarle en una eventual acción civil de reclamación de daños y perjuicios por infracción de los artículos 1 LDC o 101 TFUE.

En los párrafos 70-73 se explica el tratamiento de la información en el curso del procedimiento administrativo. En el RDC se establece que la identidad del solicitante y el hecho de la solicitud son confidenciales. La Comunicación precisa que la confidencialidad no se ve afectada por contactos y consultas que pueda establecer la CNMC

con otras autoridades de competencia ante las que el solicitante haya presentado una solicitud en relación con el mismo cártel (párrafo 71). Con carácter previo a la notificación del Pliego de concreción de hechos, se resuelven las cuestiones de confidencialidad que pudieran haber planteado los solicitantes de clemencia. Tras la notificación del Pliego, los interesados pueden acceder a los documentos que sean necesarios para contestarlo. En el caso de las declaraciones, pueden acceder a ellas, pero no pueden obtener copia (párrafo 72).

En los párrafos 74-75 se expone el tratamiento que la CNMC da a la información en caso de que su actuación sea objeto de revisión jurisdiccional. Asimismo, se indica que si la CNMC decide intervenir aportando información o presentando observaciones en un proceso de defensa de la competencia, se abstiene de aportar datos o documentos aportados por los solicitantes de clemencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (párrafo 76). Respecto de las acciones civiles de reclamación de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNMC no facilita copias de las declaraciones de los solicitantes.

Finalmente, en el apartado 7 de la Comunicación se hace referencia a la coordinación existente entre la CNMC y la Comisión Europea en los asuntos que afectan al comercio entre los Estados miembros [*cf.* artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado; así como párrafos 16 y siguientes, y 37 y siguientes, de la «Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia», ya citada]; así como a la coordinación de la CNMC con las Autoridades de Competencia de otros Estados miembros.

Juan ARPIO SANTACRUZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
arpio@unizar.es

Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [BOE n.º 209, de 31-VIII-2013]

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El Real Decreto 657/2013 de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desarrolla la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por lo que se refiere a la estructura y funciones de este organismo. La norma da así cumplimiento al mandato del artículo 26.1 de la citada Ley, que prevé la aprobación por el Gobierno, mediante Real Decreto, del *Estatuto Orgánico de la CNMC* (en adelante, EO). Queda fuera de la regulación el funcionamiento interno de la CNMC, que ha de regirse por el reglamento interno adoptado a estos efectos por el Consejo de la CNMC (artículo 26.4 de la Ley 3/2013 y artículo 7.2 RD 657/2013).

El desarrollo llevado a cabo por el Real Decreto 657/2013 de la estructura y funciones de la CNMC se basa, de acuerdo con la propia Ley 3/2013, en los principios de seguridad jurídica e institucional, austeridad económica de la Administración Pública y eficacia de supervisión. Tales principios han sido promovidos, como se sabe, mediante la atribución a una estructura orgánica unitaria, la CNMC, de las competencias que antes venían conferidas a los distintos organismos de supervisión *ex ante* y *ex post* de los mercados. En esta misma línea, la supervisión eficaz del funcionamiento competitivo del mercado exige como presupuesto un desarrollo reglamentario que garantice la agilidad, objetividad y transparencia del funcionamiento de la CNMC.

Desde el punto de vista de su estructura el Real Decreto 657/2013 consta de un único, aunque extenso artículo. A la cabeza del mismo, de forma previa al propio *Estatuto Orgánico de la CNMC*, se recogen cinco disposiciones adicionales, entre las que se encuentra la referencia a las sedes y a posibles mejoras estructurales a propuesta de la propia CNMC; siete disposiciones transitorias dirigidas a regular distintos aspectos afectados por el cambio de modelo de la estructura institucional; una disposición derogatoria y tres disposiciones finales relativas, estas últimas, a la entrada en vigor del Real Decreto, a la implantación de un sistema de contabilidad analítica (cuestión también recogida en el artículo 44.2 del EO) y a la reserva de las siglas CNMC como nombre de dominio en Internet.

El Estatuto Orgánico de la CNMC ocupa el grueso de la norma reglamentaria. Dicho Estatuto está estructurado en cuarenta y seis artículos recogidos en cinco capítulos. El Capítulo I del Estatuto contiene una serie de *Disposiciones Generales* (artículos 1 a 5) que reproducen las bases del Estatuto jurídico y los principios de funcionamiento de la CNMC (autonomía, independencia, coordinación y cooperación institucional) ya recogidos en la Ley 3/2013. Particular relevancia reviste el artículo 4 del EO, que recoge la consideración de la CNMC, a efectos de la aplicación del Derecho de la UE, de

autoridad nacional o *autoridad reguladora estatal* en los diferentes ámbitos a los que se extiende la competencia sustantiva de la CNMC.

El Capítulo II del Estatuto afronta el desarrollo de la estructura orgánica y de las funciones de la CNMC, de acuerdo con la regulación básica que de dicha estructura y funciones ha establecido la Ley 13/2007. Así, su Sección 1.º (artículos 7 a 11 EO) se ocupa del Consejo de la CNMC. El artículo 7 EO reitera las previsiones ya anticipadas por los artículos 13 y ss. de la Ley 3/2013 acerca de su composición (Presidente, Vicepresidente y ocho consejeros), funcionamiento (en pleno o en las Salas, de Competencia y Supervisión regulatoria) y asistencia de un Secretario, y detalla el paso a situación administrativa de servicios especiales de los miembros del Consejo que tengan la condición de funcionarios de carrera. En desarrollo del artículo 20 de la Ley 3/2013, el artículo 8 EO regula (a veces reiterando las que ya había recogido Ley 3/2013) otras funciones adicionales del Consejo. Por su parte, los artículos 9 a 11 EO desarrollan el artículo 16.2 de la Ley 3/2013 y se ocupan de la Secretaría del Consejo: del estatuto del Secretario, de la estructura de la Secretaría del Consejo y de sus funciones. Para el mejor desarrollo de la función de asesoramiento jurídico el artículo 11.2 EO otorga a la Asesoría Jurídica rango de subdirección.

La atribución a la CNMC de las distintas competencias de supervisión y vigilancia del funcionamiento de los mercados que antes correspondían a los distintos y ya extintos organismos preexistentes justifica la actuación de la CNMC, ya prevista en la Ley 3/2013, bien a través del pleno del Consejo, bien a través de sus dos Salas de Competencia y Supervisión regulatoria, así como la creación de una serie de Direcciones de Instrucción (Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Energía, Transportes y Sector Postal) cuya atribución competencial básica viene referida por la Ley 3/2013 a la instrucción de expedientes y propuestas de resolución en concretos sectores de los mercados o, en el caso de la Dirección de Instrucción de Competencia, en el mercado en general. El desarrollo reglamentario previsto por el artículo 26 Ley 3/2013 presta una atención particular a este importante extremo, ordenando que el Estatuto Orgánico de la CNMC *determine la distribución de asuntos en el Consejo entre el pleno y las salas*. De igual modo, el artículo 18.2 de la Ley 3/2013 confía al EO la regulación de los términos del *régimen de rotación entre salas de los consejeros*, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones, así como la *publicidad de este régimen*. La Sección 2.º del Capítulo II del EO (artículos 12 a 14 EO) se ocupa del desarrollo de ambas cuestiones.

Por lo que se refiere a la distribución de asuntos entre el pleno del Consejo y sus salas, el artículo 14 EO relaciona una serie de asuntos que, quedando fuera de los que el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 ya atribuye en exclusiva al pleno del Consejo, corresponde conocer a sus salas. Junto a esta distribución competencial y sin perjuicio de ella, el artículo 14.2 EO recoge una serie de supuestos en los que, en aras de un conocimiento no sesgado de las incidencias del mercado y de sus exigencias de supervisión

por los miembros del Consejo de la CNMC, resulta preceptivo el informe de la sala competente a la otra sala.

En cumplimiento del mandato legal, el artículo 13 del EO diseña el sistema de rotación de consejeros entre las dos salas. Este sistema debe ser definido por el pleno del Consejo de la CNMC con sujeción a las condiciones establecidas en el citado artículo 13 del EO. Por una parte, de acuerdo al principio básico de que dicho sistema deberá asegurar que la composición de las salas permita un adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas al Consejo. Por otra, respetando una serie de límites: así, no cabe la adscripción permanente de un consejero a una sala, ni la rotación en bloque de todos los miembros de una sala, ni podrán adscribirse a la misma sala todos los consejeros nombrados con ocasión de la renovación parcial del consejo. La composición de cada sala resultante de la aplicación de los criterios fijados por el Consejo (que deben ser igualmente hechos públicos) deberá ser publicada en el *BOE* en el mes de diciembre de cada año.

Los artículos 15 y 16 EO, que forman la Sección 3.^a del Capítulo II del EO, se ocupan de la figura del Presidente y del Vicepresidente de la CNMC. La primera de estas normas desarrolla el artículo 19.1 p) de la Ley 3/2013 detallando otras funciones adicionales que corresponden al Presidente (que también lo es del Consejo en Pleno y de la Sala de Competencia) junto a las recogidas en el artículo 19.1 de dicha Ley. Del mismo modo, el artículo 16 EO ofrece una regulación más completa de la figura del Vicepresidente de la CNMC recogiendo las atribuciones necesarias para desarrollar las funciones que tiene encomendadas por la Ley 3/2013 de asistencia o, en su caso, sustitución del Presidente del Consejo de la CNMC así como de su condición de presidente de la sala de Supervisión regulatoria.

En el Estatuto Orgánico de la CNMC son también objeto de amplio desarrollo determinados aspectos de organización y funciones de las cuatro Direcciones de instrucción creadas por el artículo 25 de la Ley 3/2013. La Sección 4.^a del Capítulo II del EO (artículos 17 a 26 EO) contiene un amplio desarrollo de las funciones de los Directores de Instrucción que ostentan la jefatura de las respectivas Direcciones (artículo 18 EO), así como de la estructura de cada una de las cuatro Direcciones de instrucción (organizadas en diversas subdirecciones) y de sus funciones.

Junto al desarrollo de la estructura y funciones de los órganos de gobierno de la CNMC y de las Direcciones de Instrucción, la Sección 5.^a del Capítulo II del EO crea *otros órganos* de gestión y control del funcionamiento de la CNMC, todos ellos bajo la dirección del Presidente de la CNMC. Así, en primer lugar, los artículos 27 a 29 EO regulan la Secretaría General de la CNMC –entre cuyas funciones se comprenden todo lo relativo a la gestión de recursos humanos, planes de formación de personal, dirección y organización de servicios comunes de las dependencias de la CNMC, gestión económico-financiera, archivo y registro–. En segundo lugar, y también bajo la dependencia directa del Presidente de la CNMC, se crean los *Departamentos de Promoción*

de la Competencia (artículo 30 EO) y de Control interno (artículo 31 EO). El primero de ellos, con funciones de coordinación de las propuestas que se eleven al Consejo en materia de promoción de la competencia, de informes sectoriales que incorporen propuestas de modificación de la regulación, ayudas públicas e informes sobre proyectos normativos. Por su parte, al *Departamento de control interno* se le atribuye la función de verificar el adecuado cumplimiento de los objetivos de todas las actuaciones de la CNMC y el desarrollo de las funciones encomendadas con respecto a los principios de imparcialidad, objetividad e independencia.

Por último, los Capítulos III a V del EO se ocupan, respectivamente, del *Personal al servicio de la CNMC* (artículos 32 a 40 EO); de la *Contratación, patrimonio, presupuesto y control* (artículos 41 a 45 EO), y de la *función arbitral* (artículo 46 EO). Por lo que se refiere al régimen de personal de la CNMC (que estará constituido por personal funcionario de carrera, personal laboral y personal eventual) el artículo 36 del EO determina, cumpliendo la exigencia del artículo 31.5 de la Ley 3/2013, la condición de *personal directivo* de los Directores de Instrucción, del Secretario del Consejo, del titular del Departamento de Promoción de la competencia y los subdirectores que de él dependan, del Jefe de la Asesoría Jurídica, del Vicesecretario del Consejo, del Secretario General de la CNMC y subdirectores que de él dependan, del Titular del Departamento de Control interno y de los subdirectores de las Direcciones de instrucción. Es de reseñar, finalmente, la regulación en el artículo 46 del EO de las bases del *arbitraje institucional* al que, con carácter voluntario, pueden someterse los operadores económicos interesados de acuerdo con la Ley 60/2003 de Arbitraje.

Pilar MARTÍN ARESTI
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
pimar@usal.es

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización [BOE n.º 233, de 28-IX-2013]

Aspectos mercantiles de la Ley de Emprendedores

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, conocida como la «Ley de Emprendedores», es una de las muchas normas dictadas en los últimos tiempos para el apoyo a los emprendedores y el fomento de la actividad económica, introduciendo para ello incentivos jurídicos a la actividad empresarial. Su título exacto es el de «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», si bien se observa que además de apoyar a emprendedores, y emprendedoras, y de fomentar la actividad económica, por otra parte afecta a ciertas materias que no son propiamente de emprendimiento en sentido estricto. La finalidad de estas líneas no es hacer una crónica general de toda la Ley 14/2013, sino únicamente de los aspectos mercantiles más relevantes de la misma. En este sentido, hemos de observar que esta ley afecta también a otras disciplinas jurídicas distintas del Derecho mercantil como son el Derecho fiscal y el Derecho laboral y de la seguridad social, disciplinas muy relacionadas igualmente con el fenómeno empresarial y con el emprendimiento, además, también, del Derecho administrativo.

La Ley se estructura en un Título Preliminar y cinco Títulos, con un total de setenta y seis artículos, dieciséis disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y trece finales. El Título Preliminar recoge una serie de disposiciones generales relativas al objeto y al ámbito de aplicación de la ley y a la noción de emprendedor. No define sin embargo qué se entiende por emprendimiento, término que es citado varias veces en el texto legal, y que no estaría de más su acotamiento legal, más allá de su significación económica.

El artículo 3 de la Ley define a los emprendedores señalando que son «aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley». Emprendedores son pues tanto empresarios como profesionales en sentido estricto. Señalemos al respecto que el término «emprendedor» es ajeno al Derecho Mercantil, si bien ello no ha impedido al legislador afectar con esta Ley a varias materias de esta rama del ordenamiento jurídico, resultando criticable la utilización del término emprendedor en determinadas partes de la Ley. Es un término procedente de la Economía, que puede ser correcto en otros ámbitos del Derecho, como en el tributario o en el laboral, a los efectos de las especiales medidas de apoyo de todo tipo (incentivos fiscales, ayudas, deducciones, reducción de cotización, etc.) para quienes inician una actividad económica, o incluso para aquellos operadores económicos más dinámicos e innovadores. Así considerado, no parece que dicho término sea acertado en el ámbito del Derecho Mercantil, donde además ya se había acuñado el término de «operador económico» para aglutinar a empresarios y profesionales (la misma *Propuesta de Código Mercantil* de junio de 2013 elaborada por la *Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, presidida por el prof. Bercovitz, se refiere a los operadores económicos u operadores de mercado en el sentido expuesto).

De los cinco títulos de la Ley, el que presenta mayor interés desde el punto de vista del Derecho Mercantil es el Título I. Este título, cuyo epígrafe es *Apoyo a la iniciativa emprendedora*, cuenta con cinco capítulos, el primero de los cuales, *Educación en emprendimiento*, no casa con el resto de capítulos, pues en realidad recoge medidas para fomentar la cultura empresarial en el sistema educativo, más que medidas de apoyo a la iniciativa emprendedora, de ahí que su contenido quizá debiera haberse recogido, ya puestos, como otra disposición adicional más. Son los capítulos siguientes, II a V, los que han venido a incorporar novedades importantes en varias materias mercantiles. Así, en materia de responsabilidad del empresario, con la introducción de una nueva figura como es el *Emprendedor de Responsabilidad Limitada –ERL–* (Capítulo II); en materia de sociedades de capital, al regular las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva (Capítulo III); y en materia concursal, con el *Acuerdo Extrajudicial de Pagos* (Capítulo V). Por parte, en el Capítulo IV la Ley se refiere a los Puntos de Atención al Emprendedor –PAE– (artículo 13), a la inscripción de los ERL (artículo 14), a la constitución de SRL con estatutos tipo y sin estatutos tipo (artículos 15 y 16), a los trámites iniciales y de ejercicio de actividades empresariales (artículo 17) y a la legalización de los libros de los empresarios (artículo 18). La regulación del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, recogida íntegramente en esta Ley, así como la referente al Acuerdo Extrajudicial de Pagos y la mediación concursal, que ha supuesto modificar la Ley Concursal, van a ser objeto de crónicas separadas.

En cuanto a las que la ley denomina Sociedades Limitadas de Formación Sucesiva, aunque el Preámbulo diga que se trata de una nueva figura de sociedad (SLFS), no son un nuevo tipo societario, sino una SRL con una serie de peculiaridades en su régimen jurídico, que ha llevado a modificar tres artículos de la Ley de Sociedades de Capital (artículos 4, 5 y 23) y a introducir uno nuevo (artículo 4.bis). Lo que caracteriza a estas SRL es que se constituyen con una cifra de capital social inferior a 3.000 euros, mínimo legal general de las SRL, y que mientras no alcance esa cifra estará sujeta al nuevo régimen de formación sucesiva: en caso de liquidación de la sociedad los socios y los administradores responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo; se limita la retribución de los socios y administradores; se exige que el 20% del resultado del ejercicio deberá ir a reservas legales, en lugar del 10%; los estatutos deberán contener una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen, etc. Estos condicionantes, tendentes a garantizar la protección de terceros, hacen menos atractiva la opción de constituir una SRL por debajo del capital social mínimo, pero no deja de ser un incentivo jurídico más para la constitución de SRL ante escasos recursos.

El Título II se refiere a *Apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los emprendedores*, no incidiendo en materias mercantiles.

El Título III, *Apoyo a la financiación de los emprendedores*, tiene plena incidencia en el Derecho Mercantil: el artículo 31 regula el nombramiento del experto independiente

que ha de verificar los acuerdos de refinanciación, introduciendo para ello un nuevo artículo 71.bis en la Ley Concursal; el artículo 32 modifica el artículo 2.1 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores para introducir entre los instrumentos financieros las cédulas y bonos de internacionalización; el artículo 33 modifica el artículo 13 de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero en relación con las «Cédulas Territoriales» que pueden emitir las entidades de crédito; el artículo 34 regula las cédulas y los bonos de internacionalización (haciéndolo nada menos que en 20 apartados); y el artículo 35 modifica el artículo 8 de la Ley 1/1994 sobre régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca en relación con el capital social mínimo.

El Título IV, *Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales*, se divide en tres capítulos. El primero de ellos se refiere a la *Simplificación de cargas administrativas*, afectando básicamente a Derecho administrativo y a Derecho laboral, si bien hay que llamar la atención sobre el artículo 41, dedicado a los apoderamientos electrónicos otorgados por empresarios. El Capítulo II trata de *Medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores*, materia que es de Derecho Administrativo. El Capítulo III es el que más relevancia tiene para el Derecho Mercantil al modificar el Código de Comercio y la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital para una *Simplificación de los requisitos de información económico-financiera*. Así, el artículo 48 modifica el artículo 28.2 del CC.º en relación con el Libro Diario, al aumentar la posibilidad de las anotaciones conjuntas de un mes a un trimestre, modificación que afecta al régimen jurídico general de la contabilidad de todo empresario. Por su parte, el artículo 49 modifica los artículos 257 y 263 de la LSC, el primero elevando las cifras del activo total y del importe neto de la cifra anual de negocios a 4 y a 8 millones de euros, respectivamente, para la formulación del balance y del estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, y el artículo 263 recogiendo la excepción a la obligación de auditar las cuentas anuales sobre criterios inferiores a los de formulación de balance abreviado, desmarcándose del tradicional paralelismo de dicha excepción con la posibilidad de formular el balance en forma abreviada.

El Título V se refiere a la *Internacionalización de la economía española*, siendo el más extenso, con 26 artículos y diez capítulos repartidos en dos secciones, una sobre el fomento de la internacionalización y otra sobre movilidad internacional. Este título recoge fundamentalmente aspectos relacionados con el comercio exterior y con extranjería (entrada de extranjeros y permanencia, estancia o residencia, residencia para inversores, etc.). Llama la atención la definición de actividad emprendedora que hace el artículo 70, referida a emprendedores extranjeros, sobre la base de dos notas: su carácter innovador y su especial interés económico para España.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

El emprendedor de responsabilidad limitada

Como quedó ya indicado, la Ley 14/2013 recoge dentro de su Título I la regulación del *Emprendedor de Responsabilidad Limitada –ERL–*, dedicándole el Capítulo II, integrado por los artículos 7 a 11, aunque también se contienen algunas previsiones normativas fuera del mismo, en el artículo 14 y en la Disp. Adic. Primera. Si atendemos al epígrafe del Título I, *Apoyo a la iniciativa emprendedora*, el motivo de crear esta nueva figura es la de apoyar tal iniciativa. Se trata de un incentivo jurídico que permite limitar parcialmente la extensión patrimonial de la responsabilidad, lo cual no sólo presenta interés de cara a iniciarse en actividades económicas, sino que también concierne a aquellos operadores que ya están realizando tal actividad en el tráfico.

Una de las cuestiones que más preocupan a la hora de decidirse por comenzar una actividad económica, empresarial o profesional, es la responsabilidad derivada de tal actividad, especialmente la extensión patrimonial de esa responsabilidad, preocupación muy presente en este tipo de actividades por la incertidumbre que comportan. Esta inquietud no sólo existe en el momento de tomar la decisión de comenzar la actividad, lo que supone un desincentivo, sino que luego acompaña al operador a diario, constituyendo una rémora para su actividad. En este sentido, el artículo 1911 CC señala que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Esta norma es general para cualquier persona, física o jurídica, aplicándose por ello también a empresarios y profesionales. Los empresarios responden del cumplimiento de todas las obligaciones que adquieran con todos sus bienes, sin hacer distinción entre un «patrimonio empresarial» y un «patrimonio no empresarial» (personal o familiar), por lo que de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial también va a responder con su «patrimonio no empresarial» –incluso en ocasiones con bienes comunes del matrimonio y propios del cónyuge (artículos 6 y ss. CC.º)–, de igual manera que de las derivadas de otras actividades distintas de la actividad empresarial responderá también con el «patrimonio empresarial». Lo mismo cabe decir de los profesionales, *mutatis mutandi*.

Este régimen de responsabilidad, en concreto la extensión patrimonial, debe ser matizado desde el pasado 29 de septiembre en el caso de los emprendedores (empresarios y profesionales) personas físicas que cumplan ciertas condiciones. En este sentido, el artículo 7 de la Ley dice así: «El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este Capítulo». Se observará que este precepto –el primero del Capítulo II– se refiere únicamente al emprendedor persona física; así pues, aunque emprendedores pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas, siempre que realicen una actividad económica empresarial o profesional (artículo 3), de la limitación de responsabilidad de la Ley 14/2013 sólo pueden beneficiarse los empresarios

y profesionales cuando sean personas físicas y se constituyan en «Emprendedor de Responsabilidad Limitada», entre otros requisitos, y sólo por las deudas originadas en su actividad empresarial o profesional.

La limitación de responsabilidad a que se refiere el artículo 7 consiste en poder evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales o profesionales afecte a su vivienda habitual (artículo 8.2), propia o común (artículo 8.3), para lo cual se deben cumplir determinadas condiciones. Se trata por lo tanto de una limitación de responsabilidad digamos que «tipificada» o «normalizada», pues no permite dejar fuera de responsabilidad los elementos patrimoniales que elija el sujeto, sino que el único elemento patrimonial que permite excluir es la vivienda habitual..., que no es poco en la mayoría de los casos. Esta posibilidad que brinda la Ley para limitar la responsabilidad no es la única que se contempla en el ordenamiento jurídico; recordemos así que cualquier persona puede constituir una sociedad de capital unipersonal, anónima o limitada (artículos 12 y ss. LSC), con la que realizar la actividad económica, y que en el caso del empresario casado los bienes gananciales no obtenidos como resultado del ejercicio del comercio no quedan sujetos a responsabilidad salvo que se preste consentimiento para ello (artículo 6 CC.⁹), si bien, como tal consentimiento puede presumirse (artículos 7 y 8), lo mejor es oponerse expresamente a dicha posibilidad.

Las condiciones o requisitos para evitar que la responsabilidad derivada de las deudas empresariales o profesionales afecte a la vivienda habitual se extraen de varios preceptos de la Ley 14/2013, pudiéndose diferenciar entre unas condiciones iniciales y otras de ejercicio, siendo condiciones iniciales las siguientes:

1. Que el empresario o profesional haya adquirido legalmente la condición de emprendedor de responsabilidad limitada (artículo 7), lo cual sucede cuando se inscriba como tal en el Registro Mercantil de su domicilio (artículo 9.1), quedando constancia de tal carácter en la hoja que tuviera abierta, si ya figuraba inscrito, o en la que se le abra ex novo con tal ocasión. La inscripción de tal circunstancia tiene pues carácter constitutivo y no meramente declarativo. Una vez inmatriculado el emprendedor en el RM, el Registrador expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad de forma inmediata dentro del mismo día hábil, para que se deje constancia de ello en el asiento de inscripción de la vivienda habitual (artículo 10.2). Luego volveremos sobre el tema de la inscripción.

2. Que el valor de la vivienda habitual no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción del sujeto en el Registro Mercantil, aplicándose un coeficiente del 1,5 al valor anterior en el caso de viviendas situadas en una población de más de 1.000.000 de habitantes –esto es, no deberá superar los 450.000 euros– (artículo 8.2). Para la determinación de la base imponible hay que atender al artículo 10 del RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TR de la Ley del Impuesto sobre TPYAJD. Resulta criticable

el criterio de la población, pues hay localidades con 200.000 habitantes en las que el precio medio por metro cuadrado es superior al de localidades con varios millones de habitantes (así, San Sebastián es la localidad que tiene los precios medios más altos, por encima incluso de Barcelona y Madrid). En este sentido, deberían haberse utilizado coeficientes correctores sobre estadísticas del INE, en lugar de recurrir al número de habitantes. Por otra parte, la redacción de la norma implica que si al practicar la inscripción la vivienda tenía un valor superior no puede dejarse fuera del patrimonio afecto a responsabilidad, aunque se haya producido una reducción posterior del valor. La Ley no dice nada en cuanto al mobiliario y menaje de la vivienda habitual, resultando de aplicación el artículo 606 de la LEC que los declara bienes inembargables «en lo que no pueda considerarse superfluo».

3. Que en la misma hoja abierta al sujeto en el Registro Mercantil se indiquen los datos de la vivienda habitual y que conste expresamente que dicha vivienda no queda afecta a responsabilidad por las deudas empresariales o profesionales (artículos 8.3 y 9.1); además, para su oponibilidad a terceros, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional, lo que habrá de practicarse en la hoja abierta al bien (artículo 10.1).

Las condiciones de ejercicio, que deben cumplirse con ocasión de la actividad económica desarrollada, son las siguientes:

1. Que el emprendedor deudor no haya actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, fraude o negligencia que deberá constar acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (artículo 8.4).
2. Que el emprendedor inscrito haga constar en toda su documentación, con expresión de los datos registrales, su condición de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada», o bien las siglas «ERL» adicionadas a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal (artículo 9.2).
3. Que el emprendedor ERL haya depositado sus cuentas anuales en el Registro Mercantil y, en su caso, el informe de auditoría (artículos 11.1 y 11.3) antes de siete meses desde el cierre del ejercicio económico –el artículo 11.3 habla ejercicio social por error–. Así, aunque en principio el empresario persona física no está obligado a depositar sus cuentas anuales en el RM, si se convierte en ERL sí deberá hacerlo necesariamente. En cuanto a someter a auditoría las cuentas anuales, dice la Ley que será exigible de conformidad con lo previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada (artículo 11.1).

En cuanto a la naturaleza de las deudas, la Ley recoge también ciertos requisitos:

1. Que se trate de deudas empresariales o profesionales; si son de deudas de otro tipo no se acogerán a la exceptuación de responsabilidad, tal como resulta del artículo 10.3.

2. Que no sean deudas de derecho público (tributarias y de seguridad social), pues éstas se exceptúan de la limitación de responsabilidad (Disp. Adic. 1.^ª). Los procedimientos de ejecución de estas deudas serán los establecidos en su normativa especial, con algunas especialidades previstas en tal disposición adicional.
3. Que las deudas hayan sido contraídas con posterioridad a la inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor de responsabilidad limitada –la referencia que hace la Ley al carácter individual del emprendedor es un error, pues no caben ERL sociales–. Para las deudas anteriores subsiste la responsabilidad universal del artículo 1911 CC, salvo que los acreedores presten su consentimiento expreso para que la vivienda habitual no quede afectada (artículo 9.3).

Por lo que se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil hay que tener en cuenta lo siguiente:

Según el artículo 9.1 de la Ley, la inscripción en el RM «se practicará en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual». Deberán considerarse por ello las previsiones contenidas en los artículos 19 y 22 CC.º y en los arts. 87 a 93 del RRM para regular la inscripción los empresarios individuales, aunque puede que el ERL en cuestión no realice una actividad empresarial sino profesional. De esta manera, nos encontramos con que los profesionales también se han convertido en sujetos inscribibles en el RM, aunque sea como ERL.

Así las cosas, considerando los artículos citados del CCo y del RRM y lo que señala la Ley de emprendedores en diversos preceptos, podemos establecer que tal inscripción se puede efectuar de varias formas:

1. Mediante una solicitud de inscripción presencial o clásica, presentando una instancia privada dirigida al Registrador Mercantil del domicilio del emprendedor. En este sentido, el apartado 1.º del artículo 93 RRM señala: «La inscripción primera del empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales se practicarán en virtud de declaración dirigida al Registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada».
2. Solicitud a través de la modalidad que se deduce del artículo 9.1 de la Ley 14/2013, que dice que «Será título para inmatricular...»:
 - una solicitud telemática a través de notario: el notario emite un acta en que queda constancia de la declaración del sujeto solicitando convertirse en ERL; el notario habrá de presentar obligatoriamente tal acta al Registro Mercantil en el mismo día o al siguiente hábil al de su autorización;
 - una solicitud también telemática realizada por el propio emprendedor, para lo cual necesitará de firma electrónica reconocida.
3. Otra modalidad, prevista por el artículo 14 de la Ley, es la solicitud a través del sistema CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresa)

utilizando para ello el Documento Único Electrónico (DUE), que se regula por la Disp. Adic. 3.ª del TR de la LSC.

Se crean a tal efecto los denominados Puntos de Atención al Emprendedor (PAE), que son oficinas de tramitación del sistema CIRCE que pueden pertenecer a organismos públicos o privados (artículo 13). Estos PAE vienen a sustituir a los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT), y en ellos se integrarán los centros de Ventanilla Única Empresarial existentes ahora (Disp. Adic. 2.ª de la Ley 14/2013). Un ejemplo son los Puntos de Asesoramiento, ahora Puntos de Atención de las Agencias de Desarrollo Económico de la Junta de CyL o de las Cámaras de Comercio.

En el PAE se cumplimenta toda la información del DUE y se aporta la documentación necesaria para practicar las inscripciones en el RM y en el Registro de la Propiedad. El Punto de Atención envía el DUE al RM, con la solicitud de inscripción, el cual contará con 6 horas para practicar la inscripción. Posteriormente el Registrador mercantil solicitará del Registrador de la Propiedad la inscripción de la circunstancia relativa a la vivienda, disponiendo de un plazo de 6 horas para practicar tal inscripción (artículo 14.2).

En fin, digamos para concluir que el beneficio de la limitación de la responsabilidad para el ERL, como señala el Preámbulo de la Ley, va acompañado de las oportunas garantías para los acreedores y para la seguridad jurídica en el tráfico mercantil, quedando sujeta, entre otros condicionantes, a la inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Acuerdo extrajudicial de pagos y mediación concursal

Una de las principales novedades introducidas por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores es la modificación de la Ley Concursal para introducir en nuestro ordenamiento un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de los empresarios personas físicas o jurídicas orientado a facilitar el salvamento de empresas en crisis e impedir, en consecuencia, que el empobrecimiento de una empresa aboque a su cierre y liquidación. El *acuerdo extrajudicial de pagos* se crea así como un nuevo instituto preconcursal que acompaña al de los acuerdos de refinanciación, regulado en el artículo 71bis de la Ley Concursal (reformado por el artículo 31 de la misma Ley 14/2013 y, posteriormente, por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo), con la particularidad de que será impulsado y dirigido obligatoriamente por un intermediario que el legislador califica como *mediador concursal*, el cual será nombrado por el Registrador o Notario del domicilio del deudor a petición de éste y cuya función –dice la Exposición de Motivos– consistirá esencialmente en impulsar la avenencia o acuerdo entre el deudor y sus acreedores, y asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos por el arreglo. La intención del legislador es favorecer los acuerdos extrajudiciales entre acreedores y deudor común en situación de insolvencia actual o inminente que permitan superar la situación de insolvencia –evitando con ello el concurso de acreedores– o, cuando menos, favorecer una solución pactada de la crisis empresarial durante la tramitación del concurso de acreedores y contribuir con ello al salvamento de la empresa en beneficio del empresario deudor, de sus acreedores, de sus trabajadores y del interés general.

Según dispone el nuevo artículo 231 LC, el empresario personal natural (incluyendo en dicho concepto aquellos que ejerzan actividades profesionales así como los trabajadores autónomos) o el empresario persona jurídica que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que cumplan los requisitos establecidos al efecto en dicho precepto. Se trata de un procedimiento ideado fundamentalmente para pequeñas y medianas empresas en el que constituye requisito inexcusable la solicitud por el deudor del nombramiento de un mediador concursal (artículo 232.1 LC), que se hará mediante instancia suscrita por el deudor en la que hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos, además de una lista con los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo, y, si el deudor fuera persona casada en régimen distinto a la separación de bienes, indicando la identidad del cónyuge y del régimen económico matrimonial,

acompañando las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios si estuviera obligado por Ley a la llevanza de contabilidad (artículo 232.2 LC). Si el deudor es empresario o entidad inscribible en el Registro Mercantil, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor. En el resto de casos se solicitará la designación al Notario del domicilio del deudor (artículo 232.3 LC). Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el Registrador Mercantil o el Notario deberá comunicar de oficio la apertura de las negociaciones para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos al juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso, activándose así el llamado precurso que otorga al deudor una prórroga de hasta cuatro meses para solicitar la declaración de concurso por el deudor a fin de negociar un acuerdo con sus acreedores que permita salvar la situación de insolvencia (en cuyo caso ya no sería necesario solicitar el concurso transcurrido dicho plazo) o alcanzar una solución negociada al concurso (artículo 5bis LC).

El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y además alguna de las condiciones que se indican en el artículo 27.1 LC para los administradores concursales: ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía que acredite formación especializada en Derecho concursal; ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal; ser una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal. Es decir, aunque no lo exija expresamente, el legislador está pensando en que el mediador concursal debe ser un administrador concursal o una persona con aptitud objetiva para ser nombrado administrador concursal. Puede decirse, no obstante, que el mediador concursal no es un auténtico mediador, por cuanto sus funciones no se corresponden con los condicionamientos generales atribuidos al proceso de mediación y a la figura del mediador en la Ley 5/2012: en particular, un mediador ha de ser nombrado y aceptado por ambas partes y no por la decisión de un tercero (Registrador o Notario); ha de ser neutral y debe facilitar y permitir a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación favoreciendo el acercamiento de posturas, sin inmiscuirse en la generación de dicho acuerdo y mucho menos elaborar o producir él mismo dicho acuerdo de solución del conflicto (como se prevé en la propuesta del plan de pagos o cesión de bienes en pago); finalmente, el proceso de mediación se organizará de la manera que las partes tengan por conveniente (mientras que el proceso de acuerdo extrajudicial de pagos aparece reglado en la Ley Concursal). Sea como fuere el nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del *BOE*, la

cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (artículo 233.1 LC), creado y desarrollado por los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, siendo obligatoria la inscripción para quienes deseen ser nombrados mediadores concursales y meramente potestativa para el resto de mediadores.

El cometido del llamado mediador concursal es comprobar la existencia y la cuantía de los créditos y convocar al deudor y a los acreedores a una reunión en el plazo de dos meses (artículo 234 LC), para, tan pronto como sea posible y en todo caso con una antelación mínima de veinte días a la fecha prevista para la celebración de la reunión, remitir a los acreedores con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago en la fecha de solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25% del importe de los créditos; además el plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y de un plan de continuación de la actividad empresarial o profesional que desarrollará, así como una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos y copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de la fecha de pago de los mismos si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento; la propuesta también puede consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas (artículos 326.1 y 2 LC). Los acreedores pueden formular propuestas alternativas o de modificación y, en tal caso, el mediador debe remitir un plan de pagos y de viabilidad final aceptado por el deudor (artículo 236.3 LC). El mediador deberá inscribir en el Registro Público Concursal, sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y, en su caso, su finalización (artículo 198.1 c. LC). Si los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente se viera afectado por el acuerdo (excluidos los acreedores con garantía real cuyos titulares no hubieran comunicado su voluntad de intervenir en el proceso o cualquier acreedor de derecho público) decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso (artículos 236.4 y 5bis LC).

Los acreedores convocados que no hubiesen manifestado su aprobación u oposición al acuerdo en los diez días anteriores a la celebración de la reunión deberán acudir a la misma (salvo aquellos que dispongan de garantía real), so pena de ver cómo sus créditos pasan a calificarse como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado culpable el concurso del deudor común (artículo 237.1 LC), lo cual constituye un importante incentivo para revisar la propuesta o para asistir a la reunión. Para su aprobación, el plan de pagos deberá contar con el voto favorable de acreedores que sean titulares de, al menos, el 60 por 100 del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo; y si el acuerdo consistiera en una cesión de bienes del deudor

en pago de deudas, deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 65 por 100 del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y de aquellos que, en su caso, tengan constituida garantía real sobre esos bienes (artículo 238 LC). Si el plan no fuera aceptado y el deudor continúa incurso en insolvencia, el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente la declaración de concurso (artículo 238.3 LC). En caso de aprobarse el acuerdo, el mediador deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: si fuera cumplido íntegramente lo hará constar en acta notarial que se publicará en el *BORME* y en el Registro Público Concursal; si fuera incumplido, deberá instar el concurso considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (artículo 241 LC). El concurso que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado, así como el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos, tendrá la consideración de concurso consecutivo (artículo 242.1 LC), abriéndose necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, salvo en el supuesto de insuficiencia de masa (artículo 242.2 LC); en tal caso, el juez que declare el concurso nombrará administrador concursal al mismo mediador concursal, quien no podrá percibir como remuneración más de la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, salvo que el juez acuerde otra cosa atendiendo a circunstancias excepcionales (artículo 242.1.º LC). En consecuencia, serán de aplicación a los mediadores concursales los criterios de remuneración previstos para los administradores concursales en la Ley Concursal (D. A. 8.ª y artículo 34 LC y Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre).

Fernando CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
nano@usal.es

Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal [BOE n.º 289, de 3-XII-2013]

Registro Público Concursal

El 3 de marzo del presente año entró en vigor el Real Decreto regulador del régimen jurídico del Registro Público Concursal. Con ello no se intenta sino dar una adecuada cobertura normativa a un Registro que no constituye sino un intento más para que la situación concursal de quienes se ven incurso en un proceso de insolvencia llegue al mayor número de posibles interesados. En este sentido, la información y la coordinación son los pilares, tal y como señala la propia Exposición de Motivos de su vigente norma reguladora, el argumento que justificó la creación del Registro Público Concursal y, para ello, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE n.º 164, de 10 de julio), prestando especial atención a la publicidad del concurso de acreedores, y en un intento de permitir a estos conocer no sólo la existencia de un concurso que les afecta, sino también la de todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal, así como de aquellas anotaciones que hubieran de practicarse en los registros públicos jurídicos de personas y bienes, configura en su artículo 198 las características generales de este Registro.

Ahora bien, al igual que ocurriera con el resto de legislación concursal, el régimen del Registro Público Concursal no ha sido ajeno a los distintos problemas que se han ido detectando desde la entrada en vigor del texto concursal, lo cual no ha hecho sino reforzar el papel que cumple el Registro Público Concursal. En este sentido, la primera reforma la encontramos en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE n.º 78, de 31 de marzo). Del mismo modo, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE n.º 245 de 11 de octubre) modificó el citado artículo 198, hasta que la más reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE n.º 233, de 28 de septiembre) vuelve a cambiar la Ley Concursal y, añadiendo el régimen de los llamados acuerdos extrajudiciales de pago, crea una nueva sección en el Registro Público Concursal.

Todas estas modificaciones han puesto de relieve la necesidad de articular un mecanismo normativo de desarrollo de este Registro que nos ha llegado en forma de Real Decreto y en el que se incorporan los principios fundamentales del mismo, a la vez que pretende regular el sistema de coordinación entre los diversos registros públicos previstos en el artículo 24 de la Ley.

Así pues, el Registro Público Concursal persigue, en primer término, atender al denominado principio de unidad de información, conforme al cual todas las resoluciones procesales que se adopten a lo largo del procedimiento concursal, así como las que

se refieren a la apertura de negociaciones para alcanzar los acuerdos extrajudiciales y su finalización, y los asientos registrales derivados de los mismos se centralizan a efectos de su publicidad. El Registro Público Concursal se convierte así en el instrumento que garantiza la coordinación entre los Juzgados de lo Mercantil y otros registros públicos, al igual que la publicidad sobre los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos.

De igual modo, la normativa aprobada establece el régimen de gestión y organización de este Registro que corresponde al Ministerio de Justicia, quien a su vez ha encargado esta gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. En lo que se refiere al funcionamiento del Registro Público Concursal, son los Juzgados, los Registradores Mercantiles, los Notarios y los registros públicos los que proporcionan la información de los distintos concursos y expedientes de acuerdo extrajudicial que se ha de incorporar al Registro.

En cuanto al régimen de publicidad de este Registro cabe advertir que la misma se lleva a cabo con la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis o con la apertura de cada concurso, cuyo auto, al igual que las demás resoluciones que se adopten en el proceso concursal, deberá remitirse al Registro Público Concursal, así como a los correspondientes a los registros públicos que corresponda, de los cuales procederá, a su vez, la información que integrará la sección segunda del Registro. Un régimen que se hace extensible a los supuestos en los que se pretenda alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, para lo cual se realizará certificación o acta en la que se acuerde la apertura de las negociaciones, remitiéndose tal certificación o acta al Registro.

En lo que hace a la estructura del Registro Público Concursal la referencia es el artículo 198 de la Ley Concursal que tras las distintas reformas operadas consta de tres secciones. La sección primera, en la que se da tratamiento a las resoluciones procesales dictadas durante el proceso concursal y a las que deba darse publicidad de acuerdo con la ley. En esta sección se incluyen también aquellas resoluciones que ordene el Juez al amparo de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley Concursal. La sección segunda atiende a las resoluciones registrales anotadas en los distintos registros públicos, incluyendo las que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del Registro una vez practicado el correspondiente asiento. La sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, contiene la información precisa sobre la iniciación y finalización de los procedimientos para alcanzar los acuerdos extrajudiciales de pagos regulados en el Título X de la Ley Concursal, así como las cuestiones relativas a la publicidad por edictos del proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación recogidos en la norma.

Por último, en la regulación aprobada se hace referencia a la interconexión existente entre el Registro Público Concursal y los registros de resoluciones concursales de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, la cual habrá de realizarse de conformidad con las normas europeas que la regulen. Con ello, no se trata sino de dar a conocer en un contexto más amplio la importancia de estos registros en el tratamiento de una información que se considera relevante para determinados operadores económicos y que permite lograr una mayor unidad de mercado.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE
Catedrático EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
aadlt@usal.es

Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público [BOE n.º 311, de 28-XII-2013]

Incidencia en la empresa privada

La Disposición final segunda de la Ley 25/2013 modifica otro texto legal, que pretende tener incidencia en el sector privado. Viene a introducir un nuevo precepto –el artículo 2 bis–, en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. Este artículo apunta la obligación de emitir «facturas electrónicas» a una serie de empresas pertenecientes al sector privado. En particular, a aquellas empresas de «especial trascendencia económica».

A los efectos de la Ley, «la factura electrónica es un documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que impide el repudio de la factura por su emisor» –art 1.1 Ley 56/2007–.

La nueva obligación, que entrará en vigor el 15 de enero de 2015, se hará extensiva a todas aquellas empresas que presten servicios de «especial trascendencia económica». La Ley 56/2007 incluye en este gran apartado a sectores económicos que tienen relación con un gran número de clientes y que, en su mayoría, operan en sectores regulados. El artículo 2 se refiere a servicios de telecomunicaciones, servicios financieros destinados a consumidores –banca, inversión, seguros–, suministro a consumidores de agua, gas y electricidad, etc.

A tenor de lo dispuesto en el nuevo artículo 2 bis, las empresas prestadoras de tales servicios deberán expedir y remitir facturas electrónicas tanto en sus relaciones con otras empresas, como en sus transacciones con particulares. Esta obligación de la empresa emisora es independiente de su volumen de facturación y del tamaño de su plantilla.

Quedan eximidos de esta obligación tres grandes sectores. Así las cosas, las agencias de viaje, los servicios de transporte y las actividades de comercio al por menor sólo están obligadas a emitir facturas electrónicas cuando la contratación se haya llevado a cabo por medios electrónicos.

No obstante, tal obligación queda sujeta a la voluntad del destinatario final de los bienes o servicios objeto de facturación. Y es que, en el propio texto legal, se incide en que la obligación de emitir factura electrónica queda sometida: bien a que el destinatario acepte esta forma de remisión, bien a que lo solicite expresamente.

Es lógico que la remisión o rechazo de la factura electrónica quede a expensas de la voluntad del cliente final. No podemos desconocer que gran parte de esos destinatarios finales carecen de los medios para acceder a la misma –conexión o terminal– o de la formación necesaria para ello.

Buena parte de la población española no tiene los recursos económicos para costearse una conexión a Internet –brecha social–. Otra gran parte de españoles se encuentran inmersos en otra brecha –la generacional–. No hay que olvidar que, al igual que ocurre con el «formato» de la factura –entre otros pueden usarse DOC, XML, PDF, HTML, XLS, JPEG, TXT o GIF–, no existe un modo único de remisión de la «factura electrónica». Así, se podría remitir por correo electrónico, poniéndolo en una página web desde la que se pueda descargar la factura, por FTP, etc.

Más allá de aspectos socioeconómicos, el artículo 2 bis recoge de forma expresa la revocación del consentimiento prestado en cualquier momento. Obliga a las empresas prestadoras de servicios a habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los usuarios puedan revocar el consentimiento dado a la recepción de facturas electrónicas.

Si el usuario solicita la facturación electrónica, la empresa emisora deberá facilitar el acceso a los programas necesarios para que aquél pueda leer, copiar, descargar e imprimir la factura electrónica de forma gratuita, sin tener que acudir a otras fuentes para proveerse de las aplicaciones necesarias para ello.

El usuario, además, tiene derecho a acceder vía telemática a la consulta de sus datos de cliente. Estos datos incluirán información sobre su historial de facturación de, al menos, los últimos tres años y el contrato suscrito –incluidas las condiciones generales–.

Este período de tres años, durante el que el cliente puede consultar sus facturas por medios electrónicos, no se altera porque aquel haya resuelto su contrato con la empresa o revocado su consentimiento para recibir facturas electrónicas. Tampoco caduca por esta causa su derecho a acceder a las facturas emitidas con anterioridad.

En cuanto al contenido formal de la factura electrónica, el artículo 2 bis es taxativo al afirmar que las facturas electrónicas deberán cumplir, en todo caso, lo dispuesto en la normativa específica sobre facturación.

En este terreno, la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, estableció para los empresarios y profesionales la obligación de expedir y entregar factura por las operaciones que realicen.

La correcta gestión de los distintos tributos exige que la Administración tributaria disponga de una adecuada información, especialmente en lo referente a las transacciones económicas derivadas del desarrollo de actividades empresariales o profesionales. De ahí la importancia de que los empresarios y profesionales cumplan correctamente el deber de expedir factura por cada una de las operaciones.

Además, la justificación documental de gastos, reducciones o minoraciones se realiza en numerosas ocasiones a través de la oportuna factura, la cual, por consiguiente, ha de ser conservada durante el plazo de prescripción tributaria.

En la actualidad su régimen jurídico se encuentra recogido en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación –aprobado por Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre–.

Las empresas que, estando obligadas a ello, no ofrezcan a los usuarios la posibilidad de recibir facturas electrónicas o no permitan el acceso de las personas que han dejado de ser clientes, a sus facturas, serán sancionadas con apercibimiento o una multa de hasta 10.000 euros. Sanción que se determinará y graduará conforme a los criterios establecidos en el [artículo 33 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre](#), de firma electrónica.

José Ramón BUITRAGO RUBIRA
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
rubira@usal.es

Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [BOE n.º 311, de 28-XII-2013]

Cajas de ahorros y fundaciones bancarias

La Ley que vamos a comentar regula dos tipos de entidades diferenciadas y excluyentes entre sí, aunque tengan alguna relación: unas, las cajas de ahorros, han venido siendo entidades de crédito clásicas en el ordenamiento jurídico español desde hace décadas; las otras, las fundaciones bancarias, son una novedad en nuestro ordenamiento, aunque no del todo, pues se cuenta con el precedente de las fundaciones de carácter especial, constituidas al amparo del artículo 6 del *RD-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*. En realidad la Ley 26/2013 no pretende agotar la regulación de tales entidades sino que su objeto es «el establecimiento del régimen jurídico de carácter básico de las cajas de ahorros y de las fundaciones bancarias» (artículo 1), acomodándose así a lo previsto en las reglas constitucionales de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (artículos 148 y 149 CE) y a la jurisprudencia del TC, que diferencia entre legislación de cajas de ahorros de carácter básico, de competencia estatal, y legislación de desarrollo, que entra dentro del ámbito competencial autonómico. En este sentido, las CC. AA. tienen un plazo de seis meses para adaptar su legislación sobre cajas de ahorros a lo dispuesto en esta Ley (Disp. final 11.^a).

Las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias tienen en común su «carácter fundacional y finalidad social» (artículos 2 y 32), si bien presentan diferencias notables, siendo una de las principales que las fundaciones bancarias no son entidades de crédito en ningún caso. La diferenciación entre ambas entidades viene marcada por la sistemática de la Ley, como no podía ser de otra forma, al estructurar en dos títulos el régimen propio de cada una de ellas. A pesar de las diferencias, la vinculación entre tales entidades es grande, como lo demuestra la obligación que tienen las cajas de ahorros de transformarse en fundaciones bancarias cuando se presente alguna de las situaciones legalmente previstas, lo que originará que pierda la licencia bancaria y con ello el carácter de entidad de crédito. Esa vinculación ha hecho que se haya optado finalmente por recoger la regulación de unas y otras entidades en un mismo texto legal.

La Ley 26/2013 está llamada a cumplir una nueva etapa en la regulación del sistema bancario español, en concreto, en relación con las entidades que regula, etapa que esperemos que sea longeva, aun en los tiempos que corren, sin perjuicio de adaptaciones futuras a nuevas realidades y circunstancias. No podemos pasar por alto que la crisis económica cernida sobre el sector financiero, y en particular sobre el bancario, ha llevado a que en los últimos años hayamos asistido a un profundo cambio en la regulación del sistema financiero español, en especial en aspectos relativos al saneamiento y a la solvencia de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero, habiéndose visto obligadas las entidades de crédito en general a

un redimensionamiento debido a mayores exigencias de *core capital* y a la necesidad de desprenderse de ciertos activos perjudiciales, circunstancias, entre otras, que han llevado a una profunda reestructuración de la práctica totalidad de las cajas de ahorros, y de muchos bancos –y en menor medida de cooperativas de crédito–, habiendo asistido en los últimos años a numerosos procesos de integración de todo tipo, fundamentalmente de cajas, además de procesos de intervención y/o nacionalización (al respecto, *vid.* la crónica contenida en el n.º 1 de esta revista: SÁNCHEZ BARRIOS. 2013: «Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito». *A/S*, 2013, n.º 1: 199 y ss.).

La inmensa mayoría de las cajas de ahorros han tenido, primero, que redimensionarse, uniéndose con otras en diversos procesos, y después «bancarizarse» y traspasar su actividad financiera a bancos creados para tal efecto, si bien han conservado el signo distintivo de la caja de ahorros. De las 45 cajas de ahorros que había a comienzos de 2010, sólo quedan quince en marzo de 2014 (*BBK, Caixa Ontinyent, Caja Cantabria, Caja de Badajoz, Caja de Extremadura, Caja Granada, Caja Vital, Cajamurcia, CajAstur, Colonya-Caixa Pollença, iberCaja, Kutxa, la Caixa, Sa Nostra y Unicaja*), y de ellas sólo dos (*Caixa Ontinyent y Colonya-Caixa Pollença*, ambas de pequeño tamaño) siguen ejerciendo directamente la actividad financiera. Las restantes trece cajas que quedan desarrollan la actividad financiera indirectamente, a través de un banco (artículo 5 RD-Ley 11/2010), habiéndose transformado algunas de ellas en fundaciones de carácter especial, perdiendo con ello su carácter de entidad de crédito (artículo 6 RD-Ley 11/2010). De los trece bancos surgidos de la bancarización de las cajas, cinco están participados por el Estado a través del *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)*, creado por el *RD-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*, y ocho están participados íntegramente por las cajas de ahorros que los han creado (la última adquisición ha tenido lugar en marzo de 2014: *Banco CEISS*, heredero de *Caja España-Duero*, ha sido adquirido por *Unicaja Banco*). Además, de los bancos que han surgido de este proceso, dos de ellos cotizan en Bolsa (*CaixaBank y Bankia*). La propia *Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA)* también tiene segregada desde noviembre de 2012 su parte de negocio financiero a un banco, *Cecabank*. Éste es el contexto en el que ha visto la luz esta regulación básica de las cajas de ahorros y de las fundaciones bancarias, siendo este mismo contexto el que ha motivado su contenido.

Por lo que se refiere a la estructura de la Ley 26/2013, como decimos, ésta tiene organizada su parte articulada en dos títulos, regulando en el primero las cajas de ahorros (artículos 2 a 31) y en el segundo las fundaciones bancarias (artículos 32 a 49).

El Título I se divide en tres capítulos: el Capítulo I contiene unas disposiciones generales; el Capítulo II regula los órganos de gobierno, que son los mismos que antes, esto es, la asamblea general, el consejo de administración y la comisión de control, así como la retribución de sus miembros; y el Capítulo III se dedica a las comisiones

del consejo de administración –de inversiones, de retribuciones y nombramientos y de obra social, que ya existían–, al informe anual de gobierno corporativo, que también se contemplaba, y al nuevo informe anual sobre remuneraciones.

El Título II se divide en siete capítulos: el Capítulo I contiene unas disposiciones generales sobre las fundaciones bancarias; el Capítulo II se dedica a la obligación de las cajas de ahorros y de las fundaciones ordinarias de transformarse en fundaciones bancarias ante determinados supuestos previstos legalmente; el Capítulo III se dedica a los órganos de gobierno, básicamente al patronato de la fundación, y al director general; el Capítulo IV, a la participación de las fundaciones bancarias en entidades de crédito, prestando atención al protocolo de gestión de la participación y al plan financiero anual; el Capítulo V regula el régimen de control, ejercido por el protectorado y por el Banco de España, así como el régimen sancionador; el Capítulo VI, el informe anual de gobierno corporativo; y el Capítulo VII, el régimen fiscal de las fundaciones bancarias.

Tras la parte articulada, se recogen dieciséis disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y trece disposiciones finales, mediante las cuales se modifican la Ley 50/2002, de Fundaciones; la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; la Ley 22/2003, Concursal, y la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. También se modifican el RD Legislativo 1175/1990, que aprueba las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas; la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido; el TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD Legislativo 1/1993; el TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el RD Legislativo 4/2004, y el RD Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el TR de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

En la nueva regulación de las cajas de ahorros, se observa en muchos aspectos una *regreso al pasado*, lo cual no se pretende presentar como un retroceso en sentido negativo, todo lo contrario, pues lo que se persigue es volver a los orígenes de tales entidades, cuya desnaturalización ha sido una de las causas, entre otras, de los problemas que han presentado en los últimos tiempos. Recordemos que la *Real Orden de 3 de abril de 1835* fue la primera norma que «reguló» las cajas de ahorros en España, instando a los gobernadores civiles a que impulsaran en sus respectivas provincias la creación de cajas de ahorros similares a las creadas en Jerez de la Frontera (1834) y en Madrid (1835), y que se trataba de entidades de beneficencia nacidas en los Montes de piedad que buscaban promover la virtud social del ahorro y generalizar el acceso al crédito de las clases sociales más desfavorecidas, lo que las condujo, como señala el primer párrafo del Preámbulo de la Ley, «a una preferencia natural por la actividad financiera más básica, de menor riesgo y sofisticación», desarrollando su actuación en el marco local, «con un profundo arraigo a la provincia o municipios donde se constituyeron y con gran sensibilidad a las necesidades del territorio en el que actuaban». Desde entonces fueron muchos los vaivenes normativos que vinieron a liberalizar poco

a poco su régimen jurídico, que terminó por quedar asimilado al de la banca privada. El *RD 2290/1977, de 27 de agosto, para la regulación de los órganos de gobierno y de las funciones de las Cajas de Ahorro*, permitió formalmente realizar las mismas operaciones que las autorizadas a los bancos, si bien la norma no hizo sino plasmar lo que era una realidad, pues las cajas, con una gran aceptación social, estaban adquiriendo mayor tamaño y la capacidad de realizar operaciones de mayor complejidad. Pocos años después, la *Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros*, vino a democratizar los órganos de gobierno de las cajas, dando entrada en ellos a todos los intereses genuinos de las zonas donde operaran, incluidos intereses políticos y sindicales, tratando de conciliar esa democratización con las exigencias de una gestión profesional y acomodando además la normativa a la organización territorial autonómica. Resultó no obstante que la general aceptación de las cajas como entidades de crédito originó un incremento del volumen de negocio y una creciente dimensión y cuota de mercado –en detrimento del negocio, dimensión y cuota de los bancos–, lo que provocó que las administraciones autonómicas y locales, con una alta presencia en las mismas por ley, vieran en ellas otro instrumento de política, o de control político, descuidándose en ocasiones principios básicos de actuación de las cajas como entidades de crédito, como son la eficiencia y la solvencia, y en general la estabilidad.

Puede observarse en efecto que la Ley 26/2013 pretende regresar a los valores clásicos iniciales de las cajas de ahorros, a saber, carácter social, apego territorial y simplicidad del negocio y del tamaño de la entidad. Así, se dice que tienen finalidad social y que su actividad financiera «se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas» (artículo 2.1), capas sociales con especiales necesidades financieras. Se impone que desarrollen su actuación en el ámbito local, no excediendo su ámbito de actuación el territorio de una comunidad autónoma, pudiendo sobrepasarlo «siempre que se actúe sobre un máximo total de diez provincias limítrofes entre sí» (artículo 2.2), por lo cual no pueden actuar a nivel nacional, como venían haciendo muchas de ellas hasta ahora. Por otra parte, se impone también que tengan un tamaño «reducido» para evitar que adquiera carácter sistémico, riesgo que ha existido en muchas cajas. Se establecen por ello dos límites para las cajas: una cifra de diez mil millones de euros de valor del activo total consolidado y una cuota de mercado del 35% en el total de depósitos de su ámbito territorial (artículo 34.2, en el Título II), de manera que las cajas que sobrepasen alguno de tales límites deberán transmitir su actividad financiera a otra entidad de crédito y habrán de transformarse en fundación bancaria o en fundación ordinaria y perderán su licencia bancaria (artículo 34.1). Entendemos que estos límites de tamaño y las consecuencias de sobrepasarlos, además del procedimiento de transformación del artículo 35, debían haberse recogido en el Título I de la Ley, al regular las cajas de ahorros.

Debido a esa vuelta al pasado a la que venimos aludiendo, pudiera pensarse que los Capítulos II y III de la Ley mantienen una continuidad con la regulación anterior al presentar una estructura parecida a la recogida por la *Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro*, que ha cumplido una etapa importante en la regulación de las cajas de ahorros españolas, habiendo estado vigente hasta el 29 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor de la actual Ley 26/2013, derogatoria de aquélla. Se trata sin embargo de una continuidad formal, estructural, no de una continuidad material, pues no son baladíes las novedades introducidas, principalmente en relación con la profesionalización de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros, aspecto cuya necesidad venía siendo puesta de relieve desde todos los ámbitos económicos y sociales. En este sentido, desde el principio del Capítulo II se traslada al consejo de administración de las cajas el régimen de profesionalidad aplicable en los bancos al indicar que «los vocales del consejo de administración y los directores generales o asimilados, así como los responsables de las funciones de control interno y quienes desempeñen otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad de la entidad, deberán reunir los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno exigidos por la legislación aplicable a estos efectos a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos» (artículo 3.2), requisitos que se recogen de nuevo al regular los vocales del consejo de administración (artículo 17.2). Así, los conocimientos y experiencia específicos que antes se pedía a la mayoría de vocales del consejo (artículo 15.2 Ley 31/1985), ahora se pide a todos ellos. Se ha introducido además la condición de que la mayoría de los vocales sean independientes (artículo 15.3), quienes se supone que toman sus decisiones con criterios de objetividad y neutralidad. Por otro lado, llama la atención que la exclusividad que antes se exigía expresamente tanto al director general como al presidente ejecutivo del consejo de administración (artículo 27 Ley 31/1985), ahora se exija sólo a este último, con omisión de aquél (artículo 22).

También se aprecia esa ansiada profesionalización en la composición de la asamblea general al reducirse el porcentaje de participación de las Administraciones Públicas a un 25% (artículo 4.3.b), desde el 40% que tenían antes (artículo 2.3 Ley 31/1985, habiendo sido un 50% hasta el RD-Ley 11/2010), y al incrementarse considerablemente la presencia de impositores, al pasar de una horquilla de un 25 a un 50% a otra de un 50 a un 60% (artículo 4.3.a). Los trabajadores también han visto modificada su representación (artículo 4.3.c), al pasar de una horquilla de un 5 a un 15% a un límite de un 20%, habiendo incrementado el máximo a costa de perder ese mínimo legal de representación. Debe destacarse que se ha modificado el mecanismo para la designación de los representantes de los impositores, recogiendo un «turno de grandes impositores» junto al anterior sistema de compromisarios (artículo 5).

Se han introducido además normas nuevas sobre incompatibilidad en el ejercicio de las funciones de gobierno de las cajas, como tener cargo político electo o cualquier

cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, o ser o haber sido durante los dos años anteriores alto cargo de la Administración General del Estado, autonómica o local, así como de entidades de derecho público (apartados 3 y 4 del artículo 3).

El Título segundo de la Ley 26/2013 se consagra a regular las fundaciones bancarias, las cuales, como fundaciones que son, están sujetas con carácter supletorio, bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, bien a la normativa autonómica que en cada caso resulte de aplicación (artículo 33). El motivo de su regulación, como se indica en el apartado II del Preámbulo, es que estas fundaciones van a ser un «actor principal» presente en gran parte de las entidades de crédito, siendo algunas de ellas sistémicas, por lo que se trata de intervenir y evitar que un funcionamiento inadecuado de éstas afecte a la estabilidad del sistema financiero, siendo ésta una intervención gradual.

La Ley define la fundación bancaria señalando que es «aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración» (artículo 32.1), señalando que sus líneas principales de actividad son la atención y desarrollo de la obra social y la adecuada gestión de su participación en la entidad de crédito (artículo 32.2).

La fundación bancaria puede tener diversos orígenes: puede surgir de la transformación de una caja de ahorros en crecimiento que haya superado uno de los dos límites de tamaño del artículo 34.2, ya vistos, en cuyo caso el acuerdo de transformación debe producirse en los seis meses siguientes a que ello suceda (artículo 35.2); puede surgir de una caja de ahorros de ejercicio indirecto, que esté ejerciendo actualmente su actividad financiera a través de un banco, en cuyo caso la transformación en fundación bancaria o en fundación ordinaria, según corresponda, deberá producirse en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (Disp. Trans. 1.^ª); o puede proceder de la transformación de una fundación ordinaria que tenga o que adquiera el mencionado porcentaje del 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración, en los términos vistos del artículo 32.1, debiendo producirse el acuerdo de transformación en los seis meses siguientes a la adquisición (artículo 36.3).

La Ley introduce normas en relación con los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias, básicamente el patronato y el director general, el régimen de participación de la fundación bancaria en la entidad de crédito, así como obligaciones en materia de gobierno corporativo y transparencia, que estarán en función del nivel de participación o control que la fundación bancaria tenga en la entidad de crédito participada. Así, las normas sobre gobierno corporativo resultan de aplicación a todas, pero cuando la participación es igual o superior al 30%, tendrá además la obligación de elaborar un protocolo de gestión que defina la relación entre ambas entidades, así

como un plan financiero en que se exponga cómo se hará frente a necesidades de financiación; y en el caso de que la participación sea superior al 50% o se tenga una posición de control, deberá elaborar también un plan de diversificación de sus inversiones y constituir un fondo de reserva para garantizar la financiación de la entidad de crédito participada, además de no poder ejercer los derechos políticos en determinadas circunstancias y quedar la distribución de dividendos condicionada a un *quorum* y una mayoría reforzados.

Para finalizar esta crónica de la Ley 26/2013, señalemos que en marzo de 2014, al cabo de varios meses, se ha publicado una corrección de errores, sin mayor importancia, pues simplemente cambia la numeración de una disposición transitoria [[BOE n.º 58, de 8-III-2014](#)].

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Crónica de Normativa Bancaria y del Mercado de Valores (2.º semestre de 2013)

En el segundo semestre de 2013 la normativa del sector financiero también ha sido bastante prolija en materia bancaria y del mercado de valores, tanto en el ámbito del derecho de la Unión Europea como en el ámbito interno. Por ello, además de la crónica que se realiza de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas y fundaciones bancarias, en este número de la revista *AIS* hemos querido realizar una nueva crónica general en que se recogiera toda esa normativa, con sus respectivos enlaces a los diarios y boletines oficiales, como ya se hiciera en el número anterior con la normativa del primer semestre. Se trata de una crónica mediante la que simplemente se da cuenta de dicha normativa sin entrar a comentar cada una de las disposiciones.

También se recogen en esta crónica las distintas Resoluciones dictadas por la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), por la que se han venido acordando acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución de diversos planes de reestructuración de ciertas entidades de crédito.

1. Derecho de la Unión Europea

Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE [[DOUE L 294, 6-XI-2013](#)].

Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas (Solvencia I) [[DOUE L 341, de 18-XII-2013](#)].

2. Legislación estatal

Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras [[BOE n.º 287, de 30-XI-2013](#)].

Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [[BOE n.º 311, de 28-XII-2013](#)] [[corrección de errores BOE n.º 58, de 8-III-2014](#)].

3. Banco de España

Circular 5/2013, de 30 de octubre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos [[BOE n.º 269, de 9-XI-2013](#)] [[corrección de errores BOE n.º 296, de 11-XII-2013](#)].

4. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)

Circular 6/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios [[BOE n.º 256, de 25-X-2013](#)].

Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se regula el procedimiento de resolución de reclamaciones y quejas contra empresas que prestan servicios de inversión y de atención a consultas en el ámbito del mercado de valores [[BOE n.º 262, de 1-XI-2013](#)].

5. Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)

Resolución de 4 de julio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se modifica la de 24 de abril de 2013, en lo relativo a la periodicidad de pago de la remuneración de la Emisión de obligaciones convertibles contingentes en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, SA por importe de seiscientos cuatro millones de euros (604.000.000 €) [[BOE n.º 161, de 6-VII-2013](#)].

Resolución de 15 de julio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda culminar las acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A. [[BOE n.º 169, de 16-VII-2013](#)].

Resolución de 30 de septiembre de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda realizar determinadas acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada así como ampliar el capital social de Banco Gallego, S. A. [[BOE n.º 235, de 1-X-2013](#)].

Resolución de 25 de octubre de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda la transmisión de cuarenta y dos mil ciento cuarenta y ocho (42.148) acciones de Banco Gallego, S. A. [[BOE n.º 257, de 26-X-2013](#)].

6. Otras disposiciones con incidencia en el sector financiero

Resolución de 18 de septiembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos [[BOE n.º 230, de 25-IX-2013](#)].

Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento [[BOE n.º 256, de 25-X-2013](#)].

Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España [[BOE n.º 272, de 13-XI-2013](#)].

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad [DOUE L 294, 6-XI-2013]

Derecho a la asistencia letrada en procesos penales en UE

El *Diario Oficial de la Unión Europea* del pasado 6 de noviembre de 2013 publicó la nueva Directiva sobre *el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

En el marco de la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y de la doble vertiente de la armonización del Derecho de los Estados miembros para definir normas mínimas comunes, por un lado, y de la facilitación paulatina de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones judiciales, por otro, la nueva Directiva se dirige a reforzar la asistencia letrada y otros derechos a personas sometidas a procesos penales. Se constata que el mínimo común denominador para los Estados miembros de la Unión Europea derivado de la vinculación de todos ellos al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, y, en especial, la sujeción a la jurisprudencia resultante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es suficiente para asegurar una confianza suficiente en las relaciones de cooperación entre los países europeos. De ahí que, de manera parcial, se vayan regulando de manera ampliada algunos de los derechos esenciales en un sistema procesal penal democrático.

Si, en los primeros años, la euforia que acompañaba al principio de reconocimiento mutuo hacía que se diera en buena parte por supuesta la equivalencia de procedimientos penales entre los Estados miembros, y la confianza legítima derivada de sus resoluciones, tuvimos luego una etapa en la que se hizo patente la preocupación por evitar la convalidación de vulneraciones de derechos fundamentales a través de la cooperación judicial entre los Estados miembros. Razones las hay para constatar esa desconfianza como ha quedado patente en las dificultades para que los trabajos preparatorios desemboquen en un verdadero código común de derechos fundamentales de contenido procesal; lo cual sorprende si recordamos simplemente que estamos hablando

de Estados democráticos, con sus procedimientos internos para la protección de los derechos. Pero tal vez extrañe menos si notamos otro factor elemental, que es la existencia de tradiciones jurídicas tan diversas entre los Estados de la Unión Europea, de modo que conviven en ella sistemas procesales penales muy divergentes, por mucho que deba entenderse presente un poso común de derechos y libertades esenciales. Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pese a su vinculación normativa, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene un contenido limitado también para cumplir con las exigencias de reforzamiento de una confianza que permita una fluidez ideal en las relaciones entre órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros.

A partir del plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales aprobado por el Consejo en 2009, gradualmente se han ido aprobando diversas normas parciales: sobre el derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales ([Directiva 2010/64/UE](#)) y al derecho a la información en los mismos procesos ([Directiva 2012/13/UE](#)). Ahora, con la nueva Directiva se amplía sustancialmente el círculo de normas procesales penales mínimas en la Unión Europea, pues se enfoca a la armonización de aspectos más centrales del derecho de defensa de sujetos pasivos del proceso penal.

El ámbito de aplicación de la nueva Directiva es complejo. Por un lado, se aplica en general a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el momento en que se ha puesto en su conocimiento la sospecha o la imputación –la Directiva habla de «sospecha o acusación», con lo que es más restrictiva que nuestro Derecho interno–. Pero, por otro lado, se preocupa específicamente de las personas sometidas a la orden de detención europea a partir de su privación de libertad. También a las que no sean sospechosas ni acusadas, que adquieran tal condición en el curso del interrogatorio policial. No hubiese estado de más añadir el judicial también, aunque se dé por supuesto que en el momento de la imputación por el juez la defensa técnica pasa a ser necesaria, si no es que ya fuera exigida con anterioridad como ocurre con el *témoin assisté* del Derecho francés. Hay también una serie de infracciones leves a las que se aplica esta normativa, siempre que se tramite el procedimiento ante un tribunal competente en materia penal.

En cuanto al contenido propiamente dicho de la armonización legislativa, se divide en varias partes: derecho a la asistencia de letrado y la eventual renuncia a este derecho; derecho a que se informe de la privación de libertad a un tercero; derecho a comunicarse con terceros; derecho a comunicarse con las autoridades consulares; derecho a ser asistido por un letrado en los procedimientos de la orden de detención europea, con unas menciones adicionales a la necesidad de prever recursos para casos de vulneración de estos derechos, así como a la satisfacción de necesidades específicas para casos de sospechosos y acusados que son personas vulnerables. El principal de todos ellos, al que dedica más espacio la Directiva, es el derecho a la

asistencia letrada que implica que los Estados miembros deben velar por que los sospechosos y acusados puedan ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

Completan la Directiva las habituales cláusulas de no regresión (que impide interpretar sus disposiciones en el sentido de limitar o derogar los derechos o garantías procesales reconocidos al amparo de la Carta, del Convenio europeo, del Pacto internacional o de otras disposiciones pertinentes de Derecho Internacional o de la normativa interna de los Estados miembros que garantice un nivel más elevado), así como la de transposición (que debe producirse en los ordenamientos internos de los Estados miembros a más tardar el 27 de noviembre de 2016) y la de presentación por la Comisión de informes periódicos sobre las medidas aplicadas por los Estados para cumplir las exigencias de esta Directiva.

Lorenzo M. BUJOSA VADELL
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
lujosa@usal.es

Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [BOE n.º 310, de 27-XII-2013]

Mediación en asuntos civiles y mercantiles

El marco jurídico de la mediación en derecho privado en España se ha visto completado mediante el Real Decreto 980/2013, a través del cual se desarrollan ciertos aspectos de la ya vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Podemos afirmar que con este aparato legislativo España ha cumplido finalmente las exigencias derivadas de la Directiva 2008/52/CE de la Unión Europea en cuanto a su transposición y a la implementación en nuestro país de la mediación como forma extrajudicial y complementaria al proceso judicial para la resolución de conflictos de derecho privado, salvo en las materias expresamente excluidas en el artículo 2.2. de la Ley 5/2012 (mediación penal, mediación con las Administraciones públicas, mediación laboral y mediación en materia de consumo). Ahora bien, ya existen nuevas perspectivas legales desde la Unión Europea que a corto y medio plazo exigirán nuevas normas legales nacionales de desarrollo, especialmente en materia de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito del derecho de consumo, como son la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

El Real Decreto 980/2013 supone la intervención directa del Gobierno, aprovechando el margen legal que se le confería en diferentes Disposiciones finales de la Ley 5/2012, para desarrollar, en aras de incrementar la seguridad jurídica y la confianza y conocimiento de la mediación por los ciudadanos y las empresas, el contenido de la norma de referencia en cuatro grandes aspectos que son de vital importancia: formación del mediador, publicidad y registro público del ejercicio de la profesión de mediador, responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación y, finalmente, el establecimiento de un modelo legal de procedimiento de mediación a través de medios electrónicos y de telecomunicación.

El Real Decreto se estructura en cinco capítulos, que comprenden un total de treinta y ocho artículos, más una serie de Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales. La distribución y temática de los capítulos es la siguiente:

- Capítulo I. Disposiciones Generales. Artículos 1 y 2.
- Capítulo II: Formación de los mediadores. Artículos 3 a 7.
- Capítulo III: El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. Artículos 8 a 25.
- Capítulo IV. El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación. Artículos 26 a 29.
- Capítulo V. El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Artículos 30 a 38.

Su entrada en vigor se ha producido el pasado día 28 de marzo de 2014, según lo previsto en la Disposición Adicional tercera, que concedía una *vacatio legis* de tres meses desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Con el Real Decreto ya en vigor disponemos de un marco legal más concreto y cierto sobre la formación y capacitación del mediador como profesional jurídico, determinando los contenidos generales de su titulación y experiencia, la distribución y duración mínima de su necesaria formación específica (tanto teórica como práctica) así como la exigencia de una imprescindible formación continua que el propio mediador debe procurarse.

Se articula el régimen de publicidad de los mediadores y las instituciones de mediación a través de la creación de un Registro público de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia. Su finalidad es dar publicidad y transparencia al ejercicio de la mediación, en cuanto a la actividad de los mediadores y de las instituciones de mediación. Dicho Registro constará de tres secciones: la primera, relativa a la inscripción de mediadores; la segunda, relativa a la inscripción específica de mediadores concursales; y la tercera, en exclusiva para las instituciones de mediación. Salvo en el caso de los mediadores concursales, la inscripción en el registro no tiene carácter obligatorio sino que es totalmente voluntaria, pero será la vía para acreditar oficialmente la condición de mediador o de institución de mediación.

El Capítulo IV, como ya indicamos, regula la obligación legal impuesta a mediadores e instituciones de mediación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente con la finalidad de cubrir los daños y perjuicios derivados de su actuación.

Finalmente, el Real Decreto incorpora una de las variantes procedimentales que la propia Ley 5/2012 ya preveía, en su artículo 24.2, como es la posibilidad de desarrollar el procedimiento de mediación, en su totalidad o en parte, a través de medios electrónicos. El modelo elegido como referencia en los artículos 30 a 38 del Real Decreto es el de una negociación automatizada, a través del intercambio de formularios preestablecidos. El procedimiento previsto está orientado de inicio, pero sin ningún tipo de exclusión por materias o cuantías, hacia las mediaciones en reclamación de cantidad que no supere los 600 euros, e igualmente está dotado de garantías en cuanto a la seguridad jurídica y tecnológica exigible para su utilización, así como cuenta con las correspondientes previsiones en cuanto a su duración, intervención de los mediados y del mediador o institución de mediación y las particularidades propias, determinadas por la especificidad de sus características, de la utilización de medios electrónicos en su desarrollo.

Fernando MARTÍN DÍZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
fmdez@usasl.es

Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social [BOE n.º 185, de 3-VIII-2013]

Protección de los trabajadores a tiempo parcial

El Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, *para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social* se inserta dentro del objetivo declarado de adopción de reformas que contribuyan a la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo en el plazo más corto posible, como expone el citado Texto legal en el comienzo mismo de su Exposición de Motivos. Bajo este presupuesto, siguiendo un uso bastante común en la práctica legislativa reciente, se incorporan cuestiones de muy diferente calado, hasta el punto de que, sistemáticamente, habría sido más adecuado aprobar un Real Decreto-Ley específico solo para la regulación de las medidas de orden social (CASAS BAAMONDE, VALDÉS DAL-RÉ y RODRÍGUEZ-PIÑERO. 2013: «La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L 11/2013 y el RDL 11/2013». *Relaciones Laborales*, 2013, 10: 11). Al margen de esta precisión, en la parcela específicamente laboral y de Seguridad Social, se incluyen, en primer lugar, determinadas modificaciones dentro del texto de la Ley General de la Seguridad Social en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial, con su concreción correspondiente en un conjunto de reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial (Capítulo II –artículo 5–), considerando el cambio sustancial que ha supuesto la [STC 61/2013, de 14 de marzo](#), cuando declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el [Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad](#), por vulneración del artículo 14 de la CE, con lesión del derecho a la igualdad, del mismo modo que constituye también, a la vista de su incidencia predominante sobre el empleo femenino, una discriminación indirecta por razón de sexo. Pronunciamiento seguido después de otras resoluciones posteriores del propio TC ([SSTC 71/2013](#) y [72/2013, de 8 de abril](#); [116/2013](#) y [117/2013, de 20 de mayo](#)).

Sensible con la doctrina constitucional, la gran aportación de la reforma legal que se comenta viene dada por la modulación y adaptación de la exigencia de carencia, requisito imprescindible en el nivel contributivo de protección para lograr el acceso a cada una de sus prestaciones, a la carrera personal del sujeto cuando éste ha tenido

períodos de alta efectiva parcial. Modificación compatible, seguramente, con una concepción de la parcialidad como mecanismo que flexibiliza la organización del trabajo en aras de facilitar la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores, mas sobre todo como mecanismo de entrada en el mercado de trabajo respecto de aquellos colectivos con especiales dificultades para su acceso. Subrayando, en cualquier caso, el riesgo inherente a esta fórmula individual de cómputo de los períodos de carencia, refugio potencial para quienes pudieran encontrar en la parcialidad una forma excesivamente fácil (por barata) de acceso a una prestación del Sistema (BARCELÓN COBEDO. 2013: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RDL 11/2013)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 102-104). Por mucho que, mayoritariamente, la modalidad del trabajo a tiempo parcial no responde en verdad –o no ha respondido hasta el momento actual– a una iniciativa voluntaria por parte del trabajador, y sí, las más de las veces, a una opción empresarial, aprovechando la progresiva flexibilización de su régimen jurídico con ocasión de las sucesivas reformas legales. No parece que la modificación que patrocina el [Real Decreto-Ley 11/2013](#) en relación con la protección social sea reclamo suficiente para cambiar semejante tendencia, invirtiendo las preferencias respectivas de trabajador y empresario a la hora de utilizar el contrato de trabajo a tiempo parcial. Si bien resulta loable, desde luego, identificar y alertar respecto de todos aquellos peligros potenciales que puedan acaecer sobre el Sistema de Seguridad Social, considerando la regulación tradicional de las cuestiones vinculadas con la protección social del trabajo a tiempo parcial, en alusión a la afiliación o el alta, la cotización, el cómputo de la carencia o el cálculo de la cuantía de las prestaciones.

Acto seguido, el Capítulo III (artículos 6 a 8) del Real Decreto-Ley 11/2013 introduce distintas modificaciones para otorgar una mayor seguridad jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo, condicionando la percepción y conservación de la prestación y el subsidio de desempleo a la inscripción, así como al mantenimiento de la misma mediante la renovación de la demanda de empleo por parte de los beneficiarios. Con los cambios correspondientes en la Ley General de Seguridad Social, específicamente, la inclusión de una nueva letra a) en el artículo 207; una nueva redacción al título –«Solicitud, nacimiento y conservación del derecho a las prestaciones»– y al apartado 1 del artículo 209; nuevo apartado 4 del artículo 215 y nueva redacción para la letra h) del apartado 1 del artículo 231; modificación de los apartados 1 y 3 del artículo 212; nueva letra g) del apartado 1 del artículo 213; y modificación de la letra c) del artículo 233. De la misma forma que se ha modificado también el artículo 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, *de Empleo*. Junto con la modificación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), concretamente, el artículo 22, apartado 13; artículo 24, apartado 3.a) y d) y apartado 4; artículo 25, apartado 3; artículo 47, apartado 1.a) y c) y apartado 4; y artículo 48, apartado 5. De igual modo, en materia de prestaciones de desempleo, la Disposición

Final Tercera del Real Decreto-Ley 11/2013 modifica el apartado 2 del artículo 28 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, *por el que se desarrolla la Ley 31/198, de 2 de agosto, de protección por desempleo*, en aras de evitar la práctica de compatibilización indebida de la prestación y el subsidio de desempleo con el trabajo asalariado o autónomo mediante la solicitud tardía de alta en Seguridad Social a causa de la actuación inspectora.

Por su parte, el Capítulo IV (artículos 9 a 11) del Real Decreto-Ley 11/2013 modifica distintos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la regulación de la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar en representación de los trabajadores como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el período de consultas que habrá de tener lugar con carácter previo a la adopción de medidas colectivas de movilidad geográfica (artículo 40 del ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41), así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 47), de despido colectivo (artículo 51.2) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (artículo 82.3). Procedimientos todos en los que la consulta habrá de llevarse a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el supuesto de ser varios los centros de trabajo afectados, se previene su adscripción respecto de los centros afectados por el procedimiento. Previsión, esta última, que incluye las reglas más novedosas (CASAS BAAMONDE, VALDÉS DAL-RÉ y RODRÍGUEZ-PIÑERO, *loc. cit.*, 17-18). Comisión representativa de los trabajadores que debe quedar constituida antes del inicio del período de consultas, con la advertencia expresa de que la falta de constitución de semejante comisión no impide la apertura ni el transcurso del período de consultas. De igual modo que se incide en la determinación de los integrantes potenciales de dicha comisión hasta un máximo de trece miembros, en proporción siempre al número de trabajadores de los centros afectados que representen.

Sin abandonar el citado Capítulo IV, en relación con el despido colectivo, se modifica la redacción del artículo 51 del ET respecto de la información que debe facilitar la empresa, a efectos de mejorar la seguridad jurídica en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva (artículo 9.Cuatro del Real Decreto-Ley 11/2013). De otro lado, se adapta el contenido del artículo 64 de la [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concur-sal](#), en orden a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, a los cambios que afectan a la comisión negociadora en procedimientos de consulta (artículo 10 del Real Decreto-Ley 11/2013). Para concluir, se modifica la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, en relación con la modalidad procesal del despido colectivo de manera que asuma un mayor espacio

la impugnación colectiva, buscando clarificar las causas de nulidad del despido colectivo para dotarlo de mayor seguridad jurídica (artículo 11.Uno del Real Decreto-Ley 11/2013), de igual forma que se permite la ejecución directa de las sentencias que declaren nulo un despido colectivo sin necesidad de acudir a procedimientos individuales (artículo 11.Dos del Real Decreto-Ley 11/2013).

Bien que con un carácter aproximativo, como corresponde al género de la reseña, sin entrar por tanto en el análisis exhaustivo de cada materia concreta, el repaso de las distintas cuestiones enumeradas corrobora la importancia del Texto legal que se analiza. Conscientes, en cualquier caso, de la dificultad inherente al quehacer legislativo, máxime en tiempos de crisis, a la búsqueda de un equilibrio adecuado entre la vigilancia –y la corrección– de los defectos o las carencias advertidas durante la aplicación de las sucesivas actuaciones legales, por un lado, mas evitando en paralelo un seguidismo excesivo de cada nueva realidad que pueda aportar mayores dosis de confusión que elementos de solución, por otro lado. En definitiva, desde la lógica del legislador, el Real Decreto-Ley 11/2013 constituye una nueva muestra de utilización de la legislación laboral como palanca de impulso para favorecer la reactivación económica y la iniciativa empresarial. Pero, contemporáneamente también, desde la óptica doctrinal, se incluye entre esa segunda generación de reformas, complementarias o correctoras –según qué supuestos– de la reforma laboral de 2012, dentro de un proceso que parece no tener fin (CASAS BAAMONDE, VALDÉS DAL-RÉ y RODRÍGUEZ-PIÑERO, *loc. cit.*, 3).

Juan Carlos GARCÍA QUIÑONES
*Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Profesor Titular)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
juancarlosgarciaquinones@der.ucm.es*

Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores [BOE n.º 305, de 21-XII-2013]

¿Del contrato a tiempo parcial al contrato a llamada?

La reforma laboral «permanente», o más bien «hipante», puesta en marcha en 2013 como continuación de la de 2012, ha tenido una última expresión, no precisamente intrascendente, el pasado 20 de diciembre, con la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores.

A pesar de lo prometedor del membrete que la precede, ésta es una disposición que no supone sino un paso más en la espiral de degradación de la protección laboral como fórmula para la recuperación del empleo en la que nos introdujo el ciclo de reformas laborales iniciado en 2010 y retomado con especial impulso en 2012.

El turno le ha tocado en esta ocasión al contrato de trabajo a tiempo parcial. Atrás han quedado, aunque la Exposición de Motivos siga aludiendo a ello, los tiempos en que este contrato era concebido como un instrumento especialmente adecuado para conciliar la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo requerida por los empresarios con la necesidad de los trabajadores de armonizar su empleo con las necesidades derivadas de su vida personal y familiar o su formación. El [artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2013](#) introduce un conjunto de modificaciones en los apartados 4 y 5 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, regulador de esta modalidad, guiadas en su totalidad por el propósito de favorecer «que las empresas recurran en mayor medida» a ella «como mecanismo adecuado para una composición de las plantillas laborales adaptada a las circunstancias económicas y productivas», como indica en otro pasaje, cargado de mayor sinceridad, la propia la Exposición de Motivos, y no, por supuesto, a promover o facilitar ningún tipo de conciliación entre las esferas laboral y personal o formativa del trabajador. Dichas modificaciones son, además, de una magnitud y un efecto tan intensos sobre la disponibilidad del tiempo de trabajo y la vida personal del trabajador, como se podrá comprobar a continuación, que inducen a preguntarse si en realidad no se ha producido una mutación en la naturaleza y la función de este contrato. Si éste no ha pasado a convertirse ahora en un contrato «a llamada» o incluso en un contrato «de libre disposición sobre el tiempo de trabajo del trabajador», conforme denunció en su día a través de un comunicado el sindicato CC. OO.

¿Cómo se habría producido esta sorprendente, y además subrepticia, transformación?

La respuesta es sencilla: suprimiendo la posibilidad de realizar en estos casos horas extraordinarias, en principio voluntarias y retribuidas de forma excepcional, y facilitando exponencialmente en su sustitución la opción de llevar a cabo horas complementarias,

no necesariamente voluntarias y no sujetas además a sobrecoste alguno respecto de las horas ordinarias.

La anterior es una ampliación que se produce por todos los cauces posibles: a) extendiendo el espacio de los contratos a tiempo parcial en los que cabe un pacto de horas complementarias (ya no sólo los contratos por tiempo indefinido sino también los de duración determinada, con la sola condición de que la jornada pactada no sea inferior a diez horas semanales de trabajo en cómputo anual); b) duplicando el volumen de horas complementarias susceptible de ser acordado (éste pasa a ser del 30% de las horas ordinarias objeto del contrato, en vez del 15% precedente); c) reduciendo a menos de la mitad el plazo mínimo de preaviso con el que el empresario ha de poner en conocimiento de los trabajadores su realización (tres días en lugar de siete); d) introduciendo una novedosa posibilidad de realizar horas complementarias «de aceptación voluntaria» para el trabajador, siempre que éste se encuentre contratado por tiempo indefinido, sujetas a un límite equivalente al que antes afectaba al pacto de horas complementarias (15% de la jornada pactada); e) suprimiendo todas las preferencias para regular la materia reconocidas con anterioridad por la norma a favor de los convenios sectoriales, que habían sido adoptadas con el fin de que éstos pudieran cumplir un rol moderador, y su sustitución por alusiones genéricas a los convenios colectivos, susceptibles por tanto de amparar también regulaciones ad hoc a través de convenios colectivos de empresa, negociados por los propios empresarios que se beneficiarán de las medidas que en ellos se pacten; y, finalmente, f) atribuyendo a estos convenios, en exclusiva, una novedosa función degradatoria de los escasos límites previstos por la ley (dichos convenios podrían, así, ampliar hasta el 60% de la jornada del trabajador el máximo de horas complementarias a pactar, pero no reducirlo más allá del 30%, extender al 30% el tope de las horas complementarias voluntarias, mas no llevarlo a menos del 15%, o fijar un preaviso para su realización de menos de tres días, nunca superior).

Como resultado de todo ello, el empresario queda habilitado para disponer, escalonadamente, de un 15% de horas adicionales a las que conforman la jornada ordinaria del trabajador, si no se celebró un pacto de horas complementarias; de un 45% de horas adicionales, si se celebró un acuerdo de ese tipo, o incluso de un 90%, si los límites legales se extendieron por convenio colectivo. Y todo ello comunicándose con una antelación de apenas tres días o incluso uno, si así se estipuló también colectivamente. Cierto es que parte de esas horas está sujeta a la aceptación previa del trabajador o a una decisión convencional colectiva habilitadora. En una situación como la actual, sin embargo, no es difícil aventurar que el margen de libertad para aceptar o rechazar una oferta empresarial en tal sentido se ha reducido considerablemente, tanto a nivel individual como colectivo, si es que no ha desaparecido en algunos casos.

Dentro de una regulación como ésta, es evidente que ni la vida personal y familiar del trabajador, ni su formación, interesan en lo más mínimo al legislador, que ha optado

por sacrificar todos estos valores en aras de un tratamiento de la figura que privilegia de manera absoluta y desproporcionada la satisfacción, de la manera más expedita posible y al menor coste, de las necesidades empresariales de adaptación. El resultado es, como se ha anticipado, una suerte de contrato «a llamada» o «de libre disposición» encubierto, no sujeto por tanto a controles apreciables. Y tampoco, claro está, a las contrapartidas previstas para este tipo de figuras en otros ordenamientos, ni en términos de estabilidad en el empleo, ni en materia de retribuciones específicas por las horas de trabajo extraordinario realizadas, ni de compensación, sin lugar a dudas económica también, por la disponibilidad del tiempo libre o la vida privada del trabajador.

Lo más grave de todo, no obstante, es que estas medidas no apuntan a acabar con traba alguna que con anterioridad frenase el recurso al trabajo a tiempo parcial, sino más bien al contrario, a reforzar su utilización, ya muy notable, como fórmula de reducción del empleo indefinido a jornada completa por contratos temporales de jornada reducida y sujetos a una flexibilidad horaria desproporcionada.

Naturalmente, nada de todo esto es preciso, ni para recuperar el empleo en España ni para ofrecer a las empresas de este país mecanismos que les permitan satisfacer de forma adecuada sus necesidades.

Se trata, pues, de una nueva e innecesaria, como se ha dicho, vuelta de tuerca en el proceso de incesante degradación de las condiciones laborales y precarización de empleo en el que nos encontramos inmersos. La cual resulta especialmente grave y cuestionable en la medida en que afecta a los colectivos más débiles del mercado laboral (jóvenes, mujeres con obligaciones familiares, desempleados de larga duración), condenándolos a unas trayectorias laborales, profesionales y vitales mutiladas, a cambio, además, de unas condiciones que no pueden ser sino calificadas, como se ha hecho, de indignas.

Otras modificaciones normativas incluidas en la norma objeto de comentario, de menor aunque no necesariamente escasa trascendencia, son las siguientes:

- La previsión de la posibilidad de suscribir contratos de trabajo de apoyo a los emprendedores no sólo a jornada completa, como venía ocurriendo, sino también a tiempo parcial (artículo 2, modificadorio del artículo 4 de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).
- La habilitación a las empresas de trabajo temporal para que celebren contratos de trabajo en prácticas con trabajadores que van a ser cedidos a empresas usuarias (artículo 3, modificadorio de los artículos 6 y 10 de la Ley 14/1984, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal).
- La fijación de una duración máxima de un mes para el período de prueba, tratándose de contratos de trabajo de duración determinada celebrados por un tiempo no superior a seis meses (artículo 1.2, modificadorio del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores).

- El establecimiento de un plazo máximo de doce meses para la compensación de las diferencias que puedan existir entre la jornada de trabajo efectivamente realizada y la jornada máxima de trabajo, en los supuestos de distribución irregular de la misma, salvo pacto expreso en sentido distinto, incluido en convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (artículo 1.3, modificadorio del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores).
- La ampliación a doce años de la edad de los menores cuya guarda legal autoriza a solicitar a quienes la tengan atribuida una reducción de la jornada diaria de trabajo de entre un octavo y la mitad de la misma (artículo 1.4, modificadorio del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores).
- La modificación de la relación de conceptos no computables dentro de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, con indicación de que los mismos están constituidos «únicamente» por aquellos expresamente mencionados por la norma, con la consecuente inclusión con carácter novedoso en dicha base de cualesquiera otras percepciones, sean éstas de carácter salarial o incluso extrasalarial, como ocurre paradigmáticamente con los pluses de transporte, las ayudas para comidas, los cheques para guarderías, las ayudas para estudios de hijos, los seguros médicos o las aportaciones a planes de pensiones (Disposición Final Tercera, modificatoria del artículo 109 de la Ley General de Seguridad Social).

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
wsr@usal.es

Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social [BOE n.º 309, de 26-XII-2013]

Sistema de pensiones

En un (nuevo) intento de garantizar la viabilidad futura del sistema de Seguridad Social, dejando a un lado reformas recurrentes que, juicio del Gobierno, venían a constituir meras soluciones transitorias, se aprueba la introducción dentro del modelo español de protección social de un Factor de Sostenibilidad que, aplicado de forma gradual, asegure una estabilidad financiera al menos durante los próximos años. La [Ley 23/2013, de 23 de diciembre](#), provoca un cambio sustancial en el modo de entender el funcionamiento de todo el entramado vinculado a la protección de necesidades de los ciudadanos e introduce, asimismo, un mecanismo diferenciador en el procedimiento de revalorización de las pensiones.

Las razones aducidas para su puesta en marcha, ya conocidas al mencionarse en otras modificaciones anteriores, se aglutinan en torno a dos argumentos, como son las especiales circunstancias que caracterizan hoy en día a la población española: elevada esperanza de vida y mínima tasa de natalidad, que convierten a nuestro país en uno de los más envejecidos del mundo. Ello unido a la difícil situación económica, cuya salida se vislumbra lenta y a medio plazo, conforma un cóctel que, nuevamente, vuelve a poner sobre el tapete la dificultad de mantenimiento del sistema de Seguridad Social si no se actúa de forma decidida. Y eso es, precisamente, lo que anunció el Gobierno hace unos meses, al constituir una Comisión de expertos que elaborara un estudio sobre el que asentar los postulados que, ya de antemano, los responsables políticos habían pergeñado. Fruto de tales debates surgió un Informe, con más disensos que acuerdos, en el que como conclusión general se destacaba la premura temporal para ofrecer unos resultados satisfactorios. Ello no obstante, el proyecto de ley salió adelante, siendo discutido en sede parlamentaria y alcanzando el contenido que finalmente ha quedado incorporado en la Ley 23/2013.

Parece reprochable que tras la [Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social \(BOE n.º 184, de 2-VIII-2011\)](#), que efectuó un ajuste extenso de buena parte de las instituciones más significativas del modelo público de Seguridad Social, en poco más de dos años se diera por insuficiente su puesta en práctica, habida cuenta de las distintas velocidades a las que habría de adaptarse en los próximos años. Sin embargo, y aunque se dan por buenos los cambios operados en el régimen jurídico de la pensión de jubilación (edad de acceso, cálculo de la base reguladora, escala de años de cotización exigidos, acceso a la jubilación anticipada y parcial), eso no se considera requisito bastante, y se entiende imprescindible un cambio de planteamiento. Expresamente así lo reconoce la Exposición de Motivos al afirmar que en esta Ley se contienen medidas cualitativamente

distintas a todas las anteriores: no estamos ante una simple alteración en el régimen jurídico de las pensiones, sino ante un innovador instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las mismas, tomando como punto de apoyo la evolución prevista de la esperanza de vida, algo inusitado hasta ahora. El Factor de Sostenibilidad se revela así como un parámetro adicional que viene a añadirse a criterios anteriores que se conservan o, al menos, no desaparecen en su integridad.

Es, no obstante, forzada y demasiado aventurada la mención a la garantía de proporcionalidad entre las aportaciones de cada individuo y las prestaciones recibidas. No es posible defender tal resultado a sabiendas (y así se reconoce más delante de manera expresa) de que la cuantía de las pensiones de nuevo reconocimiento va a ser más baja que las causadas bajo el modelo previo a la reforma. Y en cuanto a su actualización, si se abandona el criterio de aumento de precios, sustituyéndolo por otros factores como la evolución de la economía o el cómputo de cotizaciones, a nadie se le oculta que el montante final de la pensión va a distar mucho de lo que suponía anteriormente una conexión directa con la inflación prevista.

En su Capítulo I, la Ley introduce ese Factor de Sostenibilidad únicamente asociado a la pensión de jubilación. Será un instrumento de ajuste automático en función de la variabilidad de la esperanza de vida, utilizando para ello tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación y tomando como referencia la edad de 67 años, de tal manera que se medirá cuál es la esperanza de vida a esa edad en dos etapas: 2019 a 2023 (esperanza de vida en 2012 y la que podría alcanzarse en 2017 a partir de esos 67 años de edad) y 2024 a 2028 (en que se conecta el tiempo de vida a contar desde esa edad en 2017 y en 2022), revisando estas variables cada cinco años. Como fecha de aplicación, la D. F. 5.^a fija su ámbito de ejecución a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2019.

Por su parte, y con efectos directos ya desde enero de 2014, el Capítulo II modifica el artículo 48 LGSS en materia de revalorización de pensiones, siendo ahora incrementadas en función del índice de revalorización previsto cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Lo que más llama la atención de este cambio de tendencia no es tanto el factor aplicativo cuanto el porcentaje de incremento anual de las pensiones, que no podrá superar el 0,25 y que en épocas de prosperidad económica, y como meta a largo plazo, no será superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo (IPC) en el año anterior a diciembre de cada año en curso más el 0,50%. Tal umbral inferior del 0,25% será susceptible de revisión cada cinco años, sin superar, a salvo de cualquier eventual incremento futuro, el 0,33%.

La D. A. 3.^a de la Ley contempla la elaboración periódica (a los cinco años de cada revisión anterior) de un estudio dirigido a calibrar los efectos producidos por esta norma sobre la suficiencia y adecuación de las pensiones. No podemos sino augurar de antemano unas conclusiones contrarias a lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo como pensiones adecuadas. Sin incumplir de plano lo dispuesto en el artículo

50 de la Constitución española, es obvio cómo la apuesta por la viabilidad del sistema lleva a sacrificar el principio de proporcionalidad que, aunque se incluye como uno de los objetivos prioritarios a alcanzar, resulta indudablemente cuestionado.

En esta línea se inscriben dos normas aprobadas a nivel reglamentario en días posteriores: los RR. DD. [1045/2013](#) y [1043/2013](#), ambos de 27 de diciembre sobre, respectivamente, revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014 (BOE n.º 312, de 30-XII-2013) y sobre Revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2014 (BOE n.º 312, de 30-XII-2013) asumen ese incremento del 0,25%. La primera de estas normas regresa de nuevo a la definición del ámbito de aplicación fijado por última vez en el [R. D. 2007/2009 23 de diciembre sobre Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010](#) (BOE n.º 313, de 29-XII-2009), extensible a las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y en favor de familiares, acabando con la regulación transitoria que el [R. D. 1794/2010 30 de diciembre sobre Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011](#) (BOE n.º 318, de 31-XII-2010) en su artículo 2 circunscribía en exclusiva a los complementos por mínimos de estas mismas prestaciones.

En cuanto a la revalorización de pensiones en su modalidad no contributiva, el [R. D. 1045/2013](#) sigue reconociendo el complemento de pensiones para el pensionista que acredite como residencia habitual una vivienda en alquiler, si bien es cierto que la cuantía de esa ayuda se encuentra congelada desde la aprobación del [R. D. 1794/2010](#), sin tener en cuenta las circunstancias económicas actuales respecto a estos tres últimos años.

María Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca
polo@usal.es

Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [BOE n.º 161, 6-VII-2013]

Responsabilidad por incumplimiento de la Unión Europea

El Real Decreto 515/2013 constituye una novedad en el ordenamiento español, en la medida en que, como se destaca en su preámbulo, se regula, por primera vez en una norma de carácter general, el procedimiento para determinar y repercutir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Esta disposición se adopta en desarrollo de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; a su vez, adoptada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española.

La regulación de la repercusión de la responsabilidad en la administración responsable del incumplimiento resulta de especial relevancia en un estado descentralizado, en el que la ejecución de las obligaciones impuestas por el ordenamiento de la UE corresponde, en el ámbito de sus respectivas competencias, al conjunto de los poderes del Estado; mientras que la responsabilidad por incumplimiento se asume por el Estado en su conjunto. Como consecuencia, resulta lógico que la Administración Central del Estado pueda repercutir la responsabilidad derivada del incumplimiento de la Unión Europea (*vid.* SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. 2013: «Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista Catalana de Dret Públic*, 2013, n.º 47: 40-60).

En definitiva, de conformidad con el procedimiento previsto en el R. D. 515/2013, cuando cualquier administración pública u otra entidad integrante del sector público provoquen o contribuyan al incumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento de la Unión Europea, ocasionando una sanción del Reino de España, la administración central puede repercutir a la administración que ha incumplido las responsabilidades derivadas de cualquier acción y omisión realizada en el ejercicio de sus competencias. La repercusión tiene carácter sancionador, en la medida en que constituye una aplicación del principio que obliga a cada administración a asumir la responsabilidad por aquellos actos realizados en el ejercicio de sus competencias.

El TC reconoció en la STC 79/1992 que «corresponde al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria, así como los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse

para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias» (FJ 8, reiterado en la STC 148/1998, FJ 10); en definitiva, el Estado puede regular esta cuestión, sin perjuicio de la obligación de todas las administraciones de colaborar en la ejecución de las obligaciones derivadas del ordenamiento de la UE.

No obstante, durante un largo período de tiempo la regulación estatal sobre esta repercusión tuvo un carácter sectorial y fragmentario. La regulación sectorial estuvo impulsada por la necesidad de regular aquellos ámbitos en los cuales había que responder de forma inmediata frente a condenas impuestas a España en el marco de las obligaciones derivadas del ordenamiento de la Unión Europea. Así, por ejemplo, la regulación sectorial prevista en la Ley de Aguas se adoptó después de que la sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 2003 hubiera condenado a España al pago de una multa coercitiva por la inexecución de la Sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1998, en la que se declaró el incumplimiento de la Directiva 76/464 sobre calidad de las aguas de baño.

El Consejo de Estado puso de relieve la necesidad de poner fin a la fragmentación de la regulación normativa (*vid.* Consejo de Estado, Informe de 15 de diciembre de 2010 acerca de los mecanismos existentes en el ordenamiento español para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y, en su caso, repercutir la responsabilidad de los sujetos incumplidores; en general, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. 2012: «Quién ha de pagar el incumplimiento del Derecho de la Unión, el Estado o las Comunidades Autónomas? A propósito de algunos aspectos de interés del Informe del Consejo de Estado español de 15 de diciembre de 2010». *REAF*, 2012, n.º 15).

La Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible (*BOE*, 5 de marzo de 2011, 25033-25235) reguló por primera vez, de forma general, la repercusión de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento de la UE. Sin embargo, se mantuvieron en vigor las disposiciones existentes con anterioridad en ámbitos particulares; esta cierta confusión y reiteración normativa se clarificó a través del R. D. Ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, que simplificó la situación normativa de esta materia, puesto que derogó expresamente las disposiciones de carácter sectorial que regulaban (de forma paralela a la nueva normativa general de la Ley O. 2/2012) la repercusión de las consecuencias financieras de los incumplimientos de las obligaciones derivadas del ordenamiento de la UE. En concreto, derogó: a) el artículo 121 bis del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; b); la disposición final cuarta de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; c) los apartados tercero y cuarto de la disposición adicional tercera de la Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino; y, por último, d) la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Aun así, la regulación general prevista en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, no se completó con el desarrollo del procedimiento para ventilar la responsabilidad por incumplimiento del ordenamiento de la UE. Además, tuvo una reducida vigencia, en la medida en que esta cuestión se reguló de nuevo en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), *Boletín Oficial de Estado*, 30 de abril de 2012, 32653-32675, adoptada en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española, cuyo articulado desarrolla el R. D. 515/2013.

A pesar de que La Ley Orgánica 2/2012 regula una determinada situación material, vinculada con la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, en lo que se refiere a la repercusión de la responsabilidad no sólo se ocupa de aquella de la infracción de aquellos compromisos asumidos por España en relación con la gobernanza económica (art. 8 y disposición adicional segunda), como corresponde a su objeto principal, sino que extiende su objeto a cualquier otro incumplimiento de las obligaciones derivadas de la UE. De esta forma, prevé que «1. Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado» (artículo 8). Asimismo, la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012 desarrolla la «responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario». En concreto, dispone que el Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar la responsabilidad por dicho incumplimiento; asimismo, habilita al Gobierno para desarrollar reglamentariamente su contenido. En definitiva, esta regulación general de la repercusión se encuentra dentro de una norma sectorial, por lo que quizá fuera más adecuado plantear la posibilidad de adoptar una norma específica.

El procedimiento general previsto en el Real Decreto 515/2013 de determinación y repercusión de las responsabilidades derivadas de los incumplimientos del Derecho de la Unión Europea, en todo caso, recoge de forma sustancialmente similar en su tramitación y desarrolla las normas sectoriales existentes con anterioridad. Aun así, como destaca su preámbulo «supone una gran novedad en el ordenamiento jurídico español, ya que hasta la fecha sólo existían regulaciones dispersas y de carácter sectorial en determinadas materias, como son la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea, los compromisos adquiridos en materia de estabilidad presupuestaria, en materia de aguas o los servicios del mercado interior».

El Capítulo I del R. D. 515/2013 determina el objeto, el ámbito de aplicación –objetivo y subjetivo– y los criterios para determinar la responsabilidad derivada del incumplimiento; en particular, tiene en cuenta el supuesto en el que se produzca una responsabilidad concurrente entre algunos de los sujetos. El objeto del R. D. se ha regulado de forma amplia, de igual forma que ocurre en la L. O. 2/2012, de estabilidad

Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. El objeto del R. D. 515/2013 se ocupa, de forma general, de la responsabilidad por incumplimiento de las normas de la Unión Europea, en un sentido amplio, derivado no sólo de los procedimientos por déficit público excesivo, sino también de cualquier otro supuesto que dé lugar a la responsabilidad en el ámbito de la UE, como pueda ser la gestión de fondos europeos o las sanciones pecuniarias impuestas en el marco del recurso por incumplimiento. De igual forma, en el Capítulo I se regula el ámbito subjetivo de aplicación, las administraciones responsables, así como los mecanismos para hacer efectiva la repercusión. Por otra parte, define de forma amplia el ámbito objetivo de aplicación, combinando una definición general de los supuestos que dan lugar a la repercusión con una serie de supuestos particulares en los que se entenderá que existe un incumplimiento (artículo 3. 3), en concreto, A) Transposición tardía de directivas europeas al ordenamiento jurídico. B) Transposición incorrecta de directivas europeas al ordenamiento jurídico. C) Adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. D) Falta de ejecución o ejecución incorrecta de las sentencias, actos o decisiones dictados por las instituciones europeas

El Capítulo II se ocupa de los órganos competentes para iniciar y desarrollar procedimiento, que será siempre de oficio, mientras que el Capítulo III desarrolla las alegaciones que pueden realizar los interesados en el procedimiento, los informes preceptivos que deben acompañar al expediente y el trámite de audiencia. Finalmente, el Capítulo IV regula las formas de terminación de procedimiento, bien a través del acuerdo del Consejo de Ministros o bien a través del pago voluntario anticipado de la deuda. Por último, las disposiciones finales establecen el carácter supletorio de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La repercusión de la responsabilidad se trata de una cuestión de actualidad y con importantes connotaciones financieras. Con todo, no deben sobreestimarse los supuestos en los que se han producido incumplimientos por parte de las Comunidades Autónomas, sin que además la repercusión excluya que en una determinada infracción exista una responsabilidad concurrente entre varias administraciones.

Javier LASO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca
jjlasop@usal.es

Reglamento (UE) n.º 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales [DOUE L 295, 6-XI-2013]

Restablecimiento temporal de los controles fronterizos en Schengen

El presente Reglamento modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 por el que se establecía el Código de Fronteras Schengen. Dicho reglamento preveía ya la posibilidad de reintroducir temporalmente las fronteras internas dentro del ámbito de aplicación espacial del acervo Schengen. Se establecía que, con el fin de salvaguardar el orden público y la seguridad interior, todo Estado podría restablecer, con carácter excepcional y durante un período inferior a 30 días, controles fronterizos en sus fronteras interiores durante el período que fuese estrictamente necesario para responder a la amenaza grave (artículo 23.1 del Reglamento n.º 562/2006).

El reglamento contemplaba posteriormente dos posibilidades. Por un lado, se encontraban aquellos casos de acontecimientos previsibles (artículo 24). En ellos podrían englobarse acontecimientos como la reunión del Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo en Barcelona en 2012, cuando el Gobierno se acogió a esta medida. En estos casos, el Estado estaba obligado a comunicarlo lo antes posible, y al menos 15 días antes, a los Estados miembros y a la Comisión (artículo 24) para que ésta emitiese un dictamen. La segunda posibilidad contemplada eran los casos en los que se exigiese una actuación urgente, en los que el Estado miembro estaba facultado para restablecer los controles inmediatamente, debiendo comunicarlo posteriormente a la Comisión y a los Estados miembros (artículo 25). El antiguo artículo 24.1 del Reglamento n.º 562/2006 establecía que, en aquellos casos en los que un Estado miembro quisiese hacer uso de esta posibilidad, habría de notificar a la Comisión, informando de los motivos para considerar la existencia de una amenaza seria para el orden público o la seguridad nacional, el ámbito de aplicación, los nombres de los puntos de cruce de fronteras autorizados, así como la fecha y duración de las mismas.

Las consecuencias de esta regulación son fácilmente perceptibles. Los Estados estaban sometidos a una mera obligación de notificación a la Comisión. La Comisión podría únicamente emitir un dictamen no vinculante y sin perjuicio de la soberanía de los Estados en materia de orden público y seguridad interior. En caso de acontecimientos previsibles, la notificación habría de ser *ex ante* y en los casos de urgencia, *ex post*. Por tanto, los poderes de la misma estaban realmente limitados. Dependía, por tanto, de una decisión política por parte de los Estados. Todo ello quedó patente como consecuencia de la Primavera Árabe en abril de 2011 con las oleadas de inmigrantes procedentes del Norte de África a la isla de Lampedusa. El Gobierno italiano emitió permisos de residencia que les permitirían moverse por el territorio de la UE. Como

resultado, el Gobierno francés optó por cerrar parte de sus fronteras con Italia y por establecer controles fronterizos, así como por impedir el cruce de varios trenes que transportaban inmigrantes desde la localidad de Ventimiglia.

Para evitar nuevas situaciones de este tipo, la Comisión redactó una comunicación y dos propuestas legislativas dirigidas a establecer un sistema de evaluación y a regular el restablecimiento de controles internos. La segunda de ellas perseguía el fin de restringir las posibilidades abiertas a los Estados miembros para reintroducir los controles fronterizos internos, de modo que no dependiese exclusivamente en la voluntad de los Estados. Pese a que la nueva regulación mantiene la mera exigencia de notificación y el dictamen de la Comisión sigue sin ser vinculante, los elementos que los Estados han de comunicar a la Comisión son más detallados, lo que facilitará el control por parte de la misma. La segunda cuestión que se planteaba era la reducción del período de tiempo permitido para mantener estas restricciones a la libre circulación. No obstante, el Consejo se mostró poco receptivo con relación a este punto, puesto que los Estados miembros siguen considerando sus fronteras como una prerrogativa nacional.

Este trasfondo se percibe en la motivación del nuevo Reglamento (UE) n.º 1051/2013. En ella se recalca la excepcionalidad de las medidas de reintroducción de controles fronterizos internos frente a la libre circulación como uno de los principales logros de la UE. Ello implica la necesidad de valorar la necesidad y proporcionalidad del restablecimiento de estos controles, así como las repercusiones de los mismos sobre la libre circulación de personas, partiendo de una interpretación restrictiva, en línea con la jurisprudencia del TJUE en materia de restricciones a la libre circulación.

El Reglamento, en su parte dispositiva, introduce dos modificaciones importantes. Por un lado, se añade un capítulo relativo a las medidas específicas relacionadas con las deficiencias en los controles en las fronteras exteriores, algo que puede entenderse a la luz de la crisis de Ventimiglia, expuesta anteriormente. Con relación a este asunto, el artículo 19 bis establece que cuando el informe de evaluación elaborado según las disposiciones del Reglamento n.º 1053/2013, también objeto de comentario en este número, muestre graves deficiencias, la Comisión podrá recomendar mediante actos de ejecución la adopción por parte del Estado miembro de ciertas medidas específicas, entre las que pueden encontrarse el despliegue de equipos europeos de Guardia de Fronteras, el envío de sus planes estratégicos a FRONTEX para que emita un dictamen. Cuando las circunstancias persistan, el Reglamento (artículo 26) establece la posibilidad de restablecimiento de controles internos por un período no superior a seis meses, prorrogable hasta tres ocasiones, siempre que dichas circunstancias representen una amenaza grave. El Consejo podrá, como último recurso, recomendar a uno o varios Estados el restablecimiento de los controles fronterizos en todas sus fronteras o en partes de ellas, a propuesta de la Comisión.

El Reglamento establece, por otro lado, un marco general para el restablecimiento temporal y con carácter excepcional de controles fronterizos en las fronteras interiores en los casos de amenazas graves para el orden público o la seguridad interior por un plazo no superior a 30 días, aunque podrán prolongarse durante períodos renovables de 30 días si la amenaza persiste (artículo 23). El procedimiento para el mismo (artículo 24) requiere notificación previa a los Estados miembros y a la Comisión con al menos cuatro semanas de antelación, o en un plazo inferior si las circunstancias no fueran previsibles con tanta antelación. Para ello, al igual que en el Reglamento anterior los Estados han de informar de los motivos del restablecimiento, de su alcance, de la denominación de los pasos fronterizos autorizados, fecha y duración del restablecimiento previsto y de las medidas que deban adoptar los demás Estados miembros. Posteriormente, tras la notificación, tanto la Comisión como los Estados miembros podrán emitir un dictamen. Dicho dictamen se someterá a consulta mediante reuniones conjuntas entre el Estado en cuestión, los Estados miembros afectados y la Comisión con el objeto de organizar las medidas y de coordinarlas si procediese, al menos diez días antes de la fecha prevista.

Además de este marco, que sería el equivalente al existente en la regulación anterior para acontecimientos previsibles, se establece un procedimiento específico para casos que requieran actuación inmediata (artículo 25). En esos casos, podrán establecer controles inmediatamente por un periodo inferior a diez días, debiéndolo notificar también a la Comisión y a los demás Estados miembros.

Esta nueva regulación permite apreciar las tensiones implicadas en la aprobación del Paquete de Gobernanza Schengen entre la comunitarización y el intergubernamentalismo. Si bien es cierto que el nuevo reglamento regula con mayor claridad las cuestiones relativas a la reintroducción de controles internos, está lejos de las intenciones iniciales de la Comisión.

Entre sus principales innovaciones cabe destacar una cierta comunitarización del procedimiento, que permite, entre otros aspectos, el control político por parte del Parlamento Europeo, anteriormente completamente ajeno al proceso. Igualmente, el Estado miembro en cuestión que quiera reintroducir sus fronteras, habrá de informar de todas las razones que motiven la amenaza al orden público o a la seguridad nacional de la que se trate, justificando las exigencias de necesidad y de proporcionalidad. Pese a que el dictamen de la Comisión o de los Estados miembros sigue sin ser vinculante –lo cual no deja de cobrar cierto sentido a la luz de la cláusula de soberanía del artículo 72 TFUE– tanto la Comisión como los Estados miembros podrán interponer un recurso por incumplimiento ante el TJUE si consideran que las exigencias de necesidad y de proporcionalidad no se han respetado por los Estados. El resultado de esta reforma es, por tanto, una comunitarización del procedimiento de adopción de una decisión nacional que lleva al establecimiento de un procedimiento específico en el seno de la Unión.

Por otro lado, es destacable la posibilidad de reintroducir controles vinculados a las deficiencias sistémicas en los controles de fronteras externos que pongan en riesgo el funcionamiento del sistema Schengen. Esta posibilidad constituye una novedad en el nuevo reglamento, vinculada al Reglamento n.º 1053/2013 por el que se establece el mecanismo de evaluación Schengen.

Soledad RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca
soledadrst@usal.es

Reglamento (UE) n.º 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur) [DOUE L 295, 6-XI-2013]

Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur)

El Reglamento Eurosur establece un marco común para el intercambio de información entre los Estados miembros de la UE y la agencia Frontex con el objetivo de mejorar el conocimiento de la situación y aumentar la capacidad de reacción en las fronteras exteriores de los Estados miembros a la hora de prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza. Eurosur se enmarca en el contexto de la creación gradual de un modelo europeo de gestión integrada de fronteras que está tratando de desarrollar la UE desde hace varios años. Cuando la Comisión propuso la creación del sistema Eurosur en 2008, se señaló que la vigilancia de las fronteras en la UE se enfrenta a los siguientes problemas: insuficiencia de la cooperación entre las propias agencias a escala nacional, insuficiencia del intercambio de información entre Estados miembros, insuficiencia de la cooperación con terceros países vecinos e insuficiencia del conocimiento de la situación en el ámbito marítimo (COM (2013)197 final). Estos son precisamente los retos a los que trata de proporcionar una respuesta el sistema Eurosur.

La puesta en marcha de Eurosur debería mejorar la capacidad operativa y técnica de Frontex y de los Estados miembros para detectar las embarcaciones pequeñas y la capacidad de reacción de los Estados miembros, lo que contribuiría a evitar tragedias como la ocurrida en las aguas próximas a la isla italiana de Lampedusa a finales de 2013. Se ha tener en cuenta que el sistema Eurosur se aplica a la vigilancia de las fronteras exteriores marítimas y terrestres. Sin embargo, el propio Reglamento no excluye la posibilidad de su aplicación a la vigilancia de las fronteras aéreas si los Estados miembros facilitan voluntariamente la información correspondiente a Eurosur. Es lógico que Eurosur se centre en las fronteras marítimas y terrestres, ya que la gestión de las fronteras aéreas presenta una menor complejidad.

El sistema Eurosur se compone de los siguientes elementos: centros nacionales de coordinación, mapas de situación nacionales, red de comunicaciones, mapa de situación europeo, mapa común de información prefronteriza y aplicación común de los instrumentos de vigilancia. En primer lugar, a los centros nacionales de coordinación se atribuye la función de coordinar e intercambiar la información entre las autoridades nacionales que tengan responsabilidades en la vigilancia de las fronteras exteriores, así como con los centros nacionales de otros Estados miembros y con Frontex. Por lo tanto, los centros nacionales de coordinación son los puntos de contacto con las autoridades de otros Estados miembros y con Frontex. La labor fundamental que se encomienda a los centros nacionales de coordinación en el marco de Eurosur es mantener un mapa de situación de sus fronteras exteriores que ofrezca una información precisa tanto en relación con los datos relativos a cruces no autorizados, delincuencia transfronteriza y situaciones de crisis como a nivel operativo y de análisis de riesgos.

En segundo lugar, el establecimiento de una red de comunicación permite el intercambio de información de forma constante entre los centros nacionales de coordinación. Corresponde a Frontex establecer y gestionar la red de comunicación. En tercer lugar, otro de los elementos esenciales de Eurosur es el mapa de situación europeo, que proporciona a los centros nacionales de coordinación información y análisis precisos y efectivos sobre la situación de las fronteras europeas. En cuarto lugar, Frontex ha de establecer un mapa común de información prefronteriza. Por último, el sistema Eurosur se completa con la aplicación común de los instrumentos de vigilancia que combinará, entre otras cosas, imágenes por satélite con la información procedente de sistemas de indicación de la posición de los barcos.

El sistema Eurosur es aplicable a partir del 2 de diciembre de 2013 a los dieciocho Estados miembros situados en las fronteras meridionales y orientales. El resto de Estados miembros han de crear sus respectivos centros nacionales de coordinación a partir del 1 de diciembre de 2014. El Reglamento Eurosur no resulta vinculante para el Reino Unido ni para Irlanda porque constituye un desarrollo de disposiciones del acervo Schengen en las que estos países no participan. Igualmente, Dinamarca disfruta de un régimen jurídico particular en relación con el acervo Schengen en virtud de los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 22 anejo al TUE y al TFUE, por lo que el Reglamento no le resulta aplicable. En cambio, Eurosur resulta aplicable a Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein, ya que este grupo de países están asociados al desarrollo del acervo Schengen.

En el Reglamento Eurosur se incluyen disposiciones sobre la cooperación con terceros países vecinos. El intercambio de información y la cooperación permanentes con este grupo de países, en particular en la región del Mediterráneo, son esenciales para hacer frente a los retos que presenta la gestión de las fronteras europeas y, en particular, la lucha contra la inmigración ilegal. Igualmente, se prevé que la agencia debe cooperar con el Servicio Europeo de Acción Exterior con el objetivo de lograr que la información incluida en Eurosur sea lo más completa y este lo más actualizada posible, especialmente en relación con la situación en terceros países.

En conclusión, la idea fundamental que subyace detrás de la creación de Eurosur es mejorar la capacidad analítica de la situación, así como la capacidad de reacción y respuesta, facilitando el despliegue de medios necesarios de forma más rápida *in situ* y reforzar la cooperación entre los Estados miembros, que siguen siendo los responsables de gestionar sus fronteras. En el Reglamento Eurosur se presta especial atención a la obligación de respetar los derechos fundamentales por los Estados miembros y Frontex, de los que constituye la referencia fundamental la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Juan SANTOS VARA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca
savajuan@usal.es

Reglamento (UE) n.º 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen [DOUE L 295, 6-XI-2013]

Verificación de aplicación del acervo Schengen

El presente reglamento, al igual que los dos anteriores que han sido objeto de comentario en este número, forma parte del Paquete de Gobernanza Schengen adoptado en 2013 por el Parlamento Europeo y el Consejo, tras una serie de disputas interinstitucionales derivadas del proceso de comunitarización progresiva de una política anteriormente intergubernamental. Como se ha señalado anteriormente, la llegada de oleadas masivas de inmigrantes tunecinos a la isla de Lampedusa y la consiguiente concesión de permisos de residencia por parte del Gobierno Italiano desencadenó una crisis en el seno de la UE que llevó a un impulso conjunto por parte de Italia y Francia para la reforma del sistema Schengen.

Del mismo modo, tanto el Programa de La Haya como el Programa de Estocolmo consideraban la evaluación del acervo Schengen como un elemento de vital importancia, en el cual la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Frontex) habría de cobrar un rol destacado. Por lo tanto, este reglamento revisa y deroga la Decisión de 16 de septiembre de 1998, que habría surgido como fruto de la cooperación intergubernamental en el marco de Schengen.

El nuevo mecanismo se caracteriza por el nuevo rol que adopta la Comisión en el proceso de evaluación. Por otro lado, mejora considerablemente el mecanismo de evaluación existente desde 1998. Mientras que previamente el control del mecanismo de evaluación estaba en manos de los Estados miembros, con la nueva regulación, la Comisión adopta un rol especial, puesto que en el nuevo Reglamento la Comisión y los Estados miembros son responsables conjuntamente de la aplicación del mecanismo de evaluación y seguimiento (artículo 3). Dentro de este marco de responsabilidad conjunta, la Comisión desempeña una función de coordinación general de los programas de evaluación, tanto anuales como plurianuales, de la preparación de los cuestionarios y la elaboración de informes y recomendaciones.

Para la elaboración de los programas de evaluación plurianuales, la Comisión consultará, si procede, a Frontex y a Europol. En él se fijarán los Estados que serán evaluados durante el siguiente período de cinco años (artículo 5). Por otro lado, el programa anual se elaborará sobre la base del análisis de riesgos elaborado por Frontex e incluirá propuestas para la evaluación de la aplicación del acervo Schengen o partes del mismo en un Estado miembro o evaluaciones temáticas en varios Estados miembros

(artículo 6). La Comisión elaborará estos programas mediante actos de ejecución que remitirá al Parlamento Europeo y al Consejo. Además del análisis de riesgos presentado por Frontex, la Comisión podrá emplear otros análisis presentados por otros.

El contenido de las evaluaciones podrá comprender cualquier aspecto del acervo Schengen (artículo 4) y podrán consistir en cuestionarios y en visitas in situ precedidas por un cuestionario, con o sin previo aviso. Los cuestionarios serán elaborados por la Comisión en estrecha cooperación con los Estados miembros, pudiendo consultar a Frontex y a Europol sobre los mismos y debiendo informar de ello al Parlamento Europeo. Además, el Parlamento Europeo cobra un rol más importante dado que, en caso de que lo solicite, la Comisión estará obligada a informarle del contenido de una respuesta determinada (artículo 9). Ello tiene sentido, por otra parte, en virtud del principio de cooperación leal que rige igualmente las relaciones entre las instituciones (artículo 13 TUE).

Esta cooperación entre los Estados miembros, que se resisten a perder sus competencias en esta materia, y la Comisión, fruto de la progresiva comunitarización, se percibe igualmente en el nombramiento de equipos responsables de las visitas in situ (artículo 10), que estarán compuestos tanto por expertos nombrados por los Estados miembros, como por representantes de la Comisión. No obstante, el número máximo de representantes de la Comisión es bastante inferior al de los Estados (dos frente a ocho). La Comisión y el Parlamento garantizarán su formación adecuada (artículo 12).

Tras la evaluación mediante visitas in situ o mediante cuestionarios, los expertos de los Estados miembros y de la Comisión redactarán un informe de evaluación que podrá calificar la situación como «conforme», «conforme pero necesita mejorar» o «no conforme». El proyecto de informe se enviará a los Estados miembros para que puedan presentar observaciones y posteriormente se adoptará como un acto de ejecución (artículo 14). Sobre la base de este informe, la Comisión presentará al Consejo una propuesta para la adopción de recomendaciones dirigidas a subsanar las deficiencias encontradas. Estas serán adoptadas por el Consejo y serán remitidas al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. Este punto demuestra el mantenimiento de un cierto carácter intergubernamental, puesto que los Estados en el seno del Consejo son quienes finalmente adoptan una decisión en cuya propuesta, además, han participado los expertos nombrados por ellos (artículo 15). Asimismo, el rol del Parlamento Europeo es bastante limitado. No obstante, al tratarse de actos de ejecución, tiene cierto sentido que se reserve al poder ejecutivo.

Tras la recepción de estas recomendaciones, el Estado habrá de remitir en un plazo de tres meses un plan de acción para la subsanación de cualquier deficiencia a la Comisión y al Consejo. La Comisión posteriormente presentará su evaluación sobre la adecuación del plan de acción. El Estado habrá de informar sobre su ejecución en un plazo de seis meses, o de tres si las recomendaciones demuestran deficiencias graves. Según la gravedad de las mismas, la Comisión podrá programar nuevas

visitas in situ. Cuando estas revelen deficiencias graves que puedan constituir una amenaza grave para el orden público o la seguridad interna del espacio sin controles fronterizos interiores, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo. La existencia de estas deficiencias graves puede, según lo establecido en el Reglamento n.º 1051/2013, conducir al restablecimiento de las fronteras interiores. No obstante, los requisitos establecidos en el artículo 26 de dicho Reglamento son tan estrictos que la aplicación puede resultar prácticamente imposible. Ello no parece, por otro lado, descabellado, teniendo en cuenta que la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales del mercado interior de la UE y toda excepción a las mismas debe interpretarse de forma restrictiva.

Soledad RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca
soledadrst@usal.es

Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») [DOUE L 354, 28-XII-2013]

Reconocimiento de cualificaciones profesionales

El 28 de diciembre de 2013 el *Diario Oficial de la Unión Europea* publicó la Directiva 2013/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Su Considerando número 3 establece que:

[...] los notarios nombrados mediante un acto oficial de la Administración deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36/CE habida cuenta de los diferentes regímenes específicos aplicables en cada Estado miembro para acceder a dicha profesión y ejercerla.

[...] Y, en consecuencia, su artículo 1 añade un párrafo cuarto al artículo 2 de la Directiva 2005/36, a cuyo tenor,

[...] la presente Directiva no se aplicará a los notarios nombrados mediante un acto oficial de la Administración...

Llama la atención la especial previsión que contiene la Directiva 2005/36, en su reforma reciente llevada a cabo por la Directiva 2013/55 (*la Directiva de Cualificaciones*), en paralelo a la línea anteriormente trazada por la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el Mercado Interior (*la Directiva de Servicios*), en el sentido de excluir al notario de sus respectivos ámbitos de aplicación. Y, efectivamente, resulta llamativa tal exclusión en la medida en que ello revela una concepción o *noción* comunitaria de la función notarial de tipo latino-germánico: de un lado, como vinculada al poder público de cada Estado miembro y, de otro, me atrevería a apuntar, en cuanto al papel que las instituciones y los ciudadanos esperan del notario europeo y que éste está llamado a desempeñar, como protagonista cualificado de la creación de un Espacio Europeo de Justicia, en el sentido proclamado por el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999.

Las Directivas de Cualificaciones y de Servicios se dictan para reforzar el mercado interior favoreciendo la libre circulación y el libre establecimiento de trabajadores y profesionales y, en esa dirección, desarrollan los principios establecidos por los actuales artículos 45 y 49 TFUE. Por ello, la exclusión de los notarios respecto de su ámbito de aplicación no es inocente y suscita una vez más la cuestión relativa al estatuto del notario –y de su obra, el instrumento público (*acte authentique*)– en el derecho comunitario,

fundamentalmente en cuanto a la relación de la función notarial con el ejercicio del poder público y con la consecución de fines de interés general aptos para legitimar desde un criterio de proporcionalidad restricciones al derecho al libre establecimiento, en los términos del artículo 51 TFUE.

Si bien el Tribunal de Justicia en sus Sentencias de 24 de mayo y de 1 de diciembre de 2011 –dictadas en los procedimientos por incumplimiento seguidos por la Comisión contra Bélgica, Francia, Alemania, Austria, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Holanda– resolvió que no es compatible con los artículos 49 y 51 TFUE la exigencia del requisito de nacionalidad para ejercer como notario en un Estado miembro, entendió simultáneamente que la función notarial persigue fines de interés general conducentes a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos jurídico-privados de naturaleza personal, patrimonial y familiar, lo cual justifica que cada Estado miembro, proporcionalmente, pueda establecer restricciones en materia de organización del notariado, condiciones de acceso a la profesión, limitación de número de notarios y competencias territoriales o remuneración de estos funcionarios y profesionales del derecho.

La Comisión Europea ha venido entendiendo que la realización del Mercado Interior demanda una plena liberalización de los servicios profesionales, entre los que, a su juicio, han de comprenderse los prestados por los notarios, profesionales del derecho que desarrollan una actividad económica. En ese sentido, el *Informe sobre la competencia en los servicios profesionales*, de febrero de 2004 (conocido como *Informe Monti*) y, en lo que toca a este breve comentario, el Considerando número 7 de la misma Propuesta de Directiva modificativa de la Directiva de Cualificaciones, de 19 de diciembre de 2011 (COM(2011)883 final), dirigido a incluir a los notarios en el ámbito de aplicación de la Directiva reformada.

El Parlamento Europeo, por su parte, desde un criterio diametralmente opuesto, desvió en este punto la iniciativa de la Comisión en su séptima enmienda, aprobada en primera lectura el 13 de febrero de 2013 –y que trae causa de sus propias Resoluciones sobre la función notarial en el derecho de la Unión, de 18 de enero de 1994, de 23 de marzo de 2006 y de 18 de diciembre de 2008–, pronunciándose en los siguientes términos, cuyo sentido prevaleció en el texto final, a saber:

[...] Por lo que se refiere a los notarios, en el caso de solicitudes de reconocimiento de establecimiento, los Estados miembros, al haber abolido la cláusula de nacionalidad, deben tener la facultad de exigir la prueba de aptitud y/o el período de adaptación necesarios a fin de evitar cualquier discriminación en los procedimientos nacionales de selección y nombramiento. Las medidas de compensación no deben eximir al solicitante de cumplir las demás normas nacionales existentes, en particular cualquier requisito impuesto por los procedimientos de selección y nombramiento para el cargo de notario en el Estado miembro de acogida. Dada su función especial de funcionarios públicos,

designados mediante un acto oficial de la Administración de los Estados miembros en su territorio nacional para desempeñar un cargo público, consistente en particular en garantizar la legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares en el marco de la Administración de Justicia, y al ser jurídicamente independientes, imparciales y estar obligados a ejercer su actividad en el territorio en el que fueron nombrados, los notarios no deben poder establecerse en más de un Estado miembro. Además, no deben aplicarse a los notarios las disposiciones de la presente Directiva sobre la libre prestación de servicios dado que, como funcionarios públicos, solo tienen competencia en el territorio del Estado miembro en el que se hallan establecidos [...].

El Parlamento Europeo, secundado por el Consejo, a través de esta reforma de la Directiva de Cualificaciones, consolida, en consecuencia, su parecer sobre el estatuto comunitario de la profesión notarial, en tanto que vinculada al ejercicio del poder público, subrayando, como notas comunes del notariado en los Estados miembros: (i) la delegación parcial de soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad y seguridad jurídica preventivas de los contratos y de las pruebas; y (ii) el ejercicio independiente e imparcial en el marco de un cargo público, articulado como profesión liberal sometida al control de Estado.

La ubicación del notario extramuros del ámbito de aplicación de la Directiva de Cualificaciones y la noción comunitaria del estatuto del notario que ello comporta son coherentes con un concepto de documento público (*acte authentique*) acuñado jurisprudencial y legislativamente como noción autónoma del derecho de la Unión.

Esta noción está basada en los criterios de autoridad pública, autenticidad de contenido y fuerza ejecutoria, y se halla tipificada:

- (i) jurisprudencialmente, a partir de la STJUE de 17 de junio de 1999, Asunto C-260/97, *Unibank A/S contra Fleming G. Christensen*, secundada por la posterior STJUE de 25 de junio de 2009, Asunto C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*; y
- (ii) legislativamente, ocupándose varios textos comunitarios del documento auténtico como concepto incorporado al *acquis communautaire*, significadamente, el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; el Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Reglamento (CE)

805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, 21 de abril, sobre el Título Ejecutivo Europeo, o el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, en materia de sucesiones *mortis causa* y creación de un certificado sucesorio europeo.

El documento público notarial adquiere, como puede constatarse, carta de naturaleza como instrumento documental válido y jurídicamente privilegiado para el derecho comunitario en el marco de un espacio de justicia europea, con la especial relevancia que ello tiene para la protección del consumidor. Y, por ello, debe ser bienvenida la exclusión del notario –su autor– del ámbito de aplicación de la Directiva de Cualificaciones, en cuanto profesional del derecho que desempeña una función pública dirigida a la consecución y garantía de los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

José-María GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ
Notario
Ll. M. Collège d'Europe, Brujas

Decisión nº 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» [DOUE L 354, 28-XII-2013]

Medio ambiente

Los Programas Ambientales son uno de los ejes esenciales de la Política Ambiental de la Unión Europea, orientando la misma desde los años setenta del pasado siglo. El vigente [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), regula la Política Ambiental de la Unión (arts. 191 a 193) como un ámbito de competencias compartido, previendo los Programas Ambientales al establecerse (art. 192-2º) que el Parlamento Europeo y el Consejo, consultando al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán «programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse», y añadiendo que las medidas necesarias para su ejecución se adoptarán de conformidad con los procedimientos establecidos (ordinario o especial, según los casos).

Iniciada su preparación en 2010, la Comisión presentó la [Propuesta del VII Programa Ambiental el 29 de Noviembre de 2012](#) [ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. «Nueva etapa en la Política Ambiental de la Unión Europea: el Séptimo Programa (2013-2020)», *Actualidad Administrativa*, n.º 3/2013, y «[El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea, 2013-2020](#)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 41-42/2013; siendo finalmente aprobado el 20 de noviembre de 2013.

En base al art. 192-3º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Decisión n.º 1386/2013/UE, citada aprueba el Programa General de Medio Ambiente de la Unión para el período que finaliza el 31 de Diciembre de 2020, y que se incluye completo en el Anexo (con el título de «VII Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020») [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ. «El VII Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020), publicado el 28 de diciembre de 2013: una nueva visión medioambiental del futuro», *La Ley-Unión Europea*, n.º 12, febrero, 2014].

El art. 2 de la Decisión establece los objetivos prioritarios del VII PAM y los principios del mismo. Los objetivos prioritarios del Programa, sobre los que se estructura el mismo, son proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión; convertir la Unión en una economía hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva; proteger a los ciudadanos de la Unión frente a las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar; maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión mejorando su aplicación; mejorar la base de conocimientos e de información de la política de medio ambiente; asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y abordar las externalidades medioambientales; intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre

políticas; aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión, y reforzar la eficacia de la Unión a la hora de afrontar los desafíos medioambientales y climáticos a nivel internacional. Por otra parte, la base del Programa son los principios de cautela, de acción preventiva, de corrección de la contaminación en su origen y de quien contamina paga; y además, contribuirá a un nivel elevado de protección del medio ambiente y a la mejora de la calidad de vida y el bienestar de los ciudadanos. Por lo demás, todas las medidas, actuaciones y metas del Programa se han de proponer y aplicar según los principios de una normativa inteligente y, cuando resulte apropiado, se someterán a una evaluación de impacto completa.

El art. 3 de la Decisión prevé que la Unión y sus Estados Miembros serán responsables de la consecución de los objetivos prioritarios establecidos en el Programa; y que se actuará teniendo en cuenta los principios de atribución, subsidiariedad y de proporcionalidad. Asimismo, y como es habitual en la Unión, se prevé que las Autoridades públicas a todos los niveles trabajen con las empresas y los interlocutores sociales, la sociedad civil y los ciudadanos en la aplicación del Programa.

El art. 4, que no se incluía en la propuesta de Decisión sino en el propio Programa, establece que la Comisión velará por que se efectúe un seguimiento de la aplicación del Programa, en el contexto de seguimiento de la Estrategia Europa 2020 y sobre la base de los indicadores de la Agencia Europea de Medio Ambiente, y que realizará una evaluación del mismo antes de finalizar el mismo. Teniendo en cuenta dicha evaluación y de otros avances, la Comisión presentará en su caso una propuesta de VIII Programa en el momento oportuno con el fin de evitar un vacío entre ambos.

Finalmente, el art. 5 prevé que la Decisión entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (producida el 28 de diciembre de 2013).

El VII Programa General de la Unión en materia de Medio Ambiente se incluye, materialmente, como Anexo de la Decisión, y tiene una nueva estructura, articulada en 106 puntos, integrada por el programa de acciones hasta 2020 y varias partes relativas a las prioridades temáticas, al marco instrumental y a responder a los desafíos locales, regionales y mundiales, pero (y quizás esto sea lo más innovador de la estructura), de forma integrada y coherente, el Programa integra al mismo tiempo los nueve objetivos prioritarios señalados en el art. 2 de la Decisión, y que constituyen el armazón sustantivo del mismo.

La parte dedicada a las «Prioridades temáticas» incluye, en primer término, el Objetivo prioritario n.º 1, relativo a proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión, que parte de la idea (adecuada, sin duda) de que «el bienestar y la prosperidad económica de la Unión se sustentan en su capital natural es decir, su biodiversidad, incluidos los ecosistemas, que proporcionan bienes y servicios esenciales, como unos suelos fértiles y unos bosques multifuncionales, unas tierras y unos mares productivos, agua dulce y aire limpio, así como la polinización, el control de las inundaciones,

la regulación climática y la protección contra catástrofes naturales»; estando dirigida a la conservación y mejora del mismo una parte esencial de la legislación ambiental europea, como las normas en materia de aguas, tanto continentales como marinas, calidad del aire, aves, hábitats o inundaciones; si bien también son importantes para esta finalidad la legislación relativa al cambio climático, productos químicos, emisiones industriales y residuos, al reducir las presiones sobre el suelo y la biodiversidad, incluidos ecosistemas, así como reducir la pérdida de nutrientes.

El Objetivo prioritario n.º 2 es el relativo a convertir a la Unión Europea en una economía hipocarbónica, que sea eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva, que pretenda, de acuerdo con la [Estrategia Europa 2020](#), avanzar hacia el crecimiento sostenible desarrollando una economía hipocarbónica y respaldar la transición hacia una economía que sea eficiente en su modo de utilizar los recursos, que disocie completamente el crecimiento económico del uso de los mismos y de la energía y de sus impactos ambientales, que reduzca las emisiones de gases de efecto invernadero, que refuerce la competitividad a través de la eficiencia y la innovación y que promueva una mayor seguridad energética y de los recursos.

El Objetivo n.º 3 del Programa es el relativo a proteger a los ciudadanos de la Unión de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar, resalta los beneficios de la legislación ambiental europea, si bien se afirma que la contaminación del aire y del agua y los productos químicos siguen siendo objeto de preocupación.

La tercera parte del VII Programa está dedicada al «Marco instrumental», iniciándose con el Objetivo prioritario n.º 4 relativo a maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión, que resalta precisamente los beneficios de una aplicación efectiva de la legislación ambiental, aunque también reconoce que los costes por la inaplicación son elevados; surgiendo por ello la necesidad de un sistema eficaz y viable de equilibrio y control de poderes a nivel nacional que contribuya a identificar y resolver problemas de ejecución, así como de medidas para impedir que surjan.

El Objetivo prioritario n.º 5 es el relativo a mejorar la base de conocimientos e información de la política de la Unión de medio ambiente, y seguidamente el Objetivo prioritario n.º 6 del Programa es el relativo a asegurar inversiones para la política en materia de clima y medio ambiente y abordar las externalidades medioambientales, ya que los esfuerzos necesarios para realizar los objetivos del Programa requerirán unas inversiones adecuadas de fuentes públicas y privadas, y, aunque varios países se enfrentan graves problemas económicos y financieros, la necesidad de emprender reformas económicas y reducir la deuda pública abre nuevas oportunidades para avanzar hacia una economía hipocarbónica en la que se haga un uso más eficiente, seguro y sostenible de los recursos; aunque en algunos sectores no es fácil por la falta de señales de precios. Además, se estima necesario abordar adecuadamente las externalidades ambientales, y adoptando medidas, animar al sector privado a utilizar el

marco financiero europeo para tomar medidas, y utilizar todos los instrumentos financieros del Marco 2014-2020.

El último objetivo de esta parte del Programa es el Objetivo prioritario n.º 7, relativo a intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas, que parte de considerar que la consecución de muchos de los objetivos prioritarios del propio Programa requerirá una integración mucho más efectiva de las consideraciones medioambientales y climáticas en otras políticas, así como planteamientos políticos conjuntos y más coherentes que aporten beneficios múltiples.

La cuarta parte del VII Programa Ambiental hace referencia a «Responder a desafíos locales, regionales y mundiales», iniciándose con el Objetivo prioritario n.º 8, relativo a aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión, para lo que se estima que en 2020 la mayoría ya estén aplicando políticas de ordenación y diseño sostenibles del espacio urbano, para lo que será necesario determinar y acordar un conjunto de criterios para evaluar el comportamiento ambiental de las ciudades, teniendo en cuenta los impactos económicos, territoriales y sociales, garantizar que las mismas dispongan de información sobre la financiación de medidas para mejorar su sostenibilidad urbana, y que tengan acceso a tales fondos, compartir las mejores prácticas sobre desarrollo urbano innovador y sostenible, y desarrollar y promover una idea común sobre la manera de contribuir a la consecución de mejores entornos urbanos, prestando atención a la integración del urbanismo con los objetivos del Programa.

Finalmente, esta parte, y el Programa, termina con el Objetivo prioritario n.º 9, relativo a reforzar la eficacia de la UE a la hora de afrontar los desafíos medioambientales y climáticos a nivel internacional, que garantiza que, en 2020, se hayan integrado plenamente las conclusiones de la Cumbre Río+20 en las políticas exteriores de la Unión, y la misma contribuya efectivamente a los esfuerzos mundiales por aplicar compromisos acordados, incluidos los Convenios de Río; que la Unión esté apoyando efectivamente los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales para resolver los problemas ambientales y climáticos, y garantizar un desarrollo sostenible, y se haya reducido el impacto del consumo de la Unión en el medio ambiente de fuera de sus fronteras.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA
(JULIO-DICIEMBRE 2013)

COORDINADORA:

Antonia DURÁN AYAGO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación:

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mario HERNÁNDEZ RAMOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL

Javier LASO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

Lourdes RUANO ESPINA
Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

Juan SANTOS VARA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Estrella TORAL LARA
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL

ADMINISTRATIVO

1. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª\), de 30 de julio de 2013](#) (ROJ STS 4381/2013) - LA IMPORTANCIA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA, por Juan José RASTROLLO SUÁREZ.

CIVIL

2. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\) 413/2013, de 25 de junio](#) (ROJ STS 3609/2013) - ADMINISTRADORES SOCIALES. INDEMNIZACIÓN POR CESE DE CONSEJERO DELEGADO POR DESISTIMIENTO DEL EMPRESARIO. INTERPRETACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE LA CADUCIDAD DEL CARGO DEL ADMINISTRADOR, por José Ramón GARCÍA VICENTE.
3. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil\), de 6 de septiembre de 2013](#) (ROJ STS 4494/2013) - DISFUNCIONES DERIVADAS DE LOS DISTINTOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA (CATALUÑA), por Esther TORRELLES TORREA.
4. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), de 17 de septiembre de 2013](#) (ROJ STS 4812/2013) - COMPRAVENTA DE INMUEBLES. PERFECCIÓN. CARÁCTER RECEPTIVO DE REVOCACIÓN DE LA OFERTA. CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. MOTIVACIÓN. PRUEBA, por Eva M.ª MARTÍNEZ GALLEGO.

ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

5. [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 207/2013, de 5 de diciembre](#) [BOE n.º 7, de 8-I-2014] - INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY FORAL DE NAVARRA 10/2013, DE 12 DE MARZO, POR LIMITAR LA EXENCIÓN DEL IBI DE LOS INMUEBLES DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EXCLUSIVAMENTE A LOCALES DESTINADOS AL CULTO, por María CEBRIÁ GARCÍA.

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

6. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª\), de 1 de julio de 2013](#) (ROJ STS 3897/2013) - TARIFA POR SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA: DETERMINACIÓN COMO TASA LOCAL Y FALTA DE COMPETENCIA POR LAS CC. AA. PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA, por Marcos IGLESIAS CARIDAD.
7. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2013, asunto C-189/11, Caso Comisión contra España](#) - EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS AGENCIAS DE VIAJES EN LA LEY DEL IVA ESPAÑOLA, por Marcos IGLESIAS CARIDAD.

INTERNACIONAL PRIVADO

8. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12 \(Pinckney\)](#) - DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE SEGÚN EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO (CE) 44/2001 EN CASOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR A TRAVÉS DE INTERNET, por Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.
9. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12 \(Emrek y Sabranovic\)](#) - CONTRATACIÓN A DISTANCIA, FUERO ESPECIAL DE LOS CONSUMIDORES, por Alberto ZÚÑIGA COTOBAL.

MERCANTIL

10. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), de 5 de septiembre de 2013](#) (ROJ STS 4978/2013) - SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS CUOTAS IMPAGADAS DE CONTRATO DE LEASING TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO (O LOS MISTERIOS DE LA INTERPRETACIÓN), por Fernando CARBAJO CASCÓN.
11. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), de 6 de septiembre de 2013](#) (ROJ STS 4926/2013) - APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CONSUMO DE LA NORMATIVA DE PRECIOS DE VENTA DE LIBROS Y DE COMPETENCIA DESLEAL, por Eva M.ª DOMÍNGUEZ PÉREZ.
12. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), n.º 633/2013, de 29 de octubre de 2013](#) (ROJ STS 5108/2013) - CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS POR DENUNCIA UNILATERAL DEL CONTRATO DE AGENCIA, por M.ª Mercedes CURTO POLO.

PENAL

13. [Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre](#) (ROJ SAP SE 3018/2013) y [Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo](#) (ROJ SJME OU 43/2013) - PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DELITO DENOMINADO *CHILD GROOMING*, por Lina Mariola DÍAZ CORTÉS.
14. [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Penal\), 780/2013, de 25 de octubre](#) (ROJ STS 5239/2013) - VALORACIÓN DE LA PRUEBA-TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, por Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ.

PROCESAL

15. [Sentencia de la Audiencia Provincial de León \(Sección 1.ª\), de 5 de septiembre de 2013](#) (ROJ AAAP LE 2/2013) - MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y TASAS JUDICIALES, por Federico BUENO DE MATA.
16. [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos \(n.º 42750/09\), de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España](#) - DOCTRINA PAROT, por Marta DEL POZO PÉREZ.

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

17. [Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre \[BOE n.º 267, de 7-XI-2013\]](#) - CONTROL EMPRESARIAL DE LA UTILIZACIÓN, POR PARTE DE LOS TRABAJADORES, DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA (CORREO ELECTRÓNICO). INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ARTÍCULO 18.1 CE) Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (ARTÍCULO 18.3 CE), por Jesús BAZ RODRÍGUEZ.
18. [Sentencia del Tribunal Constitucional \(Pleno\) 173/2013, de 10 de octubre de 2013 \[BOE n.º 267, de 7-XI-2013\]](#) - NULIDAD DE DECISIÓN EXTINTIVA EN PERÍODO DE PRUEBA DE CONTRATO DE TRABAJADORA EMBARAZADA, por Juan Pablo SEVERÍN CONCHA.

UNIÓN EUROPEA

19. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z \(asuntos C-199/12 a C-201/12\)](#) - CONDICIONES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL, por Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 30 de julio de 2013 (ROJ STS 4381/2013)

LA IMPORTANCIA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

La Sentencia 4381/2013 del Tribunal Supremo resuelve los recursos de casación interpuestos tanto por la Junta de Andalucía como por la Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de dicha Comunidad Autónoma contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. En esta resolución se estimó el recurso interpuesto por la Administración Estatal contra la Circular E-1/2008 de la Junta de Andalucía «Inscripción definitiva de instalaciones fotovoltaicas de producción de energía eléctrica en régimen especial».

En la Sentencia recurrida, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo había solicitado judicialmente (encontrando amparo a su petición) la nulidad de la norma, al entender que algunos aspectos de la misma (relativos a la regulación de la puesta en servicio e inscripción de las instalaciones fotovoltaicas y a la relación entre promotor de la instalación y gestor de la red) daban lugar a la causa de nulidad del artículo 62.2 de la [Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común](#) (LRJPAC), según el cual «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Concretamente, la Administración Estatal entendía que a través de la Circular se regulaban de forma innovadora y contraria a la normativa básica estatal determinadas circunstancias relativas a la puesta en servicio de la actividad. Concretamente, se contrariaban las determinaciones contenidas en los artículos 44 y 45 de la [Ley 6/2006 del Gobierno de Andalucía](#), al configurarse una Circular, una norma con rango reglamentario y con eficacia *ad intra* de la propia Administración como una verdadera disposición de carácter general, que además contradecía lo determinado por los artículos 9 y siguientes del [Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo](#), que regula la actividad de producción de energía eléctrica, relativos al registro de instalaciones de producción en régimen especial. La Circular andaluza, contradiciendo lo determinado por la normativa básica estatal, permite la entrada en funcionamiento de una instalación de forma previa a la inscripción en el Registro regulado en la normativa estatal.

La eficacia *ad extra* de la norma se refleja en muy diversos apartados de la misma, como después dejaría de manifiesto la Subdirección de Energía Eléctrica. El órgano

subrayó en este sentido el precepto de la norma que llegaba a establecer que «una vez realizada la solicitud por el promotor adjuntando la totalidad de la documentación necesaria, el acta de puesta en servicio de la instalación generadora se expedirá por las Delegaciones Provinciales, independientemente de la extensión o ampliación de las redes de distribución que se necesiten».

La Administración Autonómica y la Asociación, por su parte, alegaron que la Circular no es un acto susceptible de impugnación al poder asimilarse a las instrucciones y órdenes de servicio recogidas en el artículo 21 de la Ley 30/1992 LRJPAC. En contestación al posicionamiento mantenido por la Administración Central, la Junta de Andalucía, además, alegó su competencia en materia de autorización de instalaciones y desarrollo de procedimiento simplificado en orden a lo establecido por el artículo 5. 3 del propio Real Decreto 661/2007, según el cual «las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden desarrollar procedimientos simplificados para la autorización de instalaciones cuando éstas tengan una potencia instalada no superior a 100 kw».

En base al argumento de la Administración andaluza, la evacuación de la energía producida a la red es un derecho y nunca una obligación del productor, pudiéndose realizar la inscripción definitiva con independencia de la extensión o ampliación de las redes de distribución.

Pese a las posiciones mantenidas por la Administración Autonómica, el Informe del Subdirector de Energía Eléctrica presentado como prueba dejó de manifiesto que la norma no se corresponde con las instrucciones y órdenes de servicio, conteniendo preceptos que afectan a terceros, afectando a su situación jurídica al establecer una serie de condiciones para la puesta en servicio de las instalaciones y llegando, en última instancia, a incidir en la relación jurídica que mantienen promotor y gestor de la red de distribución al que el primero ha de conectarse.

El examen llevado a cabo por el Tribunal, en conexión con las posiciones mantenidas por la Administración Estatal y por el Informe del Subdirector de Energía Eléctrica, deja de manifiesto que la norma objeto de litigio excede del contenido característico de la Circular o Instrucción (o de las instrucciones y órdenes de servicio): se trata de una norma cuyo contenido denota un carácter general y que cuenta con una eficacia *ad extra* de la propia Administración, que la alejan de la categoría a la que las posiciones defendidas por la Administración andaluza la quieren asimilar. La competencia de la Junta de Andalucía está fuera de toda duda, sin embargo, se llevó a cabo un desarrollo de la misma no ajustado a la legalidad, ya que la materia hubo de regularse a través de una norma de superior rango, emanada del órgano competente para ello (lo cual asegura mayores garantías en el procedimiento de creación normativa) y siempre y cuando no se contrarie lo determinado por la normativa básica estatal.

Juan José RASTROLLO SUÁREZ
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
rastrollo@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 413/2013, de 25 de junio (ROJ STS 3609/2013)

ADMINISTRADORES SOCIALES. INDEMNIZACIÓN POR CESE DE CONSEJERO DELEGADO POR DESISTIMIENTO DEL EMPRESARIO. INTERPRETACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE LA CADUCIDAD DEL CARGO DEL ADMINISTRADOR

1. La sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, de 23 de marzo de 2011 y confirma la dictada en la instancia por el Juzgado de lo Mercantil, número 7.º, de Madrid, de 23 de marzo de 2009 (que condenó en costas pese a la estimación parcial de la demanda, artículo 394.2 LEC). Sustancialmente se pedía en la demanda, en virtud de la extinción (por desistimiento de la empresa) de un contrato de alta dirección, tres partidas: en primer término, las debidas por la llamada cláusula de blindaje (en rigor, una cláusula penal con función de liquidación anticipada del daño); en segundo lugar, la compensación en razón del pacto de no competencia; y, por último, el importe de los daños en que se cifraba el incumplimiento del plazo de preaviso pactado. Finalmente, el Tribunal Supremo (como hiciera el juzgado de instancia) condena a la sociedad demandada al pago de las dos primeras partidas. Como sucede con mucha frecuencia el Tribunal Supremo no admitió mediante el correspondiente auto el recurso extraordinario por infracción procesal. El ponente de la sentencia ha sido el Magistrado (y Doctor en Derecho) Ignacio Sancho Gargallo, que fuera durante largos años presidente de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona a la que, junto con la sección 28.ª de la de Madrid, debemos buena parte de nuestra incipiente cultura concursal. En la presente sentencia se consolidan, al menos, tres cuestiones que ya habían sido resueltas por el propio Tribunal Supremo y en su objeto principal (si procede o no el pago de la indemnización derivada de la cláusula de blindaje) expone el sentido último del artículo 130 LSA. Son las siguientes.

2. Reproduce la jurisprudencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo relativa a los casos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, en la que señala que «lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...» [SSTS (4.ª) de

26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777), 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 1182), 24 de mayo de 2011 y 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 1073)].

3. En segundo lugar, se pronuncia sobre la eventual superposición, desde las reglas del Derecho de sociedades, entre la condición de administrador y la de personal de alta dirección. Así señala: «Aunque en alguna ocasión hemos advertido que no puede negarse en todo caso la superposición de la relación societaria y de otra de carácter mercantil, respecto de la que no operarían las exigencias contenidas en el artículo 130 LSA, de constancia en los estatutos de la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre), en la práctica es muy difícil que se dé, porque la jurisprudencia de esta Sala exige que concurra un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa. Así la Sentencia 441/2007, de 24 de abril (RJ 2007, 2418), entiende que “para que, en tales supuestos, el artículo 130 no se aplique es necesario, sin embargo, que las facultades y funciones que fueron atribuidas... por vía contractual rebasen las propias de los administradores”–, lo que tropieza con el hecho de que las funciones de los administradores prácticamente son omnicomprensivas, como se desprende de la referencia al estándar de diligencia contenido en el artículo 127.1 LSA, aplicable al caso, el “de un ordenado empresario y de un representante leal” (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre). En cualquier caso, las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son propias del órgano de administración de la compañía, y respecto de su retribución estaban afectadas por las exigencias del artículo 130 LSA, y en la actualidad del artículo 217 LSC.

En el presente supuesto, como la Audiencia expresamente declara probado que el Sr. Gregorio no desempeñó servicios distintos a los inherentes a su condición de miembro del consejo de administración y consejero delegado, es claro que a la relación societaria no se superpuso ninguna otra relación mercantil que justificara una retribución ajena al sistema de retribución de los administradores sociales».

4. Por último aborda la validez de la cláusula de blindaje y su exigibilidad. Así afirma: «Como hemos recordado en otras ocasiones, “la normativa societaria tampoco impide las llamadas cláusulas de blindaje o paraguas dorados por las que se estipulan indemnizaciones por cese a favor de quien por tiempo indefinido desarrolla su actividad profesional por cuenta de otro, a fin facilitar su contratación y garantizar su estabilidad (...), aunque (...) tales cláusulas dificultan el ejercicio de la facultad de revocar *ad nutum* a los administradores” (Sentencias 1147/2007, de 31 de octubre y Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre).

La amplitud de la fórmula utilizada en el artículo 200 LSA, al regular el contenido de la memoria de las cuentas anuales (en su redacción anterior a la Ley 16/2007, de 4 de julio), cuando se refiere al “importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del consejo de administración, cualquiera que sea su causa...”, permite concluir, con una

interpretación sistemática, que tales indemnizaciones se someten al régimen de las retribuciones (Sentencias 893/2011, de 19 de diciembre de 2011, y 25/2012, de 10 de febrero [RJ 2012, 5279]). Como afirma la Sentencia 441/2007, de 24 abril (RJ 2007, 2418), el artículo 130 LSA no se refiere sólo a la contraprestación periódica prevista para el tiempo de ejecución de los servicios contractuales, sino a cualquier tipo de retribución y, a tal fin, se deja a los redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema (cantidad fija a pagar al principio o al final de la relación, sueldo, dietas de asistencia, participación en ganancias, combinación de esos sistemas...). Y, como sostiene la Sentencia 1147/2007, de 31 de octubre (RJ 2007, 6816), debe atenderse al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese».

En este caso, desde el momento en que los estatutos de la sociedad preveían el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, y el consejo de administración, en el que estaban representados los seis accionistas, a través de una comisión de retribuciones constituida al efecto, convino una determinada retribución para el Consejero delegado que acababan de *fichar*, que incluía no sólo una retribución mensual sino también una eventual indemnización (dos años de sueldo) para cuando cesara de prestar servicios a la sociedad por voluntad unilateral de esta última, no cabe entender contrariada la exigencia contenida en el artículo 130 LSA, que, en cualquier caso, como recuerda la jurisprudencia, no puede oponerse alejada de su finalidad de tutela y como fórmula para desvincularse de forma anómala de las obligaciones personalmente asumidas como válidas (Sentencia 893/2011, de 19 de diciembre de 2011, con cita de las anteriores 445/2001, de 9 de mayo, y 1147/2007, de 31 de octubre).

José Ramón GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
jrfix@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4494/2013)

DISFUNCIONES DERIVADAS DE LOS DISTINTOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA (CATALUÑA)

El Tribunal Supremo se enfrenta, una vez más, a un tema espinoso y arduo, no tanto por lo que dice (que es importante y relevante), sino por la trascendencia última que puede acarrear su doctrina. Con la sentencia afloran problemas de delimitación competencial.

El centro de atención de la sentencia es la discrepancia entre la aplicación del plazo de prescripción anual establecido en el artículo 7.1 del [RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor](#), y el plazo prescripción de tres años establecido en el artículo 121-21.d) del Código civil de Cataluña (en adelante CCCat) para el ejercicio de las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual. En la misma fecha el Tribunal Supremo dicta otra sentencia con el mismo contenido (STS 6 septiembre 2013 rec. 2173/2012).

El supuesto de hecho es el siguiente: un asegurado demanda al Consorcio de Compensación de Seguros reclamando la cantidad de 88.279,13 euros en concepto de indemnización por lesiones causadas por un accidente sufrido en marzo del 2006. El asegurado resbaló con su moto debido a una mancha de aceite que se encontraba en la vía debido al aceite desprendido de un vehículo desconocido.

El abogado del Estado se opuso a la demanda en nombre del Consorcio de Compensación de Seguros alegando la prescripción de la acción, cuyo plazo es de un año (artículo 7.1 Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor). El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Barcelona, en Sentencia de 16 de julio de 2010, desestimó la excepción de prescripción condenando a la entidad demandada a abonar la cantidad de 70.000 euros más intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. La Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1.ª), en sentencia de 20 de marzo de 2012, persiste en la desestimación de la demanda aunque deja sin efecto el pago del interés especial de demora, condenando al Consorcio sólo al abono del interés legal de la cantidad objeto de la condena desde la interpelación judicial. El Consorcio de Compensación de Seguros recurre en casación.

El TS estima el recurso y casa la sentencia anterior sentando como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «[en] el caso de que el perjudicado por un accidente de tráfico ocurrido en Cataluña ejerce acción directa contra la aseguradora del vehículo conducido por el responsable del accidente o, en su caso, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, de acuerdo con lo dispuesto por la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, el plazo de prescripción de dicha

acción es el de un año previsto en el artículo 7.1 de dicha Ley y no el de tres años a que se refiere el artículo 121-21-d) del Código Civil de Cataluña para las reclamaciones derivadas de culpa extracontractual».

Es un tema controvertido y la jurisprudencia existente no es uniforme al respecto. Existe discrepancia de criterios, unos tribunales se muestran favorables a la aplicación de la prescripción catalana de tres años y otros a favor de la aplicación de la legislación especial (en el caso, estatal) y la prescripción de un año. Los argumentos que acompañan a tales conclusiones se centran básicamente sobre dos puntales: como una cuestión constitucional, como es la competencia legislativa en un Estado plurilegislativo como es el nuestro; o en un tema de relación ley especial-ley general.

El fundamento de las sentencias a favor de la aplicación del plazo de prescripción de un año previsto en el art 7.1 del texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor se apoya en lo siguiente:

- Delimitación competencial: SAP Barcelona 12 de mayo de 2011 y SAP Barcelona 28 de marzo de 2011: focalizan la atención en el problema competencial. El conflicto se refiere a la normativa de seguros y los órganos legislativos catalanes no tiene competencia legislativa en Derecho mercantil por ser competencia exclusiva legislativa estatal (artículo 149.1.6 CE). En este sentido se alega que el Derecho estatal de seguros es de aplicación directa a Cataluña como sanciona la CE en materia mercantil.
- *Lex specialis derogat generali*: SAP Barcelona 30 de septiembre de 2009, en cambio, llega a la misma conclusión pero con argumentos distintos. No considera que estemos ante un tema de territorialidad de la norma sino de preferencia de la ley especial sobre la general. Manifiesta que el texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor es una ley especial, por lo que debe aplicarse dicha norma en tema de responsabilidad civil extracontractual. Además, es una ley de ámbito estatal por lo que se aplica a las CC. AA. entre ellas Cataluña. Y para no dejar cabos sueltos, trae a colación el artículo 111-4 CCCat según el cual «las disposiciones del presente Código constituyen el Derecho común en Cataluña y se aplican supletoriamente a las demás leyes».

En cambio, no faltan sentencias favorables a la aplicación del plazo prescriptivo de tres años previsto en el artículo 121-21 d) CCCat. Todas ellas se centran en el carácter de ley especial y general de la norma:

- SAP Tarragona 21 de junio de 2010: a pesar del carácter especial del texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aplica el plazo prescriptivo de tres años por ser un accidente ocurrido en Cataluña con una legislación expresa sobre la prescripción. Alega la eficacia

territorial del Derecho civil de Cataluña por lo que «debe aplicarse con carácter preferente a cualquiera otra normativa al estar expresamente regulado el instituto de la prescripción por dicho código, ex artículo 111-5». Observamos aquí que se usan los mismos argumentos que la sentencia anterior (ley especial frente ley general), pero con una interpretación opuesta.

- SAP Lleida 20 de mayo de 2010: aquí se huye del terreno resbaladizo del enfrentamiento entre ley especial y ley general reconduciendo el tema a la legislación del Código Civil. Califica la acción de la ley de responsabilidad civil igual que la genérica acción extracontractual del artículo 1902 Cc; no como una acción especial, a pesar de estar inserta en una Ley especial. Y, además, «los propios términos del artículo 121-21 d) que se refieren genéricamente a las pretensiones “derivadas” de responsabilidad extracontractual, abundan en la idea y propósito de extensión a todas las pretensiones que deriven de la citada responsabilidad, con base a los artículos 1902 y siguientes, que contemplan la de carácter general, o a la legislación sectorial que corresponda». Por tanto, se igualan las normas prescriptivas del Cc y el CCCat, dando preferencia a la catalana.
- SAP Girona 8 de noviembre de 2010: se apoya en la eficacia territorial de las normas. La regulación expresa de la materia en el CCCat desplaza las normas estatales, aunque se trate de una ley especial (ex artículos 111-3.1 CCCat y 13.2 Cc). Se afirma que no puede invadirse la regulación catalana «por normas que contemplan aspectos civiles con regulación concreta en el CCC, bajo el pretexto de que se trata de una ley especial, pues al margen de la naturaleza de dicha norma ha de ser de aplicación la legislación catalana mientras no se proclame el carácter básico de los preceptos (de todos o de alguno de ellos), para su aplicación indiscriminada a todo el territorio español».

Los esfuerzos de argumentación son loables tanto en uno como en otro sentido. Dos son los puntos de apoyo de las sentencias. Como advertíamos, o estamos ante un tema puramente constitucional y de distribución de competencias (primera de las sentencias citadas) o estamos ante la necesidad de dilucidar si estamos ante una norma general o especial con las consecuencias que ello conlleva (las restantes sentencias).

Lo curioso es que el principio *lex specialis derogat generali* adquiere un matiz poliédrico puesto que o bien se considera que es especial el Texto Refundido respecto de la ley general que sería el CCCat, y por eso resulta aplicable; o, a pesar de reconocer su carácter especial, el hecho de regularse expresamente la prescripción en Cataluña engloba cualquier supuesto.

El trasfondo de todo el asunto son los límites competenciales entre el Estado y las CC. AA. Y en este sentido la SAP Barcelona 12 mayo 2011 es convincente. El Texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a

motor es legislación mercantil y, como tal, competencia estatal (artículo 149.1.6 CE). Como argumenta el propio TS, la D. F. 1.^a del texto refundido afirma que «este texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6 y 149.1.14 a) de la Constitución», y el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil. Ni el artículo 148 ni el 149 CE otorgan a las CC. AA. ninguna competencia en el ámbito del Derecho mercantil. Por tanto, las normas del Texto Refundido regirían directamente en todo el territorio español sin que pueda operar el principio de territorialidad.

Con esta argumentación poco puede rebatirse. No existe conflicto de leyes en materia mercantil por la exclusividad competencial, por lo que el plazo de prescripción aplicable al caso sería el de un año previsto en el Texto Refundido.

La tesis de ley especial frente a ley general queda eclipsada ante la exclusividad competencial del Estado en materia mercantil. En fondo discutimos dos temas distintos, prescripción civil y mercantil.

La duda podría plantearse en el hipotético caso en que la regulación mercantil no dispusiera un plazo de prescripción expreso. En estos casos el artículo el 943 Cco advierte que «las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del Derecho común», por lo que nos remite al Código civil. Dado que la legislación catalana también regula los plazos de prescripción, ya no estaríamos ante un tema competencial de ámbitos distintos: civil-mercantil, sino ante un mismo plano: civil/estatal-civil/catalán. En estos supuestos sería aplicable el derecho que designara la norma de conflicto.

En todo caso, cabe advertir que la propuesta de reforma de Código de comercio en su artículo 712-1 manifiesta que «las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que se disponga otra cosa». La legislación mercantil dispondrá, pues, de un plazo de prescripción expreso, coincidente con la legislación catalana.

Esther TORRELLES TORREA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
etorrelles@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4812/2013)

COMPRAVENTA DE INMUEBLES. PERFECCIÓN. CARÁCTER RECEPTIVO DE REVOCACIÓN DE LA OFERTA. CLÁUSULA PENAL: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. MOTIVACIÓN. PRUEBA

Antecedentes de hecho

El caso enjuiciado se centra en determinar la existencia o no de un contrato de compraventa perfecto entre las partes, existiendo oferta con plazo de vigencia a 25 de abril, constando que ese mismo día la parte vendedora formaliza contrato de venta sobre el mismo objeto con tercero al estimar que dicho acto constituye revocación tácita de la oferta al no existir contrato perfecto, y ello habiendo recibido el propio día 25 de abril llamada del mandatario de la compradora aceptando las condiciones de la oferta. En el supuesto, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la existencia de un contrato perfecto y aplicaron la cláusula penal del mismo, otorgando una indemnización a la compradora de 300.000 euros por incumplimiento contractual.

Cuestiones jurídicas

De entre los distintos motivos del recurso extraordinario de casación, nos centramos expresamente en las cuestiones de fondo que tienen especial trascendencia jurídica.

En primer lugar, se alega infracción por inaplicación del artículo 1.262.1.º y 2.º del Código Civil así como la doctrina y jurisprudencia sobre el mismo en relación a la posibilidad de revocar la oferta en tanto en cuanto no sea aceptada. Así, la parte recurrente entiende que se produjo una revocación tácita de la oferta a través de la formalización de la venta con un tercero antes de la perfección del contrato, pues no hubo aceptación de la misma a la fecha.

A este respecto, es unánime la doctrina y jurisprudencia que entiende que toda oferta ha de tener un plazo mínimo de vigencia para que su destinatario pueda o no aceptarla, plazo que puede fijarlo el propio oferente en su propuesta y que, caso de no hacerlo, se ha de entender como un plazo «razonable» para que pueda recaer la aceptación. Pues bien, en el caso de autos, la propia parte recurrente señala que la oferta vencía el día 25 de abril. Con esta premisa y verificado de un lado, que es el propio día 25 cuando los vendedores formalizan venta con un tercero y que ese mismo día, el mandatario de la compradora efectúa llamada telefónica aceptando la oferta, la cuestión se centra en determinar si dicha llamada perfeccionó efectivamente el contrato y por tanto es aplicable su contenido, incluida la cláusula penal que se pretende, o, por el contrario, si la venta al tercero es realmente una revocación tácita de la oferta como se alega.

Debemos partir de que la oferta es una declaración de voluntad de carácter recepticio y por tanto precisa llegar a su destinatario para ser perfecta y desplegar total eficacia. Al tiempo, contamos con el principio general de revocabilidad de la oferta, es decir, es posible que cuando media un intervalo de tiempo entre la oferta y la aceptación, el promitente pueda desvincularse de su declaración de voluntad, con el fin de que el contrato no quede perfeccionado. En el caso que nos ocupa, existe un plazo de vigencia de la oferta fijado por la propia parte oferente, en concreto, hasta el 25 de abril, de forma que en principio el oferente no puede revocar la misma antes de que haya transcurrido dicho plazo (STS de 7 de marzo de 1968, RA 183). Sin embargo y pese a ello, la STS de 7 de junio de 1986 (RA 3296) es clara cuando afirma que se admite en todo caso que la oferta pueda ser revocada mientras el contrato no haya sido perfeccionado.

Así las cosas, la revocación, como nueva declaración de voluntad cuya finalidad es anular los efectos de una oferta ya perfecta, poner fin a la vigencia de la primitiva declaración de voluntad, no exige en principio ningún requisito especial. Ahora bien, la cuestión central es la determinación del momento en que dicha declaración revocatoria alcanza su plena eficacia. Como bien señala la Sala, la revocación de un acto recepticio es en sí misma recepticia. Pretender dar eficacia de revocación tácita de la oferta a la formalización de un contrato con un tercero que no conoce el eventual aceptante no puede ser estimado. De este modo, cuando el mandatario de la parte compradora llama a los vendedores aceptando las condiciones de la venta, se perfecciona el contrato, pues los vendedores no han dado a conocer a la otra parte antes de dicho instante la revocación de la oferta efectuada. Como señala el alto Tribunal, cuando se acepta la oferta, ésta no ha sido revocada eficazmente y, por lo tanto, el contrato es perfecto. Esta tesis es la mantenida por el artículo 16 Convenio de Viena de 1980 que establece el principio de revocabilidad de la oferta hasta que se perfeccione el contrato, añadiendo que para que la revocación sea efectiva precisa que llegue a su destinatario antes de que éste remita su aceptación.

En segundo lugar, se plantea la responsabilidad en la que pudieron incurrir los vendedores y que no puede ser estimada como responsabilidad in contrahendo –derivada de negociaciones entre las partes– sino contractual, al no cumplir los vendedores con las obligaciones derivadas de un contrato perfecto. Se afirma así que la responsabilidad no deriva de infracción de las reglas de la buena fe en las negociaciones del contrato sino «una responsabilidad contractual por infracción de las obligaciones que derivan del contrato perfeccionado por la aceptación de la oferta antes de la comunicación a la compradora de la revocación de tal oferta».

En tercer y último lugar, se resuelve en relación a la aplicación o no de la cláusula penal contenida en el contrato por la que la parte compradora tenía derecho a 300.000 euros tal y como estimó tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial.

Sobre ello, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de la interpretación restrictiva de las cláusulas penales al constituir una excepción al régimen normal de las obligaciones. Partiendo de ello y siendo necesario para la aplicación de la cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento de los vendedores que el contrato haya empezado a cumplirse, es decir, que hayan recibido parte del precio, dado que su pago se fraccionó, no puede sino estimarse la inaplicabilidad de la misma, estimándose que la interpretación extensiva que hace el Juzgado de primera Instancia contraviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que sólo procede estimar el recurso en este punto. Distinto hubiera sido que la parte compradora hubiera exigido una indemnización a los vendedores por no haber formalizado el contrato, indemnización que abarcaría los daños y perjuicios que se le hubieran causado y que en supuesto no se reclaman.

Eva María MARTÍNEZ GALLEGO

*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense con competencia mercantil
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Salamanca
kieva@usal.es*

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 207/2013, de 5 de diciembre [BOE n.º 7, de 8-I-2014]

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY FORAL DE NAVARRA 10/2013, DE 12 DE MARZO, POR LIMITAR LA EXENCIÓN DEL IBI DE LOS INMUEBLES DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EXCLUSIVAMENTE A LOCALES DESTINADOS AL CULTO

La sentencia del Tribunal Constitucional objeto de comentario declara por unanimidad inconstitucional y nulo el apartado 7.º del artículo único de la Ley Foral de Navarra 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Forales de Navarra [BOE n.º 83, de 6-IV-2013], que obligaba a la Iglesia católica y a las confesiones religiosas no católicas que han firmado acuerdo de cooperación con el Estado español a pagar la contribución territorial urbana o actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) por todos los inmuebles de su propiedad, con la única excepción de los destinados al culto.

El recurso de inconstitucionalidad, n.º 4285-2013, fue interpuesto por el Presidente del Gobierno al considerar que el mencionado precepto vulneraba, de un lado, los artículos 96.1 y 149.1.3.ª, ambos de la CE, así como el artículo 2.1.c) de la Ley 28/1990, de 26 diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra [BOE n.º 310, de 27-XII-1990]; y, de otro, el artículo 149.1.1.ª CE, en relación con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR) [BOE n.º 177, de 24-VII-1980].

Las confesiones religiosas que han firmado acuerdos de cooperación con el Estado español gozan de un régimen fiscal específico. Esta especificidad se traduce en una serie de beneficios fiscales, entre ellos exenciones en el IBI de determinados inmuebles de su propiedad, unos destinados a fin cultural y otros no, como los locales anejos a templos destinados a actividad pastoral o asistencia religiosa, los destinados a oficina de las comunidades religiosas o los destinados a formación de los ministros de culto como los seminarios. Estas exenciones se regulan expresamente en el artículo IV del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 3 de enero de 1979 (AAE), firmado entre el Estado español y la Santa Sede [Instrumento de Ratificación BOE n.º 300, de 15-XII-1979], para la Iglesia católica, que tiene naturaleza de Tratado internacional; y en el artículo 11 de cada uno de los Acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, aprobados por Leyes n.º 24, 25 y 26, respectivamente, todas ellas de 10 de noviembre de 1992 [BOE n.º 272, de 12-XI-1992]. A su vez, los cuatro textos acuerdan la aplicación de los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico para las entidades sin ánimo

de lucro y de carácter benéfico (artículo V del AAE, en relación con la Orden de 29 de julio de 1983 [BOE n.º 188, de 8-VIII-1983], artículo 11.4 y 5 de los Acuerdos de 1992), equiparación de donde puede derivar otras exenciones no mencionadas expresamente en los Acuerdos (*vid.* entre otros MARTÍN DÉGANO, Isidoro. 2012: «La Iglesia Católica y el IBI». *Tributos Locales*, 2012, 107: 11-33; CEBRIÁ GARCÍA, María. 2013: «La exención de las confesiones religiosas en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles». *Quincena fiscal*, 2013, 8: 95-130).

El precepto que se impugna –apartado 7.º del artículo único de la Ley Foral Navarra– restringía lo regulado en la mencionada normativa, pues limitaba la exención en el IBI exclusivamente a los locales destinados al culto, y el TC lo ha declarado inconstitucional si bien con distinto fundamento jurídico según se trate de su aplicación a los inmuebles de la Iglesia católica o a los del resto de las confesiones religiosas no católicas con acuerdo.

Por lo que se refiere a la Iglesia católica, señala la sentencia que el meritado apartado 7.º contradice abiertamente lo dispuesto en el artículo IV del AAE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 96 CE, y que viola el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra [BOE n.º 204, de 16-VIII-1982], en relación con el artículo 2.1.c) del Convenio Económico de Navarra con el Estado, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad (F. J. 4).

El artículo 45.3 atribuye a Navarra potestad para mantener, establecer y regular su propio régimen tributario, pero sin perjuicio de lo dispuesto en el correspondiente Convenio Económico que deberá respetar los principios contenidos en el Título Preliminar del Convenio Económico de 24 de julio de 1969, así como el principio de solidaridad a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley Orgánica. Y en este sentido el artículo 2.1.c) del Convenio Económico autoriza a Navarra a mantener su propio régimen tributario, pero respetando lo previsto en los Tratados o Convenios internacionales suscritos por el Estado.

Por otro lado, siguiendo su doctrina, no considera vulnerado el artículo 96.1 de la CE pues la supuesta contradicción de los tratados internacionales por disposiciones normativas posteriores no afecta a la constitucionalidad, sino a la selección del derecho aplicable al caso concreto, y ese problema debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan, en el ejercicio de la función jurisdiccional (el artículo 117.3 CE) (F. J. 4).

Finalmente, el Abogado del Estado también atribuye al precepto que se impugna la violación de la competencia exclusiva del Estado para las relaciones internacionales (artículo 149.1.3.ª CE). Sin embargo, el TC entiende que puesto que el apartado impugnado, en su aplicación a la Iglesia católica, ya ha sido declarado inconstitucional, debe terminar el enjuiciamiento del mismo desde la perspectiva citada (F. J. 4,c), y no entra por tanto a examinar esa posible violación.

Respecto a la aplicación del apartado 7.º del artículo único de la Ley Foral Navarra a las confesiones no católicas que han firmado acuerdos con el Estado español, se declara su inconstitucionalidad y nulidad por entender que se viola la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.1.ª CE, en relación con el artículo 16.3 CE y el artículo 7 de la LOLR.

En este caso, y en orden a fundamentar su resolución, el TC precisa muy claramente el sistema de relaciones Estado-confesiones religiosas que deriva de nuestra Constitución, y que tiene como punto de partida esencial el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE), en relación con el de igualdad religiosa (artículo 14 CE) (F. J. 5, a), cuya regulación está reservada a la ley orgánica en lo que a su desarrollo básico se refiere (artículo 53.1 en relación con el artículo 81.1 CE) (F. J. 5, a).

Recuerda –siguiendo su doctrina–, que cuando se trata de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad tanto en el contenido primario de un derecho fundamental como en su ejercicio –en este caso del derecho a libertad religiosa–, entra en juego la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.1.ª CE); y que el legislador estatal tiene un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme en todo el territorio nacional y deben ser respetadas por las normas que puedan dictar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (F. J. 5, a).

En el caso que nos ocupa, al amparo de las previsiones constitucionales mencionadas se dictó la LOLR, que regula la posibilidad del Estado de firmar Acuerdos o Convenios de cooperación con comunidades religiosas inscritas en el correspondiente Registro público que hayan alcanzado notorio arraigo en España, los cuales se aprobarán por Ley de las Cortes Generales (artículo 7.1). En estos textos se podrá acordar la aplicación a estos grupos religiosos de los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico para las Entidades sin ánimo de lucro (artículo 7.2), así como regular expresamente otros beneficios fiscales.

En los tres que se han firmado hasta el momento con judíos, protestantes y musulmanes, se ha procedido a acordar la equiparación en beneficios fiscales a las entidades no lucrativas, y han regulado expresamente la exención en el IBI de determinados locales de su propiedad –como ya se ha señalado–, unos destinados al culto y otros no (F. J. 5 a).

Advierte el TC que estos beneficios fiscales se configuran como una medida adoptada por el Estado al amparo de su competencia exclusiva prevista en el artículo 149.1.1 CE, que se justifica en la relevancia constitucional que tienen las mencionadas confesiones religiosas para la consecución de los fines que la Constitución proclama, en concreto, para la garantía del derecho a la libertad religiosa, tanto en su vertiente individual como colectiva. Y estas medidas son aún más procedentes cuando de lo que se trata es de asegurar una igualdad sustancial de los grupos religiosos en los que se integran los ciudadanos según sus diferentes creencias.

En este sentido encuentro destacable el símil que realiza la sentencia entre la finalidad perseguida con la concesión de subvenciones y la finalidad que se persigue con el reconocimiento de estos beneficios fiscales.

Finalmente advierte que estas medidas no pueden ser únicamente de la responsabilidad del Estado, sino que tienen que ser asumidas por todos los poderes públicos en cumplimiento del artículo 16.3 CE en relación con el artículo 7.2 LOLR y el artículo 9.2 CE (F. J. 5, a).

Sentado lo anterior, parece claro que el precepto que se impugna se opone a lo dispuesto en el artículo 11 de cada uno de los tres Acuerdos firmados en 1992, y por tanto a las medidas adoptadas por el Estado al amparo de la competencia exclusiva prevista en la Constitución.

A modo de conclusión, creo conveniente destacar que actualmente no podemos buscar otra fundamentación jurídica distinta a la sentada por el TC para la cooperación económica del Estado con las confesiones religiosas, sean católicas o no. Por ello entiendo que el mismo fundamento esgrimido en la sentencia para las confesiones religiosas no católicas con acuerdo sería aplicable respecto a los locales de la Iglesia católica, en caso de que el AAE tuviera la misma naturaleza que los firmados en 1992 y no fuese un Tratado internacional.

Quiero terminar resaltando que creo que por primera vez se fija muy claramente por el TC que el fundamento jurídico de las medidas que integran la colaboración económica del Estado español con las confesiones religiosas –entre ellas el reconocimiento de beneficios fiscales– se encuentra en la garantía y promoción, dentro de un marco de igualdad, del derecho fundamental a la libertad religiosa. Ello entra en el marco de las competencias exclusivas del Estado, por tanto, esas medidas deben ser respetadas por todos los poderes públicos, al igual que es incuestionable su respeto a lo previsto en los Tratados internacionales suscritos por el Estado y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

María CEBRIÁ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Extremadura

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a), de 1 de julio de 2013 (ROJ STS 3897/2013)

TARIFA POR SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA: DETERMINACIÓN COMO TASA LOCAL Y FALTA DE COMPETENCIA POR LAS CC. AA. PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA

La Sentencia que comentamos, de 1 de julio de 2013 (R.J./2013/4931) se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote y la Comunidad Autónoma de Canarias contra la Sentencia del TSJ de Canarias de 1 de octubre de 2010, que a su vez resuelve el recurso interpuesto por la Asociación Insular de Empresarios de Hoteles y Apartamentos contra la Orden de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio de 16 de diciembre de 2008, que aprobó la modificación de las tarifas por abastecimiento de agua a solicitud de tal Consorcio. Se trata de una sentencia convincente en cuanto a su resolución o fallo, aunque su fundamentación debiera haber sido más extensa.

Se trataba de dilucidar la naturaleza jurídica de la prestación económica por el servicio de suministro y distribución de agua potable y si la Orden de la Consejería vulneraba o no la autonomía local, consagrada preferentemente en el artículo 142 de nuestra Constitución. Este artículo indica que las Haciendas locales dispondrán de los medios suficientes para el ejercicio de sus funciones atribuidas por las leyes, para lo cual podrán adoptar tributos propios, junto con la participación en los tributos del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El abastecimiento o distribución de agua potable es un servicio público prestado por los Municipios o Consorcios de Municipios (*vid.* artículo 25.2 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local y Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), esencial y susceptible de división. Se trata de una actividad administrativa residenciada en una prestación de servicios esenciales para la población (el agua potable) que puede ser satisfecha directamente por el ente municipal o bien mediante otras formas de gestión indirecta, como organismos autónomos, empresas públicas o concesionarios o empresas privadas.

El hecho de que se apueste por formas indirectas de gestión (no directamente por la Administración Pública) no altera la naturaleza pública del servicio, siendo todas ellas posibilidades que el derecho administrativo ofrece –como lo es el contrato de suministro–, sin que el Municipio en cuestión pierda la titularidad de la competencia. Así lo aclaraba de forma muy positiva el 2.2 a II de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (*BOE* de 18 de diciembre de 2003), suprimido por la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible. Esta Ley quiere precisamente que las tarifas del agua cobradas por empresas no sean calificadas como tasas, sino más bien

como precios privados. No obstante, pese a la supresión de este apartado, habrá que ver cómo actúa la jurisprudencia, esencialmente del Tribunal Supremo, pues la interposición del recurso es previa a la supresión del apartado, con lo que éste debe fallar según él. A nuestro juicio, la esencialidad del servicio es un criterio determinante de la calificación como tasa de la prestación, por lo que no parece que pueda incorporarse en la definición de otras categorías, como los precios. La LGT simplemente incorporaba un criterio jurisprudencial, por lo que pensamos que si bien el legislador no ha alterado o redefinido el concepto de tasa, sino simplemente retirado un párrafo que entendíamos más aclaratorio que definitorio, la respuesta en sede jurisdiccional debiera ser la misma: su calificación como tasa. Como bien dicen los profesores LAGO MONTERO y GUERVÓS MAÍLLO (*cf. Tasas locales: cuantía*. Madrid: Marcial Pons, 2004) no hay mejor criterio que el de la naturaleza del servicio para el establecimiento de una tasa y fijación de su cuantía.

El Tribunal Supremo para el caso –habrá que ver cuál es su respuesta sobre recursos interpuestos con posterioridad a la promulgación de la Ley de Economía Sostenible– correctamente se decanta por calificar la prestación satisfecha por los beneficiarios del suministro de agua como tasa y no como precio público, precio privado o tarifas, canon u otras instituciones diversas y abstractas, más o menos perfiladas por la Ley y la jurisprudencia. La calificación como tasa no es baladí, no sólo por las limitaciones en el reparto del coste del servicio entre los usuarios o receptores de los servicios prestados (coste mismo del servicio total e intensidad del uso particular), sino, sobre todo, como acontece en el supuesto de hecho que subyace al pronunciamiento judicial, porque así inhabilita cualquier intromisión en la competencia de otros entes.

Todas las tasas locales son tributos de exacción potestativa por los Municipios, y así el establecimiento de una tasa por el servicio o suministro de agua potable, habilitada expresamente en el artículo 20.4 t del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales ([BOE n.º 59, de 9 de marzo](#)), es una posibilidad al servicio de la Administración local. Aunque las tasas son tributos dotados de una cierta eventualidad en el tiempo, esta tasa suele ser una de las más cotidianas y estables, superviviente en definitiva de cambios políticos y no tan cuestionada por los usuarios, por lo menos en lo que afecta a su existencia que no en su cuantificación. Su regulación pertenece competencialmente al Pleno del Ayuntamiento quien mediante ordenanza fiscal aprobará los elementos para su cuantificación, por lo que la Comunidad Autónoma mediante una Orden de una Consejería no puede entrar a modificar sus tarifas suponiendo una clara vulneración del principio de autonomía local dispuesto en los artículos 137 y 140 de la Constitución, como aclara la Sentencia. No obstante, habrá que estar a la jurisprudencia tras la modificación de la Ley General Tributaria por la Ley de Economía Sostenible, pues si se sigue pronunciando a favor de que la prestación por suministro de agua

potable es una tasa, la solución será la misma que la proporcionada por la sentencia que comentamos, mientras que si se apuesta por considerarla como precio, el panorama puede cambiar.

Aunque esta tasa se exige a toda una pluralidad de sujetos pasivos-contribuyentes como consecuencia de la esencialidad del servicio, se trata de un tributo con gran incidencia en uno de los sectores turísticos por excelencia, la hostelería, de ahí que quien recurre en la instancia sea la Asociación Insular de Empresarios de Hoteles y Apartamentos contra la Orden de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio. Ello nos lleva a opinar, como consideración de política fiscal, que los diversos titulares de las competencias normativas deben ser especialmente cuidadosos con este tipo de tasas, por dos motivos: primero, por la esencialidad del servicio que se costea, que obliga a tener en cuenta la capacidad de pago del contribuyente como criterio graduador de la cuota; y segundo, por la importancia de los sectores empresariales ligados al turismo en nuestro país, que merece la pena proteger económicamente y ofrecer cierta seguridad jurídica.

Marcos IGLESIAS CARIDAD
*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de septiembre de 2013, asunto C-189/11, Caso Comisión contra España

EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS AGENCIAS DE VIAJES EN LA LEY DEL IVA ESPAÑOLA

El régimen especial de las agencias de viajes en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) encuentra su regulación entre los artículos 306 a 310 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA ([Diario Oficial L 347/1 de 11 de diciembre de 2006](#)) y entre los artículos 141 a 147 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, [BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 1993](#) (LIVA). Es un régimen especial obligatorio que parte de una denominación cuestionable, pues no es aplicable para todas las agencias de viajes al también incluirse en el mismo otros operadores económicos como los organizadores de circuitos turísticos (touroperadores), o incluso un hotel, como ha indicado el TJCE (Sentencia TJCE 1998/249) siempre que habitualmente ejerzan similares actividades a las realizadas por aquéllas. Pero incluso debe advertirse que ni siquiera todos los servicios prestados por una agencia de viajes u operadores asimilados se fiscalizan por este régimen especial, sino que una misma empresa dedicada a la organización de viajes puede liquidar su IVA tanto por este régimen como por el general de forma simultánea, como será lo normal. En realidad, no es un régimen especial sólo para las agencias de viajes, sino un régimen especial para cualquier operador económico que oferte servicios de viaje y/o alojamiento, que efectivamente son llevados a cabo mayoritariamente, aunque no exclusivamente, por las agencias de viajes.

Los objetivos que este régimen especial persigue son tratados loablemente por la doctrina y jurisprudencia, primero del TJCE y después del TJUE. Se centran, en primer lugar, en evitar de una parte los cuantiosos costes de la solicitud del reembolso internacional del IVA por los operadores que podemos denominar turísticos, devolución difícil de obtener de Estados fuera del espacio europeo común. Asimismo se quiere evitar que se apliquen a los servicios reglas de localización distintas, por lo que los servicios prestados en concepto de «viaje» (entendido como transporte o alojamiento, pero no de otros de forma principal aunque sí de forma accesorio, como venta de entradas a la ópera –véase STJCE de 9 de diciembre de 2010, TJCE 2010/375 en relación con el artículo 141 Uno 1.º II y–) se tratan como un paquete turístico. Además, se quiere provocar un reparto de ingresos tributarios entre el lugar donde se prestan los servicios y el Estado donde tiene el establecimiento la agencia de viajes u operador turístico asimilado que oferta el viaje.

Sin embargo, es importante advertir que este régimen especial no está pensado exclusivamente para una dimensión internacional comunitaria (entre Estados miembros, o mejor dicho entre territorios que forman parte del Territorio de Armonización del Impuesto –TAI–) sino también para viajes en un mismo Estado dentro del TAI –para España, Canarias, Ceuta y Melilla no forman parte de tal territorio– como así ha dicho la

STJCE de 22 de octubre de 1998 (TJCE 1998/249). Por su parte, el artículo 143 LIVA y 309 de la Directiva determinan la exención de los servicios prestados y las entregas de bienes en beneficio del viajero fuera del TAI, aunque si parte se prestaran o entregaran en tal espacio y otra parte fuera del mismo, sólo quedan exentos estos últimos. El hecho imponible no se tiene por realizado en el lugar donde se lleva a cabo la entrega o prestación del servicio en favor del viajero, sino en el lugar donde la agencia u operador tenga «la sede de su actividad económica o posea un establecimiento permanente desde donde efectúe la operación», al ser las prestaciones de la agencia o asimilados con el viajero en nombre propio con medios ajenos una única prestación o paquete, como así lo indican los artículos 307 de la Directiva y 144 LIVA.

El primero de los aspectos que dilucida la Sentencia que comentamos, la STJUE de 26 de septiembre de 2013 (TJCE/2013/320), afecta con determinación al ámbito de aplicación del régimen especial. Éste, como advierte el artículo 141 Uno 1.º, se aplica «a las operaciones realizadas por las agencias de viajes cuando actúen en nombre propio respecto de los viajeros y utilicen en la realización del viaje bienes entregados o servicios prestados por otros profesionales». ¿Pero qué se entiende por «viajeros»? La Ley española en todo momento se refiere a viajeros, no a clientes, pero ello no ha impedido que tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia española, como la checa, griega, francesa e italiana, hayan entendido con buen criterio que por viajero debe entenderse cualquier cliente, parecer al que se opone la Comisión por poderse generar con ello una doble imposición y distorsiones de la competencia, por lo que a su juicio por «viajero» debe entenderse el consumidor final y no cualquier persona distinta de éste. La referencia al cliente sólo es recogida en la traducción inglesa de la Directiva del IVA. Ciertamente es que del parecer de la Comisión en el correspondiente recurso ante el Tribunal se deduce que el régimen especial de las agencias de viaje es mejorable (apartado 30), pero su reforma pasa, según ésta, por una modificación de la Directiva. El Tribunal sentencia que el criterio por el que más se consiguen los objetivos de este régimen especial es el del cliente, y en consecuencia desestima por infundado el motivo manifestado por la Comisión (apartado 60).

El régimen especial de las agencias de viajes en el IVA no es de aplicación a «las ventas al público efectuadas por agencias minoristas de viajes organizados por agencias mayoristas» (artículo 141 Dos 1.º LIVA); apartado que cuestiona la Comisión y que lleva para su enjuiciamiento al TJUE. Por su tenor literal, pudiera excluirse tanto si una agencia minorista actúa en nombre propio y vende un viaje organizado por otra mayorista como si actúa en nombre de la mayorista como organizadora del viaje, es decir, como una mera intermediaria. Por la literalidad del apartado se excluyen ambas opciones, por lo que la Comisión solicitó cuál era el criterio doctrinal y jurisprudencial que el Reino de España venía aplicando sobre tal apartado. Una interpretación literal estricta puede atentar contra el ámbito de aplicación mismo del régimen especial de las agencias de viajes, dispuesto en la Directiva y reproducido en el artículo 141 Uno,

1.º LIVA, pues excluiría a las agencias de viajes minoristas que actúen en nombre propio de viajes organizados por las mayoristas. Ante el requerimiento de la Comisión previo al litigio, España contestó que la exclusión del apartado Dos sólo funcionaba cuando la agencia minorista actúa en nombre de otra, como mera intermediaria, de viajes organizados con carácter general, por una agencia mayorista. Efectivamente, la interpretación española es la única apta y acorde con lo que la Comisión entiende. Sin embargo, el Reino de España no aporta ninguna resolución reciente, administrativa o jurisprudencial, que pruebe la misma, por lo que el Tribunal entiende que la exclusión del régimen especial que realiza el artículo 141 Dos n.º 1 no se encuentra en el artículo 306 de la Directiva IVA. En realidad no es tanto una expulsión del precepto sino más bien la aclaración de la interpretación auténtica, previniendo de cualquier otra con amparo en la exégesis literal del apartado controvertido, ante la falta de prueba del Reino de España sobre cómo se venía aplicando.

La Comisión asimismo cuestiona el artículo 142 LIVA. Previamente hay que aclarar que la base imponible en el régimen especial de las agencias de viajes es el margen bruto, entendido con carácter general como la diferencia entre el precio cargado al cliente (sin IVA) menos el coste del viaje (al que deben adicionársele el conjunto de impuestos que se hayan devengado, como el IVA). Hallado este margen bruto como base imponible, en España se grava al tipo general del IVA, del 21%. La aplicación de este porcentaje también es controvertido, y es uno de los temas sobre los que en algún momento tendrá que pronunciarse el TJUE. Aquí en España el margen bruto (base imponible) se somete al tipo general del 21%, discutiéndose si debiera sujetarse más bien al tipo reducido del 10%, pues en definitiva es el tipo que se aplica a los servicios de transporte y alojamiento separadamente, es decir, sin darse las condiciones para sujetarnos al régimen especial. Adentrándonos en el artículo que se cuestiona, el legislador español sabe que si se adopta una postura de absoluta transparencia, si el cliente conociera de forma real la cantidad en concepto de IVA repercutido (que soporta), sabría el margen bruto, es decir, el beneficio ganado por la agencia u operador económico. Esto no acontece en el régimen general del IVA donde uno sabe el precio que le cobran por el servicio o entrega de un bien, pero no el margen de ganancia como acontece en el régimen especial de las agencias de viajes, pudiendo el cliente obtener información sobre posibles abusos en el precio. Por eso, el artículo 142 I LIVA no obligaba a consignar en la factura separadamente la cuota repercutida, y así se entiende comprendida en el precio de la operación. Pero el apartado II del artículo 142 de la Ley es consciente de que el cliente puede ser un empresario en ejercicio de su actividad, que necesitará de una cantidad consignada en concepto de IVA, para poder deducírselo. El legislador español le dio una solución, un IVA a deducir estimado, que salía del resultado de multiplicar por 6 y dividir entre 100 el precio cargado, siendo esa cantidad «cuotas de IVA incluidas en el precio». Esta cantidad era la que el cliente-empresario se podía deducir como IVA soportado, que en realidad no coincidía con el

IVA repercutido que el operador turístico declaraba y que aquél desconocía. El Tribunal considera que esta posibilidad de deducción no está prevista en la Directiva, por lo que el importe a deducir por el cliente-empresario debe coincidir con el efectivamente repercutido por el operador turístico. A nuestro juicio esta decisión del Tribunal es plausible, pues la regulación española genera una distorsión en el proceso de aplicación del Impuesto sobre las relaciones empresariales o mercantiles. La posibilidad extra que ofrece la Ley española es contraria al contenido que se exige a las facturas, tratado en el artículo 226 de la Directiva IVA. Asimismo, esta posibilidad se ofrecía sólo si el servicio se prestaba en España, por lo que supone una discriminación por razón de nacionalidad proscrita en el artículo 309 de tal texto derivado.

Por último, la Comisión también entiende como contrario a la Directiva del IVA el artículo 146 de la Ley española. El legislador español posibilitaba la opción (a través del modelo 036) de liquidar el IVA por el régimen especial de las agencias de viaje operación por operación (regla general) o bien liquidarlo de forma global. Si se optaba por esta última opción, surtía efecto para todas las operaciones incardinadas en tal régimen durante cinco años, salvo renuncia, con prórroga tácita por igual período. En cierta medida este régimen piensa que para hallar el margen bruto como base imponible se incurrirá frecuentemente en el error de incluir en el precio cargado al cliente el IVA que se le ha repercutido. Por eso posibilitaba la determinación de las bases imponibles de forma global multiplicándola por 100 y dividiéndola entre 121. Esta posibilidad de determinación de la base imponible de forma global no se contempla en la Directiva IVA (*cf.* su artículo 308), que sí se prevé para otros regímenes especiales como el de objetos de arte, antigüedades y objetos de colección (artículo 318 Directiva). El Tribunal estima el motivo aludido por la Comisión.

Marcos IGLESIAS CARIDAD
*Becario del Programa de Formación del Profesorado
Universitario del MECD,
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Pinckney*

DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE SEGÚN EL ARTÍCULO 5.3 DEL REGLAMENTO (CE) 44/2001 EN CASOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR A TRAVÉS DE INTERNET

La sentencia objeto de análisis constituye la primera en la que el TJUE ha tenido oportunidad de delimitar la aplicación del artículo 5.3 R. Bruselas I a las infracciones de derechos de autor cometidas en Internet. Como es conocido, esta disposición atribuye la competencia a los tribunales del Estado miembro del lugar de producción del hecho dañoso –*forum delicti commissi*–, de manera alternativa al foro del domicilio del demandado. Algún autor (ver, por ejemplo, la entrada de Eleonara Rosati en www.ipkat.com de 22 octubre 2013) se ha cuestionado si esta sentencia supone el abandono del criterio de «focalización» o «de las actividades dirigidas», según el cual los tribunales de un Estado miembro sólo pueden declararse competentes en atención al artículo 5.3 si el propietario del sitio web o servicio de Internet dirigía sus actividades (focalizaba su actividad) a ese Estado. A mi modo de ver, la pregunta está fuera de lugar por cuanto lo que viene a confirmar la sentencia *Pinckney* es que el TJUE nunca se ha planteado adoptar este criterio para litigios en materia de propiedad industrial e intelectual.

Muy brevemente, los hechos del asunto son los siguientes. Peter Pinckney, con domicilio en Toulouse (Francia), es el autor, compositor e intérprete de doce canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en los años 70. El señor Pinckney descubre que dichas canciones habían sido reproducidas sin autorización en discos compactos prensados por la compañía Mediatech en Austria, y posteriormente comercializados por las compañías británicas Crusoe y Elegy en distintos sitios de Internet, los cuales eran accesibles desde Francia. El señor Pinckney demandó a Mediatech ante los tribunales de Toulouse para solicitar una indemnización por el perjuicio derivado de la vulneración de sus derechos de autor. Si bien el *Tribunal de Grande Instance* de Toulouse se declaró competente para conocer de la demanda, Mediatech apeló la decisión y la *Cour d'Appel* le dio la razón. El señor Pinckney recurrió dicha decisión ante la *Cour de Cassation*, la cual paralizó el procedimiento para solicitar al TJUE que determinara si, en este supuesto, el artículo 5.3 podía otorgar la competencia a los tribunales franceses por el simple hecho de que los sitios web donde se comercializaban los CD eran accesibles desde Francia, o si por el contrario resultaba necesario que dichos web sites estuvieran destinados al público francés.

La respuesta del TJUE no deja lugar a dudas: los tribunales designados por el artículo 5.3 «son competentes para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro

y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda». Ahora bien, el Tribunal puntualiza: «[d]icho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece».

Como puede observarse, la decisión acoge claramente el criterio de la mera accesibilidad en detrimento del criterio de las actividades dirigidas. Por si no fuera suficiente con el fallo, ello se pone de manifiesto en el apartado 42, en el que se indica que contrariamente al artículo 15.1. c) R. Bruselas I, el artículo 5.3 «no exige, en particular que la actividad controvertida se dirija al Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción». En opinión del Tribunal –que, por cierto, no coincide con la del Abogado General (ver *aps.* 61 a 64)– en materia de derechos de autor basta para justificar la competencia de los tribunales del Estado miembro donde se ha presentado la demanda que dicho Estado proteja los derechos patrimoniales que invoca el demandante, y que el daño alegado puede materializarse allí. En concreto, el daño alegado consiste en la posibilidad de obtener copias de la obra desde un sitio web accesible desde Francia.

Como he dicho anteriormente, esto no significa que el TJUE abandone el criterio de las actividades dirigidas pues nunca llegó a acogerlo. Efectivamente, en la [STJUE de 19 abril de 2012, C-523/10, Wintersteiger](#), el Tribunal ya omitió referirse al mismo e indicó que en «una acción por vulneración de una marca nacional (a través del sistema Adwords de Google) procede considerar que tanto el objetivo de previsibilidad como el de buena administración de justicia militan en favor de la atribución de competencia, atendiendo al criterio de la producción del daño, a los tribunales del Estado miembro en que se halla protegido el derecho en cuestión».

A mi modo de ver, esta jurisprudencia suscita al menos dos reflexiones: lo inapropiado de la doctrina de la mera accesibilidad adoptada por el TJUE, y lo contradictorio que supone que el criterio de las actividades dirigidas se esté afianzando como principio interpretativo en muchas otras materias.

En cuanto a la falta de idoneidad del criterio de la mera accesibilidad, basta poner de relieve los hechos concretos del asunto que dio lugar a la decisión del TJUE. La demandada es una empresa austriaca cuyos actos presuntamente infractores –la reproducción de la obra en discos compactos– se llevaron a cabo en Austria. A mi modo de ver, la conexión de la demanda con los tribunales franceses luce por su ausencia y ello aunque el TJUE entienda que dicha conexión existe porque «los derechos patrimoniales que invoca el demandante y el daño alegado (*la posibilidad de obtener una reproducción de la obra*) pueda materializarse» en Francia. Efectivamente, la obra se puede descargar en Francia, pero no como consecuencia de la actividad de Mediatech. Esta sociedad, en ningún momento ha tenido intención de dirigir su actividad a

dicho país: se le está demandado por la simple accesibilidad de unos sitios web que ella ni tan siquiera opera. Es más, teniendo en cuenta que el juez francés sólo puede juzgar por las posibles infracciones cometidas en Francia, Mediatech sólo podría ser condenado como alguna suerte de colaborador necesario de los actos de puesta a disposición de la obra llevados a cabo por las sociedades británicas Crusoe y Elegy. E incluso de querer demandar a estas sociedades, es de esperar que los discos compactos pudieran adquirirse en Francia a través del sitio web pues, de lo contrario, ¿qué derechos patrimoniales podrían entenderse infringidos en Francia? De poder adquirirse los discos compactos en Francia significaría no sólo que los sitios web fueran accesibles desde ese país, sino que las sociedades estaban dirigiendo sus actividades.

En mi opinión, el TJUE debería haber acogido la doctrina de las actividades dirigidas, si bien su aplicación no tiene que ser la misma que se establece para los contratos celebrados por los consumidores. La aplicación puede ser modulada en atención a la naturaleza de las infracciones de derechos de autor. Así, un sitio web donde se alberga una obra musical que puede ser adquirida o que puede ser descargada desde Francia, puede entenderse que está dirigida a ese país. En cambio, un sitio web que alberga una obra musical que no puede ser adquirida ni descargada no debe entenderse dirigido y, por tanto, la competencia de los tribunales franceses no está justificada.

La segunda reflexión se refiere a la progresiva extensión del criterio de las actividades dirigidas a la hora de interpretar otras normas en supuestos de presuntas infracciones llevadas a cabo por medios electrónicos.

Aparte de no acoger el criterio de las actividades dirigidas a la hora de interpretar el artículo 5.3 en materia de infracciones de propiedad intelectual, el TJUE también lo desecha para acciones de vulneración de los derechos de la personalidad. En tal caso, se utiliza al criterio del centro de intereses de la víctima para determinar los tribunales que, alternativamente a los del foro general del artículo 2, tiene una competencia respecto del daño total causado. Mientras, los tribunales de cualquier Estado miembro donde la información es accesible son competencia para conocer de los daños producidos en el territorio de ese Estado ([STJUE de 25 de octubre de 2011, C-509/09 y 161/10, eDate Advertising y Martinez](#)).

En principio, esto significa que el criterio de las actividades dirigidas quedaría relegado a la aplicación del artículo 15.1 c) R. 44/2001 relativo a contratos celebrados por los consumidores. Efectivamente, tal y como se explica en la [STJUE de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09, Pammer y Hotel Alpenhof](#) para que los tribunales del lugar de residencia del consumidor resulten competentes «debe comprobarse si, antes de que se celebrara el contrato con dicho consumidor *existían indicios que demostraran que el vendedor tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor*, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con esos consumidores». Esta

jurisprudencia se ha visto confirmada por las [SSTJUE de 6 de septiembre de 2012, C-190/11, Mühleitner](#) y de [17 de octubre de 2013, C-218/12, Emrek](#).

No obstante, un análisis de la jurisprudencia reciente permite observar como el criterio de las actividades dirigidas se ha adoptado con carácter general para interpretar importantes normas de Derecho aplicable a infracciones de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, en la [STJUE de 18 de octubre de 2012, C-173/11, Football Dataco](#) se afirma «la localización de un acto de reutilización (de una base de datos) en el territorio del Estado miembro al que se envían los datos en cuestión depende de que concurren indicios que permitan concluir que este acto pone de manifiesto la intención de su autor de dirigirse a las personas situadas en este territorio» (ap. 39). En la [STJUE de 11 de julio de 2011, C-324/09, L'Oreal](#), se indica que «la simple posibilidad de acceder a un sitio de Internet desde el territorio cubierto por la marca no basta para concluir que las ofertas de venta que en el mismo se presentan están destinadas a consumidores situados en ese territorio»... «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar en cada caso si existen indicios relevantes que permitan concluir que una oferta de venta, presentada en un mercado electrónico al que se puede acceder desde el territorio cubierto por la marca, está destinada a consumidores situados en este territorio» (aps. 64-65). Otras sentencias donde también se utiliza el criterio son la [STJUE de 12 de junio de 2012, C-5/11, Donner](#) (violación del derecho de distribución mediante ventas llevadas a cabo en Internet), y la más reciente de 6 febrero 2014, C-98/13, *Rolex* (venta por Internet desde un tercer Estado de un reloj falsificado a un particular residente en un Estado miembro para fines privados).

Del mismo modo, hay que reseñar que en la Propuesta de Reglamento sobre protección de datos personales ([Doc. COM\(2012\) 11 final](#)), la Comisión aboga por la adopción de este criterio para determinar los supuestos en los que esta normativa resultará aplicable a empresas establecidas en terceros Estados (artículo 3.2 a).

En definitiva, la sentencia *Pinckney* debería haber servido para afianzar el criterio de las actividades dirigidas como principio interpretativo básico de la normativa sobre actividades ilícitas llevadas a cabo en Internet, si bien su aplicación a cada materia específica presenta particularidades propias. En cambio, el Tribunal ha preferido confirmar su inaplicación para determinar la competencia judicial internacional en materia de infracción de derechos de autor, dando entrada al criterio de accesibilidad el cual, en nuestra opinión, lleva a resultados inadecuados.

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ
Profesor Titular Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante
aurelio.lopez@ua.es

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12, *Emrek y Sabranovic*

CONTRATACIÓN A DISTANCIA, FUERO ESPECIAL DE LOS CONSUMIDORES

La presente Sentencia ahonda y profundiza, como veremos a continuación, en la línea jurisprudencial establecida por las resoluciones dictadas por este Tribunal en los asuntos: *Mühlleitner* ([Sentencia del Tribunal de Justicia de 6-XII-2012, asunto C-190/11](#)) y *Pammer y Hotel Alpenhof* ([Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de XII de 2010, asuntos C-585/08 y C-144/09](#)), que delimitan la interpretación que por los diferentes órganos jurisdiccionales debe hacerse del artículo 15.1.C del [Reglamento \(UE\) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil](#) [*DOUE* L12/1, de 16-I-2001] (en adelante, Reglamento 44/2001), en relación con la posibilidad que se le brinda al consumidor de entablar acción, contra la otra parte contratante, ante el tribunal del lugar donde radique su domicilio (artículo 16 del Reglamento 44/2001), si bien, el propio texto legal determina unos requisitos para poder acudir a este foro (además claro está del requisito básico de que una de las partes presente la condición de consumidor a efectos de este Reglamento). Dichos requisitos que constan recogidos en el citado artículo 15.1.C. son:

- (i) Que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último.
- (ii) El contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

Antes de comentar los considerandos jurídicos, vamos a realizar un acercamiento somero a los hechos acontecidos y al desarrollo del procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Sr. Sabranovic regenta una tienda de compraventa de vehículos de ocasión en el municipio de Spicheren (Francia) que se encuentra situado en la frontera con Alemania y que, además, comparte área metropolitana con el municipio alemán de Saarbrücken. Dicho negocio tiene una página web donde ofrece sus productos en francés y como medio de contacto contempla números de teléfono tanto con el prefijo francés como el alemán.

El Sr. Emerk, teniendo conocimiento del establecimiento del Sr. Sabranovic a través de unos conocidos y con la intención de comprar un vehículo, se traslada al concesionario Spicheren donde adquiere finalmente un coche. No obstante, entabla demanda contra el vendedor del vehículo reclamando el cumplimiento de una garantía contemplada en el contrato. El demandante, en virtud del artículo 15.1.C. del Reglamento 44/2001, interpone la demanda ante el Amtsgericht Saarbrücken alemán, que inadmite la demanda por falta de competencia judicial internacional. Dicha inadmisión

es apelada ante el Landgericht Saarbrücken, que procedió a suspender el procedimiento y planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En concreto, se plantearon dos cuestiones prejudiciales por parte del Tribunal alemán. En primer lugar, cuestiona si el artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2011 establece como requisito necesario para la «activación del foro» que el contrato sea celebrado a distancia. En este primer supuesto la respuesta resulta breve y sencilla, toda vez que la jurisprudencia del Tribunal, asunto Mühlleitner de forma expresa y la Sentencia del caso Palmer y Hotel Alpenhol de manera implícita, ha declarado que el hecho de que el contrato sea celebrado a distancia no se configura como un requisito necesario sino un mero indicio probatorio, por lo que no se profundiza más en el tema.

Resulta, sin embargo, más interesante la segunda cuestión planteada ante el Tribunal de Justicia. Se pregunta el órgano jurisdiccional alemán si existe como requisito adicional no escrito, en los casos en que una página web de un comerciante cumpla con el criterio de la actividad «dirigida» (al Estado miembro del consumidor), que el consumidor haya sido inducido por la página web operada por el comerciante a celebrar el contrato, de modo que la página web guarde una relación causal con la celebración del contrato.

El demandado, en sentido contrario a lo que será del fallo, afirma que de no exigirse tal relación se estaría invirtiendo la carga de la prueba para la elección del foro, desprotegiendo a los comerciantes al poder ser demandados en cualquier Estado de la Unión Europea por el simple hecho de tener una página web y contratar con un consumidor residente en otro Estado miembro.

El Tribunal, sin embargo, resuelve, en consonancia con las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, que no se está materializando una inversión real de la carga de la prueba, sino que contemplando únicamente los límites expresos y por tanto los contenidos en el artículo 15.1.c) se está conservando el espíritu de la norma, porque ir más lejos, establecer una suerte de exigencias implícitas al propio artículo, sería contrario a la finalidad perseguida por el mismo, que pretende la protección de la parte débil en las relaciones contractuales que regula.

Cosa bien distinta es que para la observación de la existencia o no de estos requisitos necesarios, el juez o tribunal nacional tome en consideración una serie de indicios para delimitar si la actividad está o no dirigida al Estado miembro del domicilio del deudor, tal y como se indicó en la resolución dictada con motivo del caso Mühlleitner y en la citada sentencia de Pammer y Hotel Alpenhof, donde se procedió a enumerar una lista de indicios no exhaustivos, relativos a la toma de «constancia a distancia». Afirma el Tribunal que, sin lugar a dudas, apreciar la existencia de una relación causal de la web con el contrato sería posiblemente un indicio de que tales actividades estén dirigidas al país del consumidor, pero que la ausencia de la misma no es óbice para que se puedan contemplar otros indicios, como el carácter limítrofe del territorio o la existencia de un teléfono con el prefijo de la nacionalidad del consumidor y llegar a afirmar, en

virtud de estos indicios, que nos encontramos frente a una actividad dirigida por parte del empresario al Estado donde radica el domicilio del consumidor.

En conclusión, esta Sentencia refuerza la jurisprudencia existente sobre la interpretación que debe realizarse del artículo 15.1.c). del Reglamento 44/2001, trasladando el foco de interés de la antigua y hoy superada distinción (a efectos del presente artículo) entre consumidor pasivo y activo a una interpretación literal y teleológica de la norma primando el cumplimiento del requisito literal del contenido, es decir, que la actividad del empresario o profesional esté, en todo caso, dirigida al Estado del consumidor.

Esta postura doctrinal obtiene su basamento, en el siguiente axioma, cuando el tribunal nacional constata que el empresario dirige la actividad hacia el Estado miembro donde reside el consumidor, está afirmando que el vendedor, con el fin de obtener una ventaja económica de manera consciente, orienta su conducta hacia ese concreto Estado y por lo tanto no puede serle imprevisible el foro. En consecuencia y en consonancia con la finalidad reconocida en el Reglamento 44/2001 de proteger a la parte débil de la relación comercial, parece lógico que de ser constatado este conocimiento por parte del empresario, pueda ejercitar válida acción el consumidor en el lugar donde radique su domicilio.

La gran novedad que aporta la sentencia analizada, además de reafirmar la citada línea interpretativa, es que establece por primera vez de forma indubitada que la única manera de que dicha actividad puede ser verificada es mediante la apreciación conjunta de una serie de indicios por parte del tribunal nacional, que a través de la apreciación fáctica determinará si existe o no dicho comportamiento, no siendo posible, en ningún caso, que el órgano judicial exija para la apreciación de la misma algún requisito de carácter implícito como si de una *conditio sine qua non* se tratase.

Alberto ZÚÑIGA COTOBAL
Doctorando en Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca
azc_86@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 5 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4918/2013)

SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS CUOTAS IMPAGADAS DE CONTRATO DE LEASING TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO (O LOS MISTERIOS DE LA INTERPRETACIÓN)

1. La calificación que deba atribuirse a las cuotas impagadas de los contratos de leasing que sigan vigentes tras la declaración de concurso de acreedores del arrendatario financiero viene siendo una cuestión polémica durante los últimos años, conocidas las distintas posturas mantenidas por la Jurisprudencia menor sobre si dichas cuotas deben calificarse como créditos concursales con privilegio especial (artículos 61.1 y 90.1,4.º LC), partiendo de un pretendido carácter de tracto único del contrato de leasing durante el periodo que sigue a su formación, en el que el arrendador financiero cumpliría poniendo a disposición del arrendatario el bien objeto del contrato (SAP Barcelona, Secc. 15.ª, de 19 de octubre y 9 de noviembre de 2010), o si, por el contrario, las cuotas devengadas tras el concurso deben considerarse créditos contra la masa (artículos 61.2 párrafo 1.º y 84.2,6.º LC) fundándose en el carácter sinalagmático y de tracto sucesivo del contrato de leasing desde su génesis hasta su extinción (SAP Zaragoza, Secc. 5.ª, de 19 de enero de 2012; SSAP Salamanca, Secc. 1.ª, de 4, 5 y 8 de febrero de 2013).

2. Según dispone el artículo 61.2 párrafo 1.º LC, para que puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. En sus Sentencias de 12 y 19 de febrero y 11 de julio de 2013, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha interpretado en relación con el contrato de leasing que la reciprocidad de los deberes de prestación de arrendador y arrendatario financiero puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento del nacimiento de la obligación con la perfección del contrato, pero no necesariamente durante la llamada fase funcional del vínculo contractual, incluida la que tenga lugar, en su caso, tras la declaración de concurso de una de las partes (normalmente el arrendatario financiero). Entiende en concreto el Tribunal que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición de reciprocidad la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de la declaración de concurso, lo que determinaría que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado como concursal (artículo 61.1 LC) y no contra la masa (artículo 61.2 LC). Aplicada esta doctrina al contrato de arrendamiento financiero (leasing), considera el Alto Tribunal que, precisando el recto sentido de las reglas contractuales, habrá que estar al sentido de las cláusulas

contractuales válidamente convenidas en cada caso por los contratantes para conocer si la relación jurídica nacida del contrato de leasing sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, siendo así que «(a)l primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil». Tras la embrollada y discutible argumentación del TS (pues da por hecho que prima el interés del arrendatario en la adquisición financiada del bien, cuando en las genuinas operaciones de leasing el arrendatario busca financiación no tanto para adquirir la propiedad del bien como su uso efectivo durante su tiempo de vida útil) en las sentencias mencionadas (que se reproduce sintéticamente en la comentada de 5 de septiembre de 2013), se viene a distinguir entre aquellos contratos de leasing donde la reciprocidad de prestaciones existe tanto en la fase de perfección del contrato como en la fase funcional del vínculo negocial, al asumir el arrendador obligaciones de mantenimiento y aseguramiento del bien (contratos de leasing mixtos), y aquellos otros donde existe reciprocidad en la fase genética pero no en la funcional, al exonerarse el arrendador en el contrato de cualquier obligación sobre el bien (contratos de leasing simples); resultando que en los primeros las cuotas impagadas tras la declaración de concurso deberán calificarse como créditos contra la masa hasta que se produzca la resolución del contrato (artículos 61.2 párrafo 1.º y 84.2,6.º LC), y en los segundos dichas cuotas deberán calificarse como créditos concursales con privilegio especial (artículos 61.1 y 90.1,4.º LC).

3. Esta doctrina legal ha sido criticada por algún sector de la doctrina y de la propia jurisprudencia menor, indicando, entre otras cosas, que el TS se estaría desmarcando de su concepción tradicional del contrato de leasing como contrato bilateral sinalagmático, modificando su calificación exclusivamente en interés de una mejor gestión del concurso y del llamado interés del concurso centrado en el trato equitativo de los acreedores comunes del deudor; que además no habría tenido en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 (quizás por tratarse de casos anteriores a dicha reforma), que incluye, de una parte, una referencia expresa a los contratos de leasing –aunque con fines meramente procesales– en el artículo 61.2 párrafo 2.º LC, el cual regula la incidencia de la declaración de concurso respecto de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto por el concursado como por la parte *in bonis* (de modo que una interpretación sistemática ex artículo 3.1 CC apoyaría la conclusión de que el legislador ha optado por considerar los contratos de leasing dentro de esa categoría en todo caso) y, de otra parte, la indicación en el artículo 82.5 LC de que los bienes de propiedad ajena en poder del concursado sobre los que tenga derecho de uso no serán incluidos en el inventario de la masa activa, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado (lo que serviría también para considerar las cuotas impagadas tras el concurso como

créditos contra la masa, pues lo contrario llevaría al absurdo de que, al no incluirse en la masa activa el bien con relación al que ostentaban tal privilegio, la consecuencia última sería su pago como crédito ordinario del artículo 89.3 LC).

4. A lo anterior se ha sumado ahora la sorpresa contenida en la comentada STS de 5 de septiembre de 2013, en la que el Tribunal interpreta que, al instarse la resolución del contrato de leasing por la concursada en interés del concurso (artículo 61.2, párrafo 2.º LC), y al tratar el citado precepto de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, una vez acordada la resolución por el Juzgador al amparo de dicho precepto se presupone que, «por su ubicación sistemática», el contrato contenía prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de declararse el concurso, de modo que las prestaciones pendientes por el concursado (cuotas impagadas) tras el concurso necesariamente han de ser con cargo a la masa, y las anteriores al concurso calificarse como créditos concursales con privilegio especial. La misma interpretación o «presunción» deberá realizarse si la resolución del contrato se produce por incumplimiento de cualquiera de las partes posterior al concurso, en la medida que el artículo 62.1 LC se refiere a la facultad de resolución por incumplimiento de los contratos «a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente», esto es, a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte tras la declaración de concurso; de modo que también en estos casos las prestaciones (cuotas) debidas por el concursado por motivo de su incumplimiento deberán abonarse con cargo a la masa (artículo 62.4 LC).

5. En suma, la interpretación contenida en la STS de 5 de septiembre de 2013, basada en argumentos principalmente de orden sistemático, llevaría a la paradójica situación de que cuando el contrato de leasing sea objeto de resolución en interés del concurso o por incumplimiento tras el concurso, las cuotas devengadas tras la declaración de concurso deberán satisfacerse necesariamente con cargo a la masa, mientras que si el contrato no es objeto de resolución tras la declaración de concurso se calificarán las cuotas devengadas tras esa declaración como crédito concursal (privilegio especial) en los casos de leasing simple y como crédito contra la masa en los créditos de leasing mixto. Parece que la Sala se hubiera «pillado los dedos» en la calificación conferida al contrato de leasing (directa o indirectamente vinculada al interés del concurso), cayendo luego en la cuenta de que la «ubicación sistemática» del artículo 61.2 párrafo 2.º LC —extensible al artículo 62 LC— aplicable a los casos en que se interese la resolución del contrato en interés del concurso (o por incumplimiento en el caso del artículo 62.1 LC) obligaría a calificar en todo caso como créditos contra la masa las cuotas del leasing impagadas tras la declaración de concurso independientemente de las obligaciones comprometidas por las partes en cada contrato (leasing simple o leasing mixto). Lo cual demuestra el riesgo que conlleva un cambio de calificación de la naturaleza jurídica de un contrato (en este caso el de arrendamiento financiero)

cuando viene determinado en buena medida por un concepto tan indeterminado como focalizado como es el del interés del concurso, dejando al margen criterios como el de la interpretación sistemática o el de la voluntad del legislador. Todo lo contrario a la seguridad jurídica que se espera de la doctrina del Alto Tribunal. Habrá que esperar todavía para ver si el TS decide en sus próximas resoluciones sobre la materia hacer frente a los argumentos de orden sistemático apuntados por alguna Audiencia Provincial (*cf.* SAP Salamanca de 20 de enero de 2014) relacionados con las modificaciones –antes comentadas– incluidas por la Ley 38/2011, y que apuntan a una consideración «en todo caso» del contrato de arrendamiento financiero como un contrato con obligaciones recíprocas tanto en la génesis como durante la vigencia posterior del mismo hasta su resolución, independientemente de si el arrendador financiero asume o no obligaciones relacionadas con el mantenimiento y aseguramiento del bien arrendado.

Fernando CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
nano@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 6 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4926/2013)

APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CONSUMO DE LA NORMATIVA DE PRECIOS DE VENTA DE LIBROS Y DE COMPETENCIA DESLEAL

I. Los hechos en la sentencia del TS de 6 de septiembre de 2013: infracción de normas y fraude de ley

Los hechos que motivaron la sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 6 de septiembre de 2013 tienen su origen en la demanda que presentó «Gremi de Libreters de Barcelona i Catalunya, Confederació de Comerc de Catalunya y Doña. Camila» contra «Abacus Sociedad Cooperativa Catalana limitada». Los demandantes –una asociación profesional de librerías, regida por reglas democráticas, y que, sin ánimo de lucro, representaba, gestionaba y defendía los intereses profesionales y económicos comunes de las empresas dedicadas a la venta de libros, colaborando en la promoción de éstos; y una organización de empresarios dedicada al comercio, servicios y turismo, creada con la finalidad de defender la pequeña y mediana empresa dedicada a la actividad de venta de libros; y Doña. Camila, propietaria del negocio «Librería Carrer Major» de Santa Coloma de Gramanet– alegaban que la demandada –sociedad cooperativa fundada en 1968, que había ampliado el número de socios de consumo hasta llegar a 500.000 socios de consumo y de 400 socios de trabajo– venía realizando una actividad desleal en el mercado.

En particular, alegaban, *en primer lugar*, que la demandada, durante la vigencia de la Ley del Libro 9/1975, de 12 de mayo, había vendido libros con unos descuentos superiores a los permitidos por el artículo 33 de dicha Ley (5%).

En segundo lugar, consideraban los demandantes que la demandada había incluso realizado prácticas de ventas de libros con descuentos superiores a los permitidos mediante una nueva fórmula («nuevo ahorro cooperativo») que consistía en aplicar descuentos del cinco por ciento en el precio del libro y entregar al adquirente el diez por ciento, en los denominados «puntos abacus», descuento que sería aplicado en la adquisición del siguiente libro, acumulación de descuento que supondría superar el quince por ciento del descuento permitido e incluso adquirir el libro sin contraprestación alguna. Consideraban por ello las demandantes que la nueva promoción de libros no suponía una venta con prima ni obsequio, sino una venta con descuento superior al permitido, que incentivaba la venta de sus libros en evidente perjuicio de las ventas de las demandantes, respetuosos con la normativa relativa al descuento sobre el precio de los libros.

En la misma línea, la demandada había aplicado también los denominados puntos «San Jordi», durante dos semanas, descuentos que se acumulaban sobre los anteriormente mencionados descuentos.

Ambas circunstancias constituían, en opinión de los demandantes, un acto desleal por infracción del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, así como un supuesto de fraude de ley (artículo 6, apartado 4, Código Civil), en relación al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Ley 10/2007, de 22 de junio, lo que había producido en los demandantes daños patrimoniales y morales.

Por su parte *la demandada* esgrimió como motivo de defensa que no había realizado ventas con descuentos superiores a los permitidos conforme a la Ley del Libro de 1975 ni tampoco conforme a la vigente de 2007, a la vez que alegó que no se trataba realmente de una cooperativa mixta de consumidores y socios de trabajo, sino que más precisamente lo era de consumo, estando además sometida a la Ley catalana 18/2002, de 5 de julio.

Más precisamente, estimaba la parte demandada que resultaba inaplicable la normativa que sobre precios fijos contiene la Ley 10/2007, puesto que tal norma pretende regular las relaciones de mercado entre la cooperativa y terceros, y no entre la cooperativa y los socios, como sucedía en el asunto litigioso. En realidad, continuaba señalando la demandada, el ahorro cooperativo no constituía directamente un descuento en la primera adquisición, sino una aplicación del coste cooperativo, esto es, una manifestación del ahorro en beneficio de los socios en la adquisición de bienes de consumo, fin que, entre otros, pretenden las cooperativas de consumo.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona admitió a trámite la demanda, desestimando, sin embargo, las reclamaciones de las demandantes, básicamente con argumentos similares a los que indicó posteriormente la AP de Barcelona (sentencia de 23 de septiembre de 2010).

Las demandantes recurrieron en casación ante el TS, quien admitió sus pretensiones.

II. La ampliación de la base subjetiva y objetiva en la Ley 10/2007: la aplicación de la Ley 10/2007 a todos los supuestos de transacciones de libros, y a cualquier operador en el mercado

1. Ampliación de la base subjetiva:

Señala el TS que la reforma operada por la Ley 19/2007, que deroga la Ley 9/1975 sobre el precio de los libros, supone una ampliación de la base subjetiva de aplicación de la norma sobre el precio de los libros, en cuanto que la nueva norma pretendió establecer el marco jurídico del libro, esto es, las obligaciones de los agentes del sector, y, en este sentido, establece quiénes deben respetar el sistema de precio fijo y descuentos admisible, señalando que quedan sujetos a tal norma, además de los vendedores o libreros, quienes realicen transacciones que pongan los libros a disposición del consumidor final.

Es evidente que, conforme a tal planteamiento, la cooperativa demandada quedaría dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 19/2007, en cuanto que pone a

disposición de sus socios los libros (consumidor final) (fto. 3), lo que no impide, como la propia sociedad cooperativa alegaba en su defensa, que se trate de «un beneficio o ahorro cooperativo» («consumidores directos», Sentencia de la AP de Pontevedra de 28 de junio, AC 2006/1591; Sentencia del TS de 8 de noviembre de 1986, RJ 1986/7083).

Tal planteamiento está en perfecta armonía con la aplicación de la normativa de Competencia a todo operador que participe en el mercado, incluso a las sociedades cooperativas (Sentencia de la AP de Vizcaya de 14 de junio de 1999, AC 1999/1490; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. 2013: *Apuntes de Derecho Mercantil*. 14.ª ed., Thomson Reuters, 217 y ss.).

2. Ampliación de la base objetiva:

La Ley 19/2007 realizó además una ampliación de la base objetiva de aplicación, en el sentido de que ya no es imprescindible, para que la Ley resulte aplicable, que los libros se reciban por terceros en virtud de contratos de venta (fto. 3), sino que pese a no ser ventas los contratos en virtud de los que los libros son transmitidos por la sociedad cooperativa a los socios, le son efectivamente aplicables las normas que sobre precio de libros contiene la Ley 19/2007 (artículo 1, apartado 1). Este planteamiento, pese a que el artículo 148 Ley catalana 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas catalanas señalaba que «las entregas de bienes proporcionados por la sociedad a sus socios, aunque hayan sido adquiridos de terceras personas para cumplir sus fines sociales, “no tiene consideración de ventas”», es coherente con el contenido del artículo 9, apartado 1, de la Ley 10/2007 («Transacción al consumidor final, con independencia del procedimiento u operador económico por medio del que se realice la transacción», así como con los modernos planteamientos asumidos por el Derecho de la Competencia, conforme a los que la normativa de mercado debe aplicarse a todo el que participe en el mercado.

En este sentido, es evidente que la cooperativa demandada participó en el mercado, con independencia de la calificación jurídica de la concreta transacción que permitía a los socios recibir los libros a través de la cooperativa.

III. Sobre la realización de un acto desleal

Finalmente el TS analizó si la demandante había realizado, con su conducta relativa a la aplicación de unos descuentos al precio de los libros ofrecidos a los socios de la cooperativa, un acto de competencia desleal, en particular, por infracción del artículo 15. 1. LCD; así, los demandantes consideraban que la demandada se había prevalido de una ventaja significativa en el mercado mediante la infracción de leyes, en particular, la normativa que impide descuentos en el precio de los libros más allá del 5%.

Una vez que el TS consideró que efectivamente la sociedad cooperativa demandada había realizado descuentos superiores a los permitidos por la normativa, necesariamente tuvo que pronunciarse sobre la deslealtad de tal conducta, y acertadamente a

nuestro entender estimó el TS que la sociedad cooperativa, mediante la realización de las prácticas de descuentos descritas, se había prevalido de una ventaja significativa en el mercado (sector libros) frente a otros operadores del mercado (fto. 4).

En particular, consideró el TS que las prácticas descritas de descuentos –así, la fórmula «nuevo ahorro cooperativo», que consiste en aplicar el 5% de descuento (en el primer libro) sobre el precio de venta al público, y el 10% del precio de venta al público en «puntos abacus», que el socio podrá aplicar en la adquisición del segundo o ulteriores libros, obteniendo así un descuento del quince por ciento o más– constituyen un supuesto de infracción de normas (Ley 10/2007) que constituye además un supuesto de competencia desleal en cuanto que permite al operador (cooperativa) obtener una ventaja en el mercado de forma ilícita (infracción de normas), tipificada en la LCD (*vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. 2010: «Infracción de normas». En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*. Ed. Thomson Reuters.

IV. Breves conclusiones

La sentencia del TS que justifica estos apuntes o breves comentarios merece, a nuestro juicio, una valoración positiva. Primero, por cuanto que pone de relieve, en la línea ya iniciada por otras resoluciones, la aplicación de la normativa de Derecho de la Competencia a todos quienes intervengan en el mercado, incluso aun cuando se trate de una cooperativa de consumo.

En segundo lugar, porque destaca la irrelevancia –a los efectos de determinar la aplicación de la norma que impide la aplicación superior de un descuento superior al fijado en la Ley–, de la calificación jurídica del contrato en virtud del cual el destinatario final adquiere el libro, ampliándose por ello a cualquier relación contractual (más allá del contrato de compraventa).

Y, finalmente, porque analiza la deslealtad de la conducta realizada por la sociedad cooperativa desde el prisma de la LCD en su conjunto, esto es, valorando conjuntamente la dualidad de descuentos que realmente realizó la sociedad cooperativa (5% inicialmente y 10% posteriormente mediante la obtención de «puntos abacus»), concluyendo que se trataba de un acto desleal por infracción de normas.

Eva M.^a DOMÍNGUEZ PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Mercantil
UNED

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 633/2013, de 29 de octubre de 2013 (ROJ STS 5108/2013)

CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS POR DENUNCIA UNILATERAL DEL CONTRATO DE AGENCIA

1. Introducción

En la Sentencia comentada el Tribunal Supremo desestima el recurso por infracción procesal y estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) de 6 de mayo de 2011, que a su vez estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de 5 de julio de 2010.

El conflicto que dio origen a la resolución ahora analizada se planteó entre, por un lado, la mercantil DANOINERFA S.L. y, por otro, la sociedad INDUSTRIAS LÁCTEAS DE CANARIAS S.A. (ITELSA) en relación con la denuncia unilateral en el año 2008 por parte de la segunda de las relaciones contractuales que unían a las partes desde el año 1984, y que se habían materializado en distintos contratos sucesivos, siendo el último del año 2000. Como consecuencia de la resolución unilateral, DANOINERFA interpuso demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad contra ILTESA solicitando indemnización a ésta con fundamento en los siguientes conceptos: i) Indemnización por clientela ex artículo 28 LCA por importe de 983.279,39 €, por haber captado clientes a favor de la demandada e incrementar el volumen de ventas con la clientela preexistente; ii) Indemnización por daños y perjuicios ex artículo 29 LCA por cuantía que cifra en 242.927,22 €, por haber realizado una inversión con ocasión del contrato no amortizada en relación con la adquisición de una nave y terrenos destinados a aparcamiento; y, por último, iii) Indemnización por resolución del contrato, y como consecuencia de llevar a cabo un expediente de regulación de empleo con fundamento en los artículos 1101 y 7 del CC, en la cantidad de 75.149,96 €. Pretensión que fundamentó la demandante en que, pese a que el contrato se resolvió con seis meses de preaviso, la actora se vio obligada a resolver la plantilla laboral contratada para prestar servicio de forma exclusiva a la demandada, habiendo sido su personal, en parte, contratado posteriormente por otras sociedades que comenzaron a actuar como agentes a favor de ILTESA, quien además había hecho un seguimiento de las rutas de la demandante durante el período de preaviso.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de 5 de julio de 2010 desestimó la demanda por considerar que la relación contractual objeto de los autos no era un contrato de agencia, sino un contrato de distribución, de modo que no cabía entender que la actividad de la demandante supusiera una captación de clientes ni un incremento de ventas con la clientela preexistente a favor de la demandada; por lo que no resultaba procedente la indemnización por clientela. Tampoco estimó la indemnización por daños y perjuicios ex artículo 29 LCA por entender que la nave y terrenos

destinados a aparcamiento podían ser utilizados para cualquier otro tipo de negocio o enajenados con claras expectativas de beneficios. Y, por último, igual suerte desestimatoria corrió la pretensión de indemnización por resolución del contrato por entender que había habido un plazo de preaviso suficiente y que la contratación posterior de los operarios por otros distribuidores y el seguimiento de rutas no podían suponer incumplimiento de contrato ni actos que atentaran a las reglas de la buena fe.

La Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de mayo de 2011, estima sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la mercantil DANOINERFA S.L. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y, en consecuencia, declara el derecho de la recurrente a las indemnizaciones reclamadas, salvo en la indemnización por daños y perjuicios solicitada en relación con las inversiones no amortizadas, que reduce a la mitad. Entiende la Audiencia Provincial que, con independencia de la naturaleza jurídica del contrato celebrado, lo cierto es que las partes expresamente previeron en el contrato las consecuencias de una resolución unilateral del mismo por cualquiera de las partes; y, en particular, se remitieron a los artículos 28 y 29 LCA para determinar las indemnizaciones a que podía tener derecho DANOINERFA en caso de resolución unilateral por parte de ILTESA. En consecuencia, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de la obligatoriedad de lo pactado, entiende que, por un lado, DANOINERFA tiene derecho a la indemnización por clientela solicitada por cuanto ha incrementado la actividad con los clientes de la zona, habiendo actuado además en exclusiva para ILTESA; y, por otro, tiene derecho a que se le indemnice por la inversión realizada en relación con la nave y los terrenos de aparcamiento, si bien, reduce a la mitad la cuantía de la indemnización por tal concepto. Por último, respecto a la indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo un expediente de regulación de empleo considera que tiene también encaje legal en el artículo 29 LCA, y no en el artículo 1101 y 7 CC en que la fundamentaba la actora, estimando acreditada una conducta de la demandada rayana en la competencia desleal, al realizar actos de captación de empleados y dedicarse al seguimiento de los vehículos de la demandante para aprender rutas y conocer su forma de trabajar.

Contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife se articula recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en dos motivos (por incurrir la sentencia en un error patente en la valoración de concretos y específicos medios de prueba y por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia) y recurso de casación, con base en tres motivos diferentes, que serán examinados seguidamente; dejando de lado el análisis de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013

El primer motivo de casación invocado al amparo del artículo 477.1 de la LEC es la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, de los artículos 1255 CC y 28 de la LCA. Fundamenta la recurrente dicho motivo, por un lado, en que, alegando la aplicación del artículo 1255 CC, tanto la sentencia de Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial prescindieron de la necesaria calificación jurídica del contrato; y, por otro, en la inaplicación de los requisitos cumulativos del artículo 28 LCA para considerar procedente la indemnización por clientela.

Entiende el Tribunal Supremo a este respecto que concurren todos los requisitos para que el contrato celebrado entre las partes pueda ser calificado como contrato de agencia. En primer lugar, DANOINELFA habría actuado como empresario independiente pero por cuenta y en nombre de ILTESA. A estos efectos tiene en cuenta que la entidad demandante fue constituida por un antiguo trabajador de la demandada que actuó primero como autónomo y después a través de una comunidad de bienes creada con sus hijos, para prestar el mismo servicio de intermediación que antes desarrollaba en régimen laboral para la demandada; y ello como consecuencia de las exigencias impuestas por ésta para que dispusiere de medios propios necesarios, tanto humanos como materiales, para desarrollar tal servicio. En segundo lugar, la actividad de DANOINERFA consistió en promover y concluir actos u operaciones de comercio por cuenta de su principal. Además, se trataba de una relación estable por cuanto venía desarrollándose desde 1984, remunerada, celebrada por escrito y se había pactado expresamente la asunción por parte del agente de los riesgos de las operaciones que promovía. A todo lo cual, había que añadir que expresamente las partes califican en los contratos celebrados su relación como contrato de agencia, y se someten expresamente en caso de resolución a las indemnizaciones establecidas en los artículos 28 y 29 LCA.

Por otro lado, en relación con el artículo 28 LCA entiende el Tribunal Supremo que concurren todos los requisitos para que resulte procedente la indemnización por clientela. En primer lugar, aun cuando no se hubieran captado nuevos clientes, se han incrementado las ventas a favor del principal; por otro lado, es razonable suponer que el beneficio continúe en el tiempo para el empresario principal; y, por último, resulta equitativo conceder tal indemnización en función de las circunstancias concurrentes, en atención a las características del producto objeto del contrato, la sustitución del actor por otros agentes que contratan al personal despedido, el requerimiento de las rutas para verificar y fortalecer las relaciones establecidas por el antiguo agente, así como veinticuatro años de relación ininterrumpida.

Al amparo del artículo 477.1 LEC se invoca como *segundo motivo del recurso de casación* la infracción de las normas procesales para resolver el objeto del proceso y, en concreto, la inaplicación del artículo 18 LCA y la infracción de los artículos 1255 CC

y artículo 29 LCA. Igualmente al amparo del artículo 477.1 LEC se invoca como *tercer motivo del recurso de casación* la infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso y, en concreto, de los artículos 1101 y 7 CC. Analiza el Tribunal Supremo ambos motivos conjuntamente, por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial había reconducido la indemnización por daños por resolución del contrato solicitada por el demandante con fundamento en los artículos 1101 y 7 CC al artículo 29 LCA. Apoyándose en una doctrina jurisprudencial ya consolidada (citando SSTs de 29 de abril de 2009, 2 de junio de 2009 y 16 de mayo de 2007, entre otras muchas), reitera el Tribunal Supremo que sólo son indemnizables en virtud del artículo 29 LCA los gastos o inversiones causados para poner en marcha o adecuar la empresa del agente «conforme a las instrucciones expresas o implícitas del empresario» que no se hubieran amortizado al extinguirse la relación. En consecuencia, cuando las inversiones pueden ser destinadas al servicio de otros empresarios o usadas en beneficio propio, decae la razón de ser de la indemnización por los llamados «gastos de confianza». Y, en este sentido, estima el segundo motivo del recurso de casación por entender que la nave y los terrenos anexos suponen un activo inmovilizado, una inversión inmobiliaria, pudiendo ser destinada a cualquier otra actividad, a su venta o arriendo, lo que supone un incremento efectivo de la actora en su haber patrimonial.

Por otro lado, en relación con los gastos de despido de personal, que la Sentencia de la Audiencia Provincial, había reconducido al artículo 29 LCA, estimando la procedencia de su indemnización, afirma el Tribunal Supremo la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios con fundamento en el artículo 29 LCA con la que proceda conforme al artículo 1.101 CC. En este sentido, alude a la STS 346/2009, de 20 de mayo, en la que afirmó que, dado que «el artículo 29 LCA contempla bajo la denominación “indemnización por daños y perjuicios” sólo el supuesto de gastos no amortizados, no impide reclamar al amparo del régimen general del artículo 1101 CC la indemnización de cualquiera otros quebrados igualmente vinculados causalmente con la extinción del contrato por causa de denuncia unilateral del concedente, sirviendo este precepto como cauce adecuado para atender la solicitudes de indemnización...».

Para analizar los daños causados reconducibles al régimen general de indemnización, parte el Tribunal Supremo del artículo 1258 CC, que obliga a los contratantes al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Y, en este sentido, comparte con la Audiencia Provincial que la conducta de la demandada al realizar un seguimiento de las rutas del actor durante el periodo de preaviso es rayana a la competencia desleal, por ser contraria a la buena fe o a los estándares jurídicos exigibles ante la proximidad de una resolución de una relación continuada. En suma, afirma, «la conducta del seguimiento de las rutas durante el periodo de preaviso es contraria a las exigencias de la buena fe, vigente el contrato, para obtener unas ventajas no consentidas por quien la ha sufrido». Y con tal fundamentación entiende procedente

la indemnización solicitada por la actora con base en los artículos 1101 y 7 CC, y que había cuantificado en los gastos acometidos por llevar a cabo el expediente de regulación de empleo, sin necesidad de reconducir tal indemnización al artículo 29 LCA, como había hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. Con todo, apoyándose en la doctrina de equivalencia de resultados y en la no modificación del fallo, desestima este tercer motivo del recurso.

3. Aportaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto de análisis se enmarca en una línea continuista de nuestro más alto Tribunal en relación con los posibles conceptos indemnizatorios por los que puede solicitar resarcimiento el agente al extinguirse el contrato de agencia como consecuencia de la resolución unilateral del contrato por parte del principal.

La posibilidad de denuncia *ad nutum* en los contratos de agencia de duración indefinida no resulta controvertida por cuanto se justifica en la imposibilidad de asumir obligaciones perpetuas. Ahora bien, el respeto al principio de la buena fe obliga a comunicar con suficiente antelación a la contraparte la intención de dar por concluido el contrato a fin de que ésta pueda adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la nueva situación. Nuestro Tribunal Supremo ha recogido en jurisprudencia reiterada esta posibilidad (STS 9.10.1997, 25.01.1996, 17.10.1995). Y expresamente se estableció en el artículo 25 de la LCA.

Con todo, aun cumpliéndose el requisito del preaviso razonable, el necesario balance de intereses de las partes contratantes llevó a nuestro legislador, por imperativo de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, a recoger expresamente en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia el régimen jurídico de la indemnización a que podría tener derecho el agente en tales supuestos. En concreto, son dos los conceptos indemnizatorios que se establecen en dicho cuerpo legal: la indemnización por clientela (artículo 28 LCA) y la indemnización por daños y perjuicios (artículo 29 LCA).

Nuestro más alto Tribunal ha ido perfilando los requisitos para estimar la procedencia de la indemnización por tales conceptos a través de una doctrina que podemos considerar consolidada y a la que se remite expresamente en la Sentencia comentada.

A dichos conceptos indemnizatorios se suma el que se afirma en esta Sentencia, que ya había sido analizado en jurisprudencia anterior, y que consiste en la indemnización por los daños y perjuicios conforme al régimen general previsto en el artículo 1101 CC.

Ahora bien, recordemos que el citado precepto establece la indemnización por daños y perjuicios causados por los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad. Por tanto, esta norma presupone un contrato

vigente en cuyo cumplimiento se originan unos daños. Por el contrario, los artículos 28 y 29 LCA conectan directamente las indemnizaciones en ellos establecidas con la extinción del contrato.

No parece que suscite dudas que serían reconducibles al artículo 1101 CC los daños y perjuicios causados al agente por la resolución unilateral del contrato por el principal en el supuesto de que el preaviso sea insuficiente, por no adecuarse a lo pactado o a lo legalmente establecido en defecto de pacto, por cuanto tales daños estarían directamente relacionados con el incumplimiento de las obligaciones del principal, vigente el contrato, en aras a resolverlo. A este respecto hemos de tener en cuenta el artículo IV.E-2:303 del Marco Común de Referencia que establece tal posibilidad.

Sin embargo, en el supuesto analizado el Tribunal Supremo ha estimado también la procedencia de la indemnización en relación con la extinción del contrato de agencia con fundamento en el artículo 1101 CC atendiendo a la conducta desarrollada por la demandada en el plazo de preaviso, no discutiendo que éste sea suficiente; esto es, entiende que los daños causados al agente como consecuencia de la contratación de su personal por parte de otros agentes de la demandada y del seguimiento de rutas para apropiarse de valiosa información acerca del desempeño de su actividad (conductas que considera contrarias a la buena fe como regla integradora del contenido de los contratos) durante el período en que ya se habían anunciado la resolución, aun sin ser ésta efectiva por no haber transcurrido el plazo concedido, están directamente vinculados a la resolución del contrato y son indemnizables conforme al régimen general.

M.^a Mercedes CURTO POLO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
curtopom@usal.es

Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013)

PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DELITO DENOMINADO *CHILD GROOMING*

Suelen existir temas sobre los que no es fácil hallar pronunciamientos de los tribunales. Hasta hace unos años, hallar sentencias en las que se analizara la absolución o condena por el delito denominado *Child Grooming*, tipificado en el artículo 183 bis del CP, no resultaba una labor fácil.

Este artículo sanciona la conducta del sujeto que a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación contacte con menores de 13 años, y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer un delito sexual –abuso sexual, agresión sexual, acceso carnal violento o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos– siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Según el artículo dicha conducta será castigada con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.

Las razones, en un inicio, podrían haber estado justificadas por su reciente incorporación por la LO 5/2010.

No obstante, si atendemos a que en principio la introducción de un nuevo tipo penal debe responder a las necesidades político-criminales que fundamentan su incorporación dentro del catálogo penal, no resultaba clara la razón de la ausencia de sentencias. En efecto, parecía que la realidad a la que pretendía responder el legislador estaba clara: las tecnologías de la información y la comunicación, en adelante TIC, habían generado un espacio que estaba siendo utilizado para que sujetos, aprovechando el anonimato que dichas tecnologías les ofrecían, se acercaran a menores para cometer delitos sexuales.

Pese a lo anterior, desde su incorporación no fueron pocas las críticas realizadas desde la doctrina. Entre otras razones, por una falta de análisis criminológico de la realidad a la que se estaba respondiendo. En efecto, como ya en otros estudios lo hemos denunciado, el tipo abarcaba como sujetos pasivos a los menores de 13 años, cuando la realidad demostrada en estudios hacía evidente que la población más vulnerable frente a este tipo de conductas era precisamente los menores mayores de dicha edad.

Por otra parte, la propia redacción del tipo no ayudaba en nada. Desde un sector de la doctrina cuestionábamos la dificultad probatoria de la aptitud de la conducta para causar la posterior lesión. De esta forma nos planteamos, ¿cómo se prueba que

el sujeto activo ha realizado actos materiales encaminados para el acercamiento con el menor, con el fin de cometer un delito sexual?

De igual forma, criticábamos el que el tipo estableciera la punición del acto preparatorio una vez consumado el delito al que iba dirigido, lo cual era contrario al principio de consunción derivado del *nom bis in idem*, según el cual, las formas imperfectas de ejecución quedaban consumidas por el delito consumado.

Partiendo de lo anterior, y aparte de otras consideraciones críticas sobre su introducción, consideramos que la ausencia de sentencias sobre el tema derivaba de su propia inaplicabilidad. No obstante, indagando recientemente, nos hemos encontrado con varios pronunciamientos interesantes. En primer lugar la *Sentencia n.º 465/2013, de 3 de octubre de la Audiencia Provincial de Sevilla, Rec. n.º 6606/2011* en la cual se absuelve a un sujeto por el delito del artículo 183 bis, y la sentencia del *Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo, Rec. n.º 171/2012* en la que se condena a un menor por este delito.

La primera sentencia refiere un hecho escabroso. Un sujeto que, para la fecha de los hechos tenía 26 años, contacta con una menor de 11 años a través de una red social, solicitando con evidente ánimo lascivo y libidinoso a la menor la ejecución de actos de contenido sexual. Si bien estos primeros hechos ocurrieron en 2009, posteriormente, entre 2010 y 2011, el sujeto se traslada a la ciudad donde reside la menor, logra concertar encuentros con ella, llegando en algunos de ellos a realizar actos sexuales abusivos. Dentro de todo un escenario de hostigamiento y amenazas sobre la menor, para que ésta accediera a tener relaciones sexuales, el 28 de agosto de 2011, la ataca con el fin de darle muerte, la cual no se produce por la intervención de la abuela de la menor, quien también fue herida por el sujeto.

Dentro de la sentencia se condena al procesado por un delito continuado de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2 del CP, de provocación sexual previsto en el artículo 185 del CP, de amenazas del artículo 169.2 y de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 y 3 del CP respecto a la menor. No obstante, al entrar a analizar la acusación del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular de un delito continuado de abusos sexuales del artículo 183 bis, absuelve al acusado con base en los siguientes fundamentos:

La Audiencia considera que parte de los hechos tuvieron lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, siendo admisible que se analice si el acusado cometió o no el delito del artículo 183 bis. El juzgador, haciendo alusión a la sentencia del Tribunal Supremo del 1 de febrero de 2012, refiere como en los casos de concurso normativo se da una unidad valorativa frente al hecho cometido, por lo cual, la aplicación de uno solo de los preceptos es suficiente para agotar todo el desvalor jurídico penal de la infracción.

Lo anterior, según el juzgador, va en consonancia con lo señalado por el artículo 8.3 del Código Penal, según el cual el precepto más amplio absorberá a los que

castiguen las infracciones consumidas en aquél, ya que el desvalor de uno de los tipos aparecerá incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Ir en contravía de lo anterior implicaría, en opinión de la Audiencia, incurrir en una doble incriminación, y por consiguiente en un ataque al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, en una importante afirmación señala la Audiencia que esta relación de consunción del artículo 8.3 del CP debe verificarse no en abstracto sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el sujeto. En este caso, considera el juzgador que los contactos previos que fueron mantenidos por el acusado con la menor por Internet con el fin de lograr encuentros sexuales implican «una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor. Procediendo en consecuencia la absolución del acusado del delito continuado del artículo 183 bis del C.P., al haber sido asimismo formulada acusación por un delito de abusos sexuales continuado, por el que sí le condenamos».

En nuestra opinión, la anterior decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla corrobora una de las inquietudes manifestadas por la doctrina y en la cual coincidimos, en el sentido de la no punición del acto preparatorio una vez consumado el delito al que iba dirigido. No obstante, tal afirmación, tal como lo señala la Audiencia, no debe ser deducida en abstracto, sino que debe analizarse para el caso particular. Si bien resulta difícil pensar en un caso en que se pueda penalizar el acto preparatorio y el acto consumado, lo cierto es que el criterio de la Audiencia no hace otra cosa que plantear la necesidad de analizar su aplicación en el caso en concreto analizado, lo cual sin duda deriva de un principio fundamental de la necesidad de motivación que cada sentencia en particular debe tener.

Ahora bien, respecto a la segunda sentencia del *Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo, Rec. n.º 171/2012*, los hechos involucran a dos menores: el acusado, un menor próximo a cumplir 18 años, y la víctima, de 12 años. Los menores se conocen a través de una red social, intercambiando sus teléfonos, y comenzando el acusado a remitir mensajes por whatsapp en los que propone a la menor encuentros remitiendo mensajes de contenido sexual explícito.

Para el Juzgado se consideran probados los hechos que soportan la tipificación del artículo 183 bis. Particular atención nos causa la aseveración del Juzgado de que el acusado en reiteradas ocasiones le propuso a la menor quedar con ella «para tener relaciones sexuales, proponiéndole incluso que le mandase una foto de ella en sujetador y él se la mandaría de sus genitales, y como Susana no accedió, él le mandó una fotografía de un pene en erección como si fuese suyo, para después decirle que no lo era».

En un trabajo anterior, señalamos que una importante problemática de este delito es la verificación del mismo acto preparatorio, esto es, la prueba del dolo. Concretamente señalamos las dificultades existentes para probar si el acercamiento es con el propósito de cometer un delito sexual de los ya referidos. En este caso, de lo

expresado por el juzgador se deduce que en su opinión el menor tenía como finalidad lograr un encuentro sexual con la menor, dada la locuacidad de las propuestas, con expresiones como «Yo he follado y chupado, ee y tú no» o «Xuparías conmigo. Es decir... tú a mí», «te gustaría probar a xupármela».

En efecto, para la Magistrada, aquellas expresiones sexuales explícitas del acusado, frente a una menor de 12 años y de la cual conoce su edad –pese a que en un inicio ésta la hubiere ocultado–, son una clara referencia a su intención de cometer un delito sexual contra la menor. Lo anterior puede ser debatible, no obstante, lo que en nuestra opinión no es convincente es considerar que las anteriores expresiones son una clara manifestación de *actos materiales encaminados al acercamiento*. De esta forma, según el criterio del juzgador, dichos actos no necesitan una trascendencia más allá del mero acercamiento virtual.

Para el sentenciador la determinación de los *actos materiales encaminados al acercamiento* se pueden deducir de las propias expresiones del acusado. Con esto se le da connotación de *materialidad* a expresiones que, si bien tienen un contenido sexual explícito, resulta difícil entender que por sí mismas impliquen una clara intención de cometer un delito de carácter sexual y menos aún implique la materialidad que exige el delito. Lo anterior no es otra cosa que establecer una serie de presunciones que prejuzgan contra reo al ser consideradas en sí mismas como «actos materiales encaminados al acercamiento». Tales deducciones son propias de la indeterminación del precepto, en el que no aparecen criterios para considerar cuándo se dan dichos actos materiales.

El tema, sin duda, suscita muchos interrogantes y estos dos interesantes pronunciamientos contribuirán de forma fundamental en el debate jurídico-penal.

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Asociada de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
ldiaz@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 780/2013, de 25 de octubre (ROJ STS 5239/2013)

VALORACIÓN DE LA PRUEBA-TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

La sentencia que se analiza aborda las dificultades de valoración de la prueba y las discutibles conceptualizaciones dogmáticas de la responsabilidad penal de una persona por su pertenencia a una organización criminal, en este caso, dedicada al tráfico ilícito de drogas.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal (BOE n.º 152, de 23-VI-2010), que introduce los delitos de organización (artículo 570 bis CP) y grupo criminales (artículo 570 ter CP), los jueces se enfrentan a una compleja red de conceptos que se superponen y, a veces, resultan difíciles de deslindar, dando lugar a una seria inseguridad jurídica, en un ámbito donde la prevención de la criminalidad organizada requiere mecanismos claros y efectivos de interpretación de la Ley. Ni siquiera la Circular de la Fiscalía n.º 2/2011 que largamente establece directrices para la interpretación de los tipos penales de asociación ilícita, organización criminal y grupo criminal, así como su distinción de las figuras de codelincuencia y actos preparatorios, ha sido capaz de poner orden en los posibles concursos que suelen aparecer cuando, además, nos encontramos con tipos agravados por la pertenencia a organización criminal, como el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas.

Como antecedente dogmático ha de tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad, largamente asentado en el Derecho Penal, obliga a determinar la responsabilidad individual en cada caso. Por ello, las figuras de asociación para delinquir introducidas en los códigos penales desde el siglo XIX resultaron siempre incómodas, aplicadas deficitariamente, más aun nuestro actual artículo 515 CP, por mucho tiempo asociado a la criminalización de la hostilidad política (GARCÍA PABLOS). Ello explica una jurisprudencia fluctuante, más allá del requisito de estabilidad y estructura que las distingue de los actos preparatorios y la codelincuencia, algo que se agrava con la introducción de nuevas figuras penales bajo mandato de las Normas Internacionales que obligan a una armonización legislativa en materia de lucha contra la Criminalidad Organizada.

En el caso de autos, José Manuel fue condenado por la Audiencia Nacional, por un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, con pertenencia a una organización y extrema gravedad por la utilización de buque, a la pena de 14 años de prisión y multa de 90.000 euros. Según los hechos probados, el recurrente Juan Manuel «... dirigía en España un grupo de personas... dedicado a la adquisición de la droga para su posterior distribución». Entre ellos estaban César, Hermenegildo y Pedro, ya juzgados y ejecutoriamente condenados por STS n.º 921/2009 de 20 de octubre, también con la agravante de pertenencia a organización criminal (antiguo

artículo 369.1, 2.º CP). A su vez, Juan Manuel entró en contacto con Juan Enrique (también condenado en la misma sentencia) y realizó varios viajes con él a Madrid, Canarias y Holanda para preparar los pormenores de la descarga de la droga (cocaína) desde el barco de Juan Manuel a la embarcación que José Manuel hubiese adquirido o contratado. Tal descarga se haría en alta mar, en concreto frente a Fuerteventura, en una cantidad de cocaína nunca inferior a 750 g. Llegado el día, 21 de febrero de 2006, tal trasvase no pudo efectuarse al ser abordado el primer barco por el Servicio de Vigilancia Aduanera. Dentro del barco se encontraron 2.245 kg de cocaína con una riqueza media del 17,5%.

El recurrente aduce que no puede ser condenado por las pruebas aportadas en otro juicio (el de César y demás) en el que no ha tenido oportunidad de defenderse y que de ellas no se comprueba que la embarcación que portaba la droga incautada iba a ser trasvasada a la embarcación de Juan Manuel. Sin embargo, las pruebas practicadas en el juicio oral, tanto las declaraciones policiales de los agentes que intervinieron en la operación, como especialmente las escuchas telefónicas entre el recurrente y Juan Enrique, demuestran que el transporte ya se había iniciado, pues éste ya había recibido la droga correspondiente a otra operación e iba a ser trasvasada a la embarcación de Juan Manuel cuando intervinieron los agentes aduaneros. Cabe recordar que, por la configuración del delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, no cabe la tentativa, por tanto, estamos ante un delito consumado del artículo 368 CP, cuestión que en la sentencia no se discute.

Lo que esta sentencia del TS no acaba de ver es la pertenencia de Juan Manuel a una organización criminal. Según este Tribunal «no existen pruebas de que formara parte de una organización delictiva que se dedicara al tráfico de drogas, pues para ello es preciso acreditar algo más que la pluralidad de intervinientes». Ello es evidente, pero lo que resulta valorativo y discutible es cuál es ese *plus* que se requiere para calificar la conducta del autor como perteneciente a una organización criminal.

En el caso de autos el Tribunal declara probado que el recurrente «dirigía en España un grupo de personas... dedicados a la adquisición de droga para su posterior distribución», que entró en contacto con Juan Enrique y realizó varios viajes con él para preparar la operación, llegando al acuerdo de que le transportara la droga a las costas españolas en su barco, en cantidad no inferior de 750 g. Además, el Tribunal considera que aun teniendo por probado que los ya condenados César, Hermenegildo y Pedro cometieron un delito de tráfico de drogas como pertenecientes a una organización y que las escuchas telefónicas muestran las conversaciones entre Hermenegildo y Juan Enrique, según todos esos datos «podría ser posible obtener la *pertenencia* de los interlocutores a una organización, *lo cual no se discute en esta causa*, pero no acreditan la *integración* en la misma del recurrente». En suma, el Tribunal parece reconocer la existencia de una organización criminal, mas no la pertenencia de Juan Manuel a la misma.

Al parecer, el significado de *pertenencia a una organización criminal* no tiene un contenido consolidado, al menos a nivel jurisprudencial. Podemos sostener que estamos ante un concepto compuesto a su vez por otros dos conceptos, por tanto, complejo. Primero, el concepto de organización criminal, que resulta más pacífico en la medida que el propio legislador realiza una interpretación auténtica señalando en el artículo 570 bis CP su significado jurídico-penal. Segundo, un comportamiento personal de conexión con la organización criminal, que se entiende como «miembro, dirigente, fundador, integrante», quienes forman parte del *pactum sceleris*, es decir, del acuerdo de voluntades con finalidad criminal. Por consiguiente, se entiende que pertenecen a una organización criminal quienes con conciencia y voluntad forman parte de una estructura estable para realizar delitos. La nomenclatura más moderna prefiere el término «participación» en una organización criminal, pues el reproche no está en la conducta de integrarse en la misma, algo por otro lado de imposible probanza, sino por conductas de «participación activa», en el entendido que la persona tiene una función dentro de la estructura criminal. Lo explicita claramente el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI relativa a la lucha contra la Delincuencia Organizada: «La conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización».

Así, reiterada jurisprudencia ante hechos similares ha considerado la pertenencia a organización criminal (o grupo criminal, en su caso), teniendo en cuenta la cantidad de droga incautada, la utilización de buques en alta mar, las escuchas telefónicas que muestran la conexión de los imputados, los viajes que demuestran la coordinación. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 70/2013, de 20 de diciembre (ARP/2013/1309), que condena a Joaquín como autor de un delito de tráfico de drogas y como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, por transportar a España 409,6 kg de cocaína en un velero desde las costas de Venezuela y Brasil. Ciertamente es que en este supuesto el Tribunal califica como grupo criminal al no comprobarse los requisitos extremos que requiere la organización criminal y que el 369 bis CP no contempla la agravante por pertenencia a grupo criminal, pero, en el caso en comento, no se discute la existencia de la organización criminal, sino la integración del recurrente en la misma.

Ha de valorarse que no existe organización criminal sin integrantes en la misma y, por tanto, lo relevante es comprobar el grado de participación del sujeto en la organización criminal. Es verdad que a Juan Manuel no se le incautó *in franganti* la droga, pero todas las pruebas aportadas, como los testimonios de los agentes, las escuchas telefónicas, el hecho de que se le encontrase en alta mar a punto de que se realice el trasvase de la droga, son todos indicios razonables capaces de desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente, como sujeto que forma parte de una organización criminal destinada al tráfico de drogas, tal como lo ha considerado la sentencia casada

de la Audiencia Nacional. Más aún cuando el propio TS reconoce que el recurrente dirigía en España una organización criminal. Lo que ha de valorarse, por tanto, son dos extremos interrelacionados: *la existencia de una estructura (medios materiales y personales) con capacidad de delinquir* y que *el imputado forme parte de dicha estructura*, extremos plenamente acreditados en este caso.

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. Catedrática acreditada
Universidad de Salamanca
lzr@usal.es

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª), de 5 de septiembre de 2013 (ROJ AAP LE 2/2013)

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y TASAS JUDICIALES

Se han suscitado múltiples dudas desde que en noviembre de 2012 se publicara la nueva Ley de Tasas Judiciales, la cual no pudo ser aplicada hasta mitad de diciembre de ese mismo año al no tener el Ministerio de Hacienda correctamente estandarizados los impresos para abonarlas.

Al ser la primera vez que en nuestro país los ciudadanos deben pagar tasas judiciales en los ámbitos civil, social y contencioso-administrativo, existen multitud de lagunas que se deben ir colmando gracias a una jurisprudencia coherente y sólida que nos haga huir del clima de inseguridad e incertidumbre jurídica percibida, no solo por los ciudadanos, sino también por los propios profesionales jurídicos.

Uno de los sectores que plantea más duda es el relativo a los medios de impugnación. Queda meridianamente claro que, según la aplicación de la normativa, no están sujetos al pago de la tasa ni la oposición al recurso de apelación ni la impugnación ante el recurso presentado a la sentencia en los aspectos que sean perjudiciales al impugnante que inicialmente no había recurrido, pero... ¿qué ocurre en el caso de la estimación del recurso de apelación por el recurrente?, ¿se podrían imponer las tasas judiciales ya abonadas por el apelante en primera instancia al apelado?

Concretamente esta sentencia intenta resolver estas dudas a través de lo fallado por el ponente D. Ricardo Rodríguez López, al considerar que las tasas judiciales tienen la consideración de costas procesales, si nos remitimos al artículo 398 LECiv, encargado de regular dichas costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación, vemos como en su punto segundo dice que «en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes»; por lo que se deduce que no existe previsión legal de condena al pago de las costas de la segunda instancia por la estimación del recurso de apelación.

Trasladándonos al caso concreto que da lugar a esta sentencia, vemos como lo que se pretende es que se imputen las tasas a la parte que ganó el caso en primera instancia, al estimarse el recurso de apelación de la parte apelante. En este caso, la defensa solicita para atribuir dicho pago a la parte apelada, una aclaración/rectificación/complemento de sentencia.

En este sentido, y siguiendo lo dispuesto en la LOPJ, vemos como no se debe ni aclarar ni rectificar la sentencia, pues según el artículo 390 LECiv, «la estimación total o parcial de un recurso de apelación nunca conlleva condena en costas de los

recurridos». Al mismo tiempo, tampoco sería posible un complemento a la sentencia, al ser considerada la tasa judicial incluida en el artículo 241 LECiv como gasto y costa del proceso y al no existir previsión legal de condena al abono de las costas de la segunda instancia por la estimación del recurso de apelación; no se puede emitir un pronunciamiento separado de condena al pago de las tasas judiciales, razón por la cual se deniega el complemento.

Con todo ello se puede llegar a la conclusión de que, independientemente de que se estime el recurso de apelación, la parte apelante no podrá recuperar las tasas anteriormente abonadas por dicho asunto.

Federico BUENO DE MATA
Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
febuma@usal.es

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (n.º 42750/09), de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España

DOCTRINA PAROT

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) rechaza el recurso de España contra la condena, por unanimidad, que se le impuso por parte de la Sala Pequeña del Tribunal de Estrasburgo, que ya decidió, en julio de 2012, que la *Doctrina Parot* vulneraba dos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) y el artículo 7 (no hay castigo sin Ley). Aquella resolución condenaba, además, a España a pagar 30.000 euros a la miembro de ETA e instaba a su puesta en libertad «a la mayor brevedad posible».

El fallo pide –por 16 votos contra 1– la excarcelación en el plazo más breve posible de la miembro de ETA, y considera –por unanimidad– que España vulneró el artículo 5.1 (Derecho a la libertad y a la seguridad) y –por 15 votos contra 2– el artículo 7 (No hay pena sin ley) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Declara, por unanimidad, que desde el 03 de julio 2008 la detención de la demandante (Inés del Río) no ha sido «legal», en clara contraposición, por tanto, con el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, sostiene, por 16 votos a 1, que España debe asegurarse de que Inés del Río sea liberada a la mayor brevedad posible.

La Sentencia establece que la denominada *Doctrina Parot* (que fue introducida en 2006 por el Tribunal Supremo y que establece que las redenciones de pena deben aplicarse sobre el total de las condenas impuestas en la Sentencia y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión que, según el ya derogado Código Penal de 1973, es de 30 años) no se puede aplicar por hechos cometidos antes de 1995. El Tribunal considera que lo contrario supone una aplicación retroactiva de la Ley y, por lo tanto, vulnera los derechos fundamentales de los presos.

El TEDH considera que contraviene el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos referidos al Derecho a la Libertad y a la seguridad y que infringe el artículo 7 relativo a que no puede haber condena si no existe Ley previa.

El tribunal estima que la demandante no podía prever que el Tribunal Supremo modificaría su jurisprudencia en febrero de 2005 ni que tal modificación le sería aplicada y supondría aplazar en casi nueve años la fecha de su puesta en libertad, del 2 de julio de 2008 al 27 de julio de 2017. Por lo tanto, la demandante ha cumplido una pena de prisión superior a la que tendría que haber cumplido según el sistema jurídico español en vigor en el momento de su condena. Por consiguiente, corresponde a las autoridades españolas garantizar su puesta en libertad en el plazo más breve posible.

Confirma de este modo la tesis de la Sala Pequeña que afirmó que: «La legislación española era lo bastante precisa como para permitirle comprender el alcance de la condena y su modalidad de ejecución» y, sin embargo, «no podía haber previsto que el método para calcular la redención de pena sería objeto de un cambio de jurisprudencia», como hizo el Supremo en 2006.

El TEDH delimita que:

La aplicación de la *doctrina Parot* a la situación de la Sra. Del Río Prada ha privado de efecto útil a las redenciones de pena a las que en principio tenía derecho.

En cumplimiento de esta Sentencia se pronunció el Tribunal Supremo en ACUERDO. SALA GENERAL el 12 de noviembre de 2013.

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala n.º 197/2006, de 28 de febrero.
2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.
3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

En ejecución de la Sentencia del TEDH Inés del Río fue puesta en libertad por un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de octubre de 2013 cuya parte dispositiva indica lo siguiente:

1. En cumplimiento de la Sentencia firme de la *Grand Chambre* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha de ayer, la LIBERTAD INMEDIATA de la condenada D.ª INÉS DEL RÍO PRADA dejando sin efecto el Auto de la Sección I.ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008 y la providencia de 23 de junio de 2008.

2. Se declaran extinguidas las responsabilidades penales a las que se refiere la presente ejecutoria por cumplimiento de la condena.
3. Se imputarán al pago de las responsabilidades civiles pendientes, incluso al derecho de subrogación del Estado, la indemnización acordada en dicha sentencia en concepto de daño moral.

Marta DEL POZO PÉREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
tillo@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE n.º 267, de 7-XI-2013]

CONTROL EMPRESARIAL DE LA UTILIZACIÓN, POR PARTE DE LOS TRABAJADORES, DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA (CORREO ELECTRÓNICO). INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ARTÍCULO 18.1 CE) Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (ARTÍCULO 18.3 CE)

1. En el amplio terreno de la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en las empresas, una de las cuestiones más requeridas últimamente de una labor de recreación doctrinal y jurisprudencial, la constituye, sin duda, la utilización para fines personales de los instrumentos informáticos. La rica tipología de situaciones que se producen en el ámbito de las relaciones de producción requiere afrontar, a través del conocido método de la ponderación casuística, frecuentes episodios de colisión entre aquellos derechos y el ejercicio de los poderes empresariales derivados del contrato de trabajo. En este contexto, debe atribuirse inicialmente a la Sala de lo Social del TS el mérito de haber elaborado un corpus jurisprudencial de reseñable calidad, proyectando tanto la doctrina del TC, general y particular, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales implicados –señaladamente el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE)–, cuanto la importante doctrina sentada en la materia por parte del TEDH.

La pionera STS 26-9-2007 ([ROJ STS 6128/2007: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=326542&links=&optimize=20071018&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=326542&links=&optimize=20071018&publicinterface=true)), y posteriormente las SSTS 8-3-2011 ([ROJ STS 1323/2011: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5908468&links=&optimize=20110407&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5908468&links=&optimize=20110407&publicinterface=true)) y 6-10-2011 ([ROJ STS 8876/2011: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6234178&links=&optimize=20120118&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6234178&links=&optimize=20120118&publicinterface=true)) asumían, como punto de partida, la existencia generalizada, en el ámbito de las relaciones de producción, de «una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional de los medios facilitados por la empresa a los trabajadores (ordenadores, teléfonos móviles, internet, correo electrónico, etc.)»; lo cual se produce como consecuencia «tanto de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta de empleo para fines personales de tales medios, cuanto de la propia generalización de una cierta tolerancia hacia el uso moderado de dichos medios». Teniendo en cuenta que tales medios son propiedad de la empresa, y que ésta los facilita al trabajador para el cumplimiento de la prestación laboral, su empleo, y concretamente el registro o examen de los medios informáticos por parte de la empresa, queda dentro del ámbito del poder empresarial ordinario de vigilancia y control

de la actividad laboral (artículo 20.3 ET). Un poder ordinario limitado en su ejercicio, eso sí, por la consideración debida a la dignidad del trabajador. En este sentido, es precisamente la tolerancia generalizada al uso moderado para fines personales de tales herramientas la que genera «una expectativa, también general, de confidencialidad para el trabajador»; expectativa que no debe convertirse en un impedimento permanente para que la empresa pueda verificar si se utilizan los mismos en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para dicha utilización. Formulaba la doctrina judicial, en definitiva, un enérgico llamamiento a las empresas en punto a la *importancia de establecer previamente*, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, «las reglas de uso de dichos medios» –con posible aplicación de prohibiciones absolutas o parciales–, así como a informar a los trabajadores de los controles existentes y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse, en su caso, para garantizar la efectiva utilización del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible utilización de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones». De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados, en contra de tales prohibiciones, y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse dicho control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad», en los términos establecidos por las SSTEDH 25-6-1997 (Caso Halford vs. Reino Unido) (TEDH 1997/37) y 3-4-2007 (Caso Copland vs. Reino Unido) (TEDH 2007/23) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos. La segunda de las sentencias citadas extiende expresamente, por cierto, la protección de la intimidad a los archivos temporales de Internet.

2. Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, dejando de lado el uso sindical del correo electrónico (STC 281/2005, de 7 de noviembre: [HJ-Resolución: SENTENCIA 281/2005](#)), conviene señalar que hasta la reciente STC 241/2012, de 17 de diciembre ([HJ-Resolución: SENTENCIA 241/2012](#)) no existía doctrina relativa a la colisión de los derechos señalados con los poderes de control empresarial sobre el uso, por parte de los trabajadores, de medios informáticos propiedad de la empresa. Este inmediato precedente de la sentencia que aquí se comenta declaraba, no sin suscitar un muy profundo debate jurídico al respecto (*vid.* el extenso voto particular del Magistrado iuslaboralista Valdés Dal-Re), la inexistencia de vulneración de los derechos del artículo 18 CE al desatenderse, por parte de los trabajadores, la prohibición expresa de instalación de programas de mensajería en un ordenador de uso común sin clave de acceso. Las peculiaridades del supuesto abordado en el pronunciamiento que aquí se comenta (STC 170/2013, de 7 de octubre) permiten, en suma, al TC «complementar y seguir perfilando el alcance de dichos derechos» (F. J. 2.º) en relación, concretamente, con el control del contenido de los correos electrónicos. Se pronunciaba el máximo intérprete constitucional sobre el recurso de amparo interpuesto por parte de

un trabajador despedido por razones disciplinarias a quien la empresa imputaba una conducta de máxima deslealtad, calificada en la carta de despido como transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2 d) ET), consistente en haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a otra entidad mercantil –incluyendo extremos especialmente calificados como sensibles–, sin haber pedido nunca autorización para ello y utilizando el correo electrónico de la propia empresa. Se daba, en el supuesto examinado, la circunstancia –a la postre, como se verá, trascendental– de que el *convenio colectivo aplicable* (XV Convenio Colectivo General de la Industria Química) tipificaba expresamente en su régimen disciplinario (artículo 59.11), como *infracción leve*, «la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral», con excepción de lo relativo, exclusivamente, a los derechos sindicales.

3. La STC 170/2013 se encarga, como punto de partida, de efectuar un análisis particularizado del alcance los dos derechos fundamentales afectados por la medida de control empresarial: el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Dos derechos que distan de ser coextensos en cuanto a la delimitación técnica de sus respectivos contenidos: A) Si bien la noción de intimidad es un concepto «de carácter *objetivo o material*», al ir referido a la protección de un ámbito reservado que cada persona desea mantener excluido del conocimiento y la injerencia de terceros en contra de su voluntad, el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), en cambio, se califica como un concepto «rigurosamente formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido: el objeto de protección es, más bien, el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, en relación siempre con las comunicaciones realizadas mediante un «canal cerrado». En este sentido, el derecho constitucional cubre no sólo el contenido de los mensajes, sino también otros aspectos de la comunicación como la identidad subjetiva de los interlocutores. Y puesto que, en virtud del régimen convencional aplicable, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de la empresa, se entiende que existían reglas de uso: regía, pues, en la empresa, una prohibición expresa de uso extralaboral del mismo, no constando que dicha prohibición hubiese sido atenuada por la entidad. Decae, en tales circunstancias, la expectativa fundada y razonable de confidencialidad por parte del trabajador. La conducta empresarial de control se produjo, por otra parte, cuando el proceso de comunicación podía entenderse ya como finalizado. B) Por otra parte, el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), en cuanto derivación directa de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), implica la existencia de «un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana»: un ámbito acotado por su propio titular. Y ciertamente, en este sentido, el contenido de los mensajes electrónicos puede

formar parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido. Pero ello viene condicionado a la existencia o no, según cada caso, de una expectativa razonable de privacidad; esto es, de encontrarse al resguardo de la observación o el escrutinio ajenos. Expectativa inexistente desde el momento en que el uso particular de los medios informáticos estaba tipificado como infracción laboral en el convenio colectivo: dicha circunstancia impedía, en suma, poder considerar que su utilización quedase al margen del control empresarial.

4. Atendidas las circunstancias concretas del supuesto, no aprecia el TC, en definitiva, que el acceso por parte de la empresa al contenido de los correos electrónicos resultase excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los intereses empresariales. Se trataba de una medida *justificada*, en cuanto que concurrían sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo lugar, la medida se considera *idónea* para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada. En tercer lugar, *necesaria o imprescindible*, dado que el contenido de los mensajes había de servir de prueba de la irregularidad ante la eventual impugnación de la sanción por parte del trabajador, sin ser suficiente, a tal efecto, la mera identificación del remitente o destinatario. Y, en último término, *ponderada y equilibrada*: al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial (mediante la intervención de perito informático y notario, se accedió a mensajes cuyo contenido no reflejaba aspectos de la vida personal y familiar del trabajador: datos empresariales sobre la cosecha de 2007 y 2008). La mera tipificación, en el convenio colectivo aplicable (incluso de ámbito sectorial: téngase en cuenta que éste no es siempre correctamente identificado, ni bien conocido en su contenido por los trabajadores), de infracciones sancionables relacionadas con el uso para fines personales de los medios informáticos de la empresa ha de considerarse, así pues, a partir de esta doctrina constitucional, como un régimen jurídico de uso de los mismos (en el sentido de la jurisprudencia del TS y el TEDH sobre el particular), sin necesidad de que existan propiamente, como parecía deducirse de aquéllas según su entendimiento inicialmente más extendido, protocolos o instrumentos reguladores *ad hoc* de origen empresarial o convencional destinados a regular, normalizar, clarificar, detallar y publicar, para su debido conocimiento en profundidad por todos los trabajadores, las pautas de uso y control de los mismos en la empresa.

Jesús BAZ RODRÍGUEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca
jesusbaz@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 173/2013, de 10 de octubre de 2013 [BOE n.º 267, de 7-XI-2013]

NULIDAD DE DECISIÓN EXTINTIVA EN PERÍODO DE PRUEBA DE CONTRATO DE TRABAJADORA EMBARAZADA

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un recurso de amparo respecto de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Juzgado de lo Social n.º 31 de Madrid, que desestiman demanda por extinción de contrato por no haberse superado período de prueba, promovido por recurrente que afirma que tales resoluciones judiciales han vulnerado su derecho a tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo, toda vez que al momento de la decisión extintiva ella se encontraba embarazada. La mayoría del Tribunal entiende que no resulta aplicable al desistimiento empresarial durante el período de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el artículo 55.5 b) LET, sino la nulidad por discriminación; sin embargo, concluye que en este caso no existen indicios de discriminación. Discrepando de la decisión mayoritaria, se formula voto particular, que, fundado en la protección constitucional directa y generalizada de los derechos fundamentales, afirma la protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato, sin que pueda diferenciarse entre despido causal y cese en período de prueba.

La demandante de amparo fue contratada como comercial, mediante un contrato de seis meses de duración, prorrogables automáticamente por períodos iguales, pactándose un período de prueba de dos meses. En la fecha del contrato la trabajadora se encontraba embarazada de diez semanas. La empresa comunicó a la trabajadora la extinción del contrato por no superación del período de prueba y en la misma fecha comunicó idéntica decisión extintiva a otro trabajador, contratado también en la misma fecha. Ante los tribunales no se probó que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la trabajadora. La empresa acreditó que la trabajadora no había alcanzado los objetivos de venta previstos en el contrato, al igual que el trabajador varón cuyo contrato había cesado en la misma fecha.

Las SSTC [92/2008](#) y [124/2009](#) entendieron que el artículo 55.5 b) LET (en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre) establecía una garantía absoluta y objetiva de nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas (salvo que se acreditara la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo), no vinculada al conocimiento por el empresario del embarazo, rechazándose la interpretación que exigía tal conocimiento para declarar nulo el despido. En dichas sentencias se expresa que se configura «un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional» (SSTC [92/2008](#), F. J. 8 y [124/2009](#), F. J. 3). Con todo, la doctrina mayoritaria de los magistrados del Tribunal Constitucional, expresada en

la sentencia en actual comento, es que la tutela objetiva que se brinda a las trabajadoras embarazadas en caso de despido no deriva de una exigencia constitucional, sino que es resultado de una opción legislativa. De este modo, en su concepto, no cabría extender dicho tratamiento a trabajadoras que desarrollan su labor en período de prueba. La sentencia, compartiendo lo expresado por el Tribunal Supremo, considera que «el problema planteado debe de ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), sin que resulte aplicable al desistimiento empresarial durante el período de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el artículo 55.5 b) LET, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el período de prueba» (F. J. 4). Afirma la sentencia, en este sentido, que «el período de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato», aunque, con todo, «en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan “resultados inconstitucionales”» (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, F. J. 3, y 166/1988, de 26 de septiembre, F. J. 4)» (F. J. 4). Descartada la aplicabilidad de la nulidad objetiva, el TC entiende que la extinción del contrato en el período de prueba será nula si se produce con vulneración de derechos fundamentales, pero en este caso concreto estima que no hay indicios de discriminación y que no se aprecia móvil discriminatorio en la decisión extintiva (F. J. 6).

Por el contrario, la tesis del voto particular sostiene que los actos empresariales lesionaron y las sentencias impugnadas no tutelaron el principio de discriminación por razón de género (en tanto el embarazo es una realidad biológica enlazada al género). Se funda lo sostenido en que, en concepto del autor del voto particular, «el régimen tuitivo previsto en el estatuto de los trabajadores en caso de despido de embarazadas (artículo 55.5 LET), lejos de constituir un mero plus añadido por el legislador, es un imperativo constitucional ex artículo 14 CE», de modo que «los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutaban de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del artículo 14 CE». Se afirma que, tratándose de una trabajadora embarazada, tanto en el despido como en el desistimiento empresarial en período de prueba concurre un factor protegido y existe un perjuicio asociado. Se enfatiza que, pese a las diferencias entre estas modalidades extintivas, en las dos están presentes ambas premisas de vulneración del artículo 14 CE, y las disposiciones legislativas están desprovistas «de la entidad necesaria para articular una diferenciación en el tratamiento constitucional de la tutela antidiscriminatoria». Se critica que la sentencia de mayoría pasa por alto la identidad de razón de la protección y efectúa un trato dispar que no se explica en clave constitucional, cuando lo que corresponde es la equiparación de la protección. Adicionalmente, recuerda el voto particular que se ha reconocido que hay lesiones a los derechos fundamentales intencionales y objetivos (no intencionales) y que estos derechos operan

tanto ante decisiones causales como no causales del empresario, afirmando que frente a ellas hay una cobertura constitucional que no depende de actos de intermediación legislativa. Con todo, en el voto particular se reconoce que es admisible una única excepción a la protección de la trabajadora embarazada, aplicable a ambas modalidades extintivas, que es la verificación de una causa que desvincula el acto extintivo del factor protegido. Concluye el voto particular sosteniendo, a la luz de los argumentos expuestos, que debería haberse otorgado el amparo.

Compartimos los fundamentos del voto particular y discrepamos de la sentencia de mayoría, en tanto entendemos que, tratándose de una trabajadora embarazada, tanto en el despido como en el desistimiento empresarial en período de prueba, la decisión extintiva se encuentra limitada, ex artículo 14 CE, por la prohibición de la discriminación por razón de género. Dada esa cobertura constitucional, no resulta razonable una interpretación de las normas infraconstitucionales que limite la protección en situaciones no sólo equiparables sino, incluso, de mayor vulnerabilidad. Podemos agregar que en materia de derechos fundamentales, en virtud del artículo 10.2 CE, debe efectuarse una interpretación conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, el artículo 14 CE debe leerse teniendo presente, entre otros instrumentos, lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 25 de la mencionada [Declaración Universal](#), artículo 10 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#); artículo 11 de la [Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#).

Coincidimos con el voto particular en que una diferenciación en la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que reclaman la misma protección es contraria a la normativa constitucional. En esa línea, entendemos que ante la decisión extintiva del contrato de una trabajadora embarazada, se trate de despido o del desistimiento empresarial en período de prueba, ha de operar la nulidad objetiva. Lo anterior no ha de traducirse necesariamente en la imposibilidad de poner fin a un contrato de una trabajadora embarazada por no superación del período de prueba, ello podrá admitirse en la medida que se acredite que la decisión extintiva se funda en motivos no relacionados con el embarazo.

Juan Pablo SEVERÍN CONCHA
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Viña del Mar, Chile
juanpablo.severin@uvm.cl

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2013, Minister voor Immigratie en Asiel/X, Y & Z (asuntos C-199/12 a C-201/12)

CONDICIONES DE ASILO POR ORIENTACIÓN SEXUAL

La presente sentencia resulta paradigmática pues, ante una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado (Raad van State) holandés, el TJUE tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de asilo por razón de la condición sexual y su configuración en el marco de la Unión, a la luz de la Directiva 2004/83/CE (en adelante, la Directiva). En concreto, el Tribunal deberá dilucidar, por un lado, si podemos entender que las personas homosexuales constituyen un determinado grupo social a la luz del artículo 10 de la mencionada Directiva y, en caso afirmativo, cuándo puede entenderse que dicho grupo social se ve sometido a un acto de persecución contrario al artículo 9 de la Directiva. Pero vayamos por partes.

Antecedentes de hecho: el origen de la cuestión prejudicial planteada se encuentra en tres solicitudes de asilo presentadas por tres individuos (X, Y y Z), naturales respectivamente de Sierra Leona, Uganda y Senegal. Los tres solicitantes fundan su derecho de asilo en su condición de homosexuales y en que en los tres países de los que proceden, por razón de esta condición, serán sometidos a actos de persecución contrarios a los derechos humanos. En efecto, en la legislación interna de los tres países mencionados, la homosexualidad está tipificada como delito y, en todos ellos, se establecen penas privativas de libertad para los considerados culpables que, además, en el caso de Sierra Leona y Uganda pueden llegar a ser de cadena perpetua –en Sierra Leona, en virtud del artículo 61 de la *Offences against the Person Act* (1861), los actos homosexuales se castigan con una pena privativa de libertad de un mínimo de 10 años y un máximo de cadena perpetua; en Uganda, a tenor del artículo 145 del Código Penal (1950), los homosexuales pueden ser castigados con pena privativa de libertad que puede llegar a ser de cadena perpetua, en su grado máximo. Finalmente, el artículo 319 del Código Penal senegalés establece para los culpables de actos homosexuales penas privativas de libertad que pueden ir de uno a cinco años, además de una multa [STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-201/12), pfo. 26]–. En los tres supuestos, el Ministro de Inmigración y Asilo holandés denegó la solicitud de asilo por entender que no quedaba demostrada la existencia de «temores fundados a ser perseguidos por pertenecer a un determinado grupo social» [STJUE de 7.11.2013 (As. C-199/12 a C-201/12), pfo. 28]. La denegación de asilo fue recurrida por los interesados ante el Rechtbank's-Gravenhage, contra cuyas resoluciones (estimatoria en el caso de X y parcialmente en el caso de Y y desestimatoria en el caso de Z) se

plantearon recursos ante el Raad van State (por el Ministro en los dos primeros casos y por el interesado en el tercero), quien, antes de adoptar una decisión en los tres litigios principales, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Cuestiones planteadas: en la cuestión prejudicial planteada, el órgano nacional pide al TJUE que se pronuncie sobre tres cuestiones:

37. ¿Constituyen los extranjeros con una orientación homosexual un grupo social determinado en el sentido del artículo 10.1 d) de la Directiva?
38. En caso de que no sea así, ¿qué actividades homosexuales están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva? En caso de actos de persecución por tales actividades y si se cumplen los demás requisitos, ¿puede ello dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado?
39. La mera tipificación penal y la amenaza de una pena privativa de libertad por las actividades homosexuales [...], ¿constituyen un acto de persecución en el sentido del artículo 9.1 a) de la Directiva, en relación con el apartado 2, letra c), de ese mismo artículo? En caso de respuesta afirmativa, ¿en qué circunstancias se cumple tal requisito? (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 37). La segunda pregunta, a su vez, se divide en tres subpreguntas relativas a las siguientes cuestiones: la ocultación de su condición sexual, o al menos la discreción al respecto –preguntas a) y b)– y la esencia de la orientación sexual –pregunta c)–.

Fundamentos de derecho: Antes de entrar a valorar y resolver cada una de las cuestiones planteadas, el TJUE realiza unas observaciones generales que, a nuestro juicio, resultan de un gran interés: subraya que la Convención de Ginebra constituye el parámetro interpretativo de la Directiva al afirmar que aquella «constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados y que las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para el *reconocimiento* del estatuto de refugiado y al *contenido* de éste fueron adoptados para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 39). Así, por tanto, la interpretación que se haga de la Directiva debe ser teleológica, teniendo presente que su finalidad es guiar a las autoridades nacionales en la aplicación de la Convención de Ginebra para que lo hagan de un modo uniforme y homogéneo y, por tanto, en base a conceptos y criterios comunes. Realizadas estas precisiones, el Tribunal se ocupa del análisis de cada una de las preguntas planteadas.

Por lo que se refiere a la primera pregunta, en esencia, lo que se le plantea al TJUE es si, a la luz de la Directiva (artículo 10.1 d)), puede entenderse que las personas homosexuales forman un determinado grupo social. En este sentido, el Tribunal señala que en virtud del mencionado artículo

se considera que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular, concurren dos requisitos acumulativos. Por un lado, los miembros del grupo han de compartir una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden

cambiarse, o bien una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad que no se les puede exigir que renuncien a ella. Por otro lado, dicho grupo ha de poseer una identidad diferenciada en el país tercero de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que le rodea (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 45).

Partiendo de tal definición y en relación con el primer requisito, el Tribunal entiende que parece constatado que «La orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 46). Respecto del segundo requisito, entiende el TJUE que

la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 48).

En relación con la tercera pregunta –el Tribunal considera necesario responder a esta cuestión antes de hacerlo en relación con la segunda pregunta planteada–, es decir, la determinación de qué constituye acto de persecución, el TJUE comienza afirmando que «la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto que afecte al interesado de un modo tan significativo como para alcanzar la gravedad requerida para considerar que tal tipificación penal constituya una persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfo. 55). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta el tenor del artículo mencionado del que se deriva que para que una persecución deba ser interpretada en el sentido del artículo 1 de la sección a de la Convención de Ginebra es necesario que dicha violación alcance cierta gravedad; por tanto, no cualquier violación de los derechos fundamentales de un solicitante de asilo homosexual alcanzará de forma automática y necesaria tal gravedad. Sin embargo, de esta afirmación no debe derivarse necesariamente la ausencia de persecución en el sentido del artículo 9.1 de la Directiva en el caso concreto; muy al contrario, el hecho de que en toda la normativa del país de origen analizada la pena que se deriva de la condición de homosexual sea la pena de cárcel entiende el TJUE que puede constituir por sí solo un acto de persecución, siempre y cuando sea efectivamente aplicada. En consecuencia, entiende el tribunal que «cuando una persona que solicita asilo invoca [...] la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales [...] proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidas la legislación y la reglamentación del país de origen y el modo en que se aplican [...]. En el marco del mencionado examen, corresponde a las autoridades nacionales determinar si, en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de libertad prevista» y «determinar

si debe considerarse que, efectivamente, la persona que solicita asilo tiene fundados temores a ser perseguida al regresar a su país de origen» (STJUE de 7.11.2013 [As. C-199/12 a C-201/12], pfs. 58-60).

Finalmente, el TJUE se ocupa de la segunda cuestión planteada, es decir, si puede distinguirse entre actos homosexuales que sí están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y aquellos que no lo están y, por tanto, no justifican el reconocimiento del estatuto de refugiado. Lo esencial para dilucidar esta cuestión es partir de la base de que la Directiva «no prevé limitaciones relativas a la actitud que los miembros del grupo social específico pueden adoptar respecto a su identidad o respecto a los comportamientos que están o no incluidos en el concepto de orientación sexual» (pfo. 68). En este sentido, entiende el Tribunal que no es legítimo esperar que una persona oculte su condición o actúe con discreción a fin de no ser perseguido en su país de origen.

Fallo: Partiendo de las consideraciones recogidas supra, el Tribunal declara que:

20. El artículo 10.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una legislación penal [...], cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social.
21. El artículo 9.1 de la Directiva, en relación con la letra c) del apartado 2 de ese mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución.
22. El artículo 10.1, letra d) de la Directiva, en relación con el artículo 2, letra c), de la misma, debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos de su ámbito de aplicación los actos homosexuales considerados delictivos según la legislación nacional de los Estados miembros. A la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual.

Claribel DE CASTRO SÁNCHEZ
Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Internacional Público
UNED

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.

2. *AIS* se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.

4. *Ars Iuris Salmanticaensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de *AIS*, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría ésta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de *AIS* mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos así como el volumen en el cual aparecerán publicados.

5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

Normas de estilo para la presentación de los textos

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de *AIS*. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.

7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc., .docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.

8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *TRIBUNA* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *ESTUDIOS* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *TRIBUNA* y *ESTUDIOS*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.I.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRIAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.