

# AI S

## AR S I U R I S S A L M A N T I C E N S I S

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

Volumen 3

Número 1

Junio 2015

eISSN: 2340-5155

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>



Ediciones Universidad  
**Salamanca**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AIIS

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

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

---

Volumen 3

| Número 1

| Junio 2015

| eISSN: 2340-5155

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

### 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 P. 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**

# ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 3

Número 1

Junio 2015

eISSN: 2340-5155

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

## 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](mailto:ais@usal.es)

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

[http://campus.usal.es/~revistas\\_trabajo/index.php/ais/index](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.

**Esta revista está indizada en: DIALNET y SHERPA/ROMEO. Aparece también en PROQUEST y LATINDEX**

### NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf

Maquetación: Intergraf

Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla





## ÍNDICE

---

### TRIBUNA DE ACTUALIDAD

---

1. La nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: ¿Estado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?,  
por *Ricardo Rivero Ortega*..... 11-16
2. La reforma de la Ley de Propiedad intelectual: ¿entre la necesidad y la oportunidad?, por *Raquel Xalabarder Plantada* ..... 17-26
3. A propósito de dos importantes y recientes reformas de nuestra legislación mercantil: sociedades de capital y segunda oportunidad,  
por *Juan Carlos Sáenz G.ª de Albizu y Rafael Lara González* ..... 27-35
4. La participación política a través de las agrupaciones de electores: ¿mito o realidad política?, por *José Luis Mateos Crespo*..... 37-40

---

### ESTUDIOS

---

1. Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional,  
por *Dionisio Fernández de Gatta Sánchez* ..... 43-76
2. La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, por *Luciana Beatriz Scotti*..... 77-104
3. Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica, por *Henry Sosa Olán* ..... 105-123
4. Las ayudas al estudio en la enseñanza superior: una vision comparada entre España y la OCDE, por *Rashid Mohamed Vázquez* ..... 125-148

5. Derecho a decidir y autodeterminación en el caso catalán. Análisis y reflexiones de acuerdo al Derecho Constitucional español, por <i>Gina Marietta Olcese Schenone</i> .....	149-180
--	---------

---

## **CRÓNICA DE LEGISLACIÓN**

(JULIO- DICIEMBRE 2014)

Derecho Administrativo.....	186-212
Derecho Constitucional .....	213-219
Derecho Financiero y Tributario .....	220-249
Derecho Internacional Público .....	250-261
Derecho Mercantil .....	262-294
Derecho Procesal .....	295-311
Derecho del Trabajo y Seguridad Social .....	312-317

---

## **RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA**

(JULIO-DICIEMBRE 2014)

Derecho Administrativo.....	323-330
Derecho Civil .....	331-337
Derecho Constitucional .....	338-340
Derecho Financiero y Tributario .....	341-343
Derecho Mercantil .....	344-351
Derecho Penal.....	352-354
Derecho Procesal .....	356-360
Derecho del Trabajo y Seguridad Social .....	361-366
Derecho Unión Europea .....	367-369



## TABLE OF CONTENTS

---

### CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

---

1. The new Organic Law on Protection of Citizen's Security: State of prevention or Administrative Law of the enemy?,  
by *Ricardo Rivero Ortega* ..... 11-16
2. Reform of Intellectual Property Law: between the need and opportunity?,  
by *Raquel Xalabarder Plantada* ..... 17-26
3. About two major and recent reforms of our Commercial Law: corporations and second chance,  
by *Juan Carlos Sáenz G.ª de Albizu* and *Rafael Lara González* ..... 27-35
4. Political participation through voters' groups: Myth or political reality?  
by *José Luis Mateos Crespo* ..... 37-40

---

### ARTICLES

---

1. The powers of the State as a guarantee of unit market in Constitutional Jurisprudence,  
by *Dionisio Fernández de Gatta Sánchez* ..... 43-76
2. International filiation in the new Civil and Commercial Code of Argentina,  
by *Luciana Beatriz Scotti* ..... 77-104
3. Characteristics of right of withdrawal in matter of electronic contract,  
by *Henry Sosa Olán* ..... 105-123
4. The grants in tertiary education: a comparative approach between Spain and the OECD,  
by *Rashid Mohamed Vázquez* ..... 125-148

5. Right to decide and self-determination in the Catalan case. Analysis and reflection according to the Spanish Constitutional Law, by <i>Gina Marietta Olcese Schenone</i> .....	149-180
---	---------

---

**LAW REVIEW**

(JULY- DECEMBER 2014)

Administrative Law .....	186-212
Constitutional Law .....	213-219
Tax Law .....	220-249
International Public Law .....	250-261
Commercial Law .....	262-294
Procedural Law .....	295-311
Labour Law .....	312-317

---

**CASE LAW**

(JULY-DECEMBER 2014)

Administrative Law .....	323-330
Civil Law .....	331-337
Constitutional Law .....	338-340
Tax Law .....	341-343
Commercial Law .....	344-351
Criminal Law .....	352-354
Procedural Law .....	356-360
Labour Law .....	361-366
European Union .....	367-369



**—— TRIBUNA DE ACTUALIDAD ——**



# La nueva Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana: ¿Estado de prevención o Derecho administrativo del enemigo?

*The new Organic Law on Protection of Citizen's Security: State of prevention or Administrative Law of the enemy?*

**Ricardo Rivero Ortega**

Catedrático de Derecho Administrativo  
Decano de la Facultad de Derecho  
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 7 de abril de 2015

La aprobación y posterior publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la nueva Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana –Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo– ha sido objeto de multitud de comentarios críticos en medios de comunicación. No quiero dejar de destacar, por su simbolismo y poder evocador, la viñeta firmada por Antonio Fraguas, *Forges*, en las páginas del conocido diario *El País*. Las constantes advertencias sobre su negativo recorte de derechos, incluyendo el preaviso de

un recurso de inconstitucionalidad por parte del Partido Socialista Obrero Español, parecieran ser hitos de un nuevo *vía crucis* de libertades públicas, tras la cuaresma<sup>1</sup>.

Una vez más, se plantea en nuestro Derecho público una clásica, falaz y poderosa dialéctica entre libertad y seguridad. Proteger a las personas en una sociedad del riesgo (BECK) comportaría imprescindibles intervenciones cautelares por parte del poder público. Un Estado vigilante preventivo<sup>2</sup>, afirmé hace quince años, y un conjunto de actuaciones policiales y punitivas en clave de seguridad, desde el Derecho administrativo hasta el Derecho penal<sup>3</sup>. Los penalistas han descartado hace tiempo el Derecho penal del enemigo<sup>4</sup>, y ahora se pone ante nuestros ojos una suerte de Derecho administrativo del enemigo, en forma de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana<sup>5</sup>.

Muchas de las duras críticas a esta nueva Ley, sin embargo, son consecuencia de su nefasta redacción primigenia en forma de Anteproyecto, texto objeto de concienzudos dictámenes, tanto del Consejo de Estado como del Consejo General del Poder Judicial. El error de planteamiento original acompaña hasta su promulgación a la norma, cuya versión definitiva termina en parte injustamente contaminada por las más que razonables reservas de sus antecedentes. Un resultado para aprender: no es recomendable aplicar la *doctrina del shock* a las políticas represivas, pues genera resistencias contraproducentes e insalvables (por fortuna) en Democracia<sup>6</sup>.

La evolución diacrónica del entorno a lo largo de la tramitación de la Ley, además, pone de manifiesto otra de sus debilidades, más acusada si se me permite que las pretendidas restricciones de las libertades públicas. Esta Ley apenas incide en elementos preventivos que se han mostrado muy necesarios en el contexto de la nueva amenaza terrorista del Estado Islámico, cuyas acciones en Francia y Túnez ponen en jaque los aparatos de seguridad de los Estados occidentales, obligando a repensar los mecanismos de control y desviando por completo la prioridad de otras cuestiones internas que, circunstancialmente, pudo considerar el Ministerio del Interior relevantes.

La vertiginosa alteración de las urgencias en nuestras complejas sociedades explica la paradójica situación de fuera de juego en la que parece quedar la nueva Ley Orgánica

1. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. 1976: *El vía crucis de las libertades públicas*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.

2. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 1999: *El Estado vigilante*. Madrid: Tecnos.

3. Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana. 2007: *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.

4. Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. 2005: «El Derecho penal del enemigo (Darf nicht sein!): sobre la ilegitimidad del llamado Derecho penal del enemigo y la idea de seguridad». *Revista General de Derecho Penal*, 2005, n.º 4. SANZ MULAS, Nieves. 2012: «De las libertades del Marqués de Beccaría al todo vale de Gunter Jakobs: el fantasma del enemigo en la legislación penal española». *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2012, n.º 14.

5. Esta exaptación al Derecho administrativo de la fórmula penal se plasma en los comentarios periodísticos tras intervenciones policiales restrictivas de libertades de reunión y manifestación.

6. Vid. KLEIN, Naomi. 2007: *La doctrina del shock*. Paidós.

de Seguridad Ciudadana. Pensada para responder a perturbaciones del orden público producidas por movimientos internos de protesta, hoy canalizados democráticamente (Ocupa el Congreso, escraches), se aprueba cuando lo que los ciudadanos piden es que las fuerzas y cuerpos de seguridad aseguren que no se repetirán sucesos como los asesinatos del satírico *Charlie Hebdo* o en el museo del Bardo (Túnez). Mirar por el orden público con amenazas terroristas de este calibre parece un craso error<sup>7</sup>.

También lo es a mi juicio pensar que se garantiza la seguridad expandiendo exageradamente los límites de un Derecho penal represivo, como lo hace la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Además de todas las observaciones críticas que pudiera merecer el tratamiento separado de este tipo de delitos, habremos de convenir que la sanción reconoce el fracaso de no haber evitado el ilícito, que es en lo que debieran centrarse los esfuerzos de nuestros poderes públicos. Más vale prevenir, porque los riesgos de atentado parecen multiplicarse.

Hay que señalar las falencias de la Ley en cuestiones tan apremiantes, pero no todo es negativo en esta norma. Sólo aproximaciones demasiado sesgadas pueden cuestionar la necesidad de sustituir su predecesora –la Ley 1992, de Seguridad Ciudadana, tan cuestionada en su momento (recuérdense las movilizaciones contra la llamada *Ley Corcuera*, o de la patada en la puerta)– regulando aspectos claves de la intervención policial. Así, aunque los jueces tendrán la última palabra –sobre todos, el Tribunal Constitucional–, se aclaran en nuestro Derecho varias de las potestades claves para armonizar libertades y protección de otros derechos igualmente atendibles.

Repasando el texto final de la Ley, sin incurrir en el inadecuado método de recordar sus anteriores fallos, ya corregidos, podemos señalar la constante apelación al principio de proporcionalidad (siempre necesario), la regulación de los presupuestos de hecho de las identificaciones y registros corporales externos, la más precisa graduación de las infracciones y sanciones y la creación de un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Novedades varias cuyo resultado dependerá, como siempre, del uso más o menos escrupuloso de tales potestades, salvando satisfactoriamente en nuestro Ordenamiento el clásico dilema *¿Quién custodia a los custodios?*

La Ley Orgánica comienza con un primer Capítulo de disposiciones generales, entre las que cabe destacar, tras su objeto y ámbito de aplicación, los fines y principios rectores de la acción de los poderes públicos en relación con la seguridad ciudadana. El máximo respeto de derechos y libertades se enfatiza, junto a la legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad y control (tanto administrativo como jurisdiccional). También subrayable

7. La iniciativa del Proyecto de Ley de Seguridad Nacional presentado en el mes de junio compensa, en parte, el cambio de circunstancias.

es la regulación de la cooperación interadministrativa y el deber de colaboración de todas las autoridades, funcionarios públicos y operadores de la seguridad privada.

En el Capítulo II, dedicado a la documentación e identificación personal, se regula la acreditación de la identidad de los ciudadanos españoles, incluyendo los derechos y obligaciones en relación al DNI y el pasaporte. Para los ciudadanos extranjeros, se establece la obligación de portar consigo la documentación expedida por las autoridades competentes de su país de origen o procedencia, así como la que acredite su situación regular en España. A mi juicio, es positivo que la Ley establezca claramente las condiciones en las que existe una obligación de exhibición de los documentos, como deber de colaboración con las funciones policiales de control.

El Capítulo III regula las actuaciones para el mantenimiento y el restablecimiento de la seguridad ciudadana, detallando las potestades generales de policía de seguridad. Su primer artículo se ocupa de las órdenes y prohibiciones, actos administrativos necesitados de mejor tratamiento dogmático. Sus límites legales incluyen la adecuación a los fines legítimos previstos en las normas y la exigencia de motivación –que no debiera trivializarse–. También se señalan los requisitos de entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales, cuestión particularmente problemática en el caso de la posible afección de centros de enseñanza como Universidades.

Otras intervenciones policiales que son objeto de un más minucioso tratamiento normativo son la identificación de personas, las restricciones del tránsito y los controles en las vías públicas, las comprobaciones y registros en lugares públicos, los registros corporales externos, las medidas de seguridad extraordinarias y el uso de videocámaras. Los conceptos de necesidad y emergencia pretenden ser acotados en este régimen, pero por supuesto su interpretación corresponderá en último término a las autoridades judiciales, llamadas a controlar y prevenir excesos por parte de la policía mediante una jurisprudencia clave para la mejora aplicación de la Ley.

A continuación, en el Capítulo IV, se regulan las llamadas potestades especiales de policía administrativa de seguridad: obligaciones de registro documental; establecimientos e instalaciones obligados a adoptar medidas de seguridad; espectáculos y actividades recreativas; control administrativo sobre armas..., en fin, toda una serie de previsiones que tienen una naturaleza preventiva merecedora de mayor atención, tal vez extensibles a otras actividades de riesgo que hoy se desarrollan en el Internet profundo, fuera de la vista de la ciudadanía y sin control alguno por los poderes públicos, un desafío desapercibido al legislador orgánico.

Especialmente controvertido desde sus primeras redacciones ha sido el Capítulo V del texto, pues contiene el régimen sancionador. Paradójicamente, sin embargo, muestra ciertas garantías atípicas en otras manifestaciones de esta potestad administrativa, como las exenciones de responsabilidad que finalmente no incluyen a quienes se encuentren en estados de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas u otras drogas. Más discutible y discutida en términos de atribución de responsabilidad



sería la difusa asignación de la misma a quienes puedan considerarse promotores u organizadores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público.

La búsqueda de precisión en la aplicación de las normas sancionadoras lleva al legislador a sentar varios criterios de solución de los dilemas o dificultades en cuanto al tipo concreto a proyectar sobre una conducta. Se consideran preferentes los preceptos especiales sobre los generales; las más amplias o complejas respecto de las más sencillas subsumidas en el primero; y los preceptos más graves, que excluirán las menores incluidas en aquellos. Esto deberá ser así aplicado por las autoridades competentes: Ministro del Interior, Secretario de Estado de Seguridad, Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y Alcaldes, en los términos establecidos en la Ley y en aplicación de las ordenanzas municipales, que pueden introducir especificaciones en infracciones y sanciones.

El principio de proporcionalidad debe inspirar coherentemente la graduación de las sanciones, en cuya aplicación han de tenerse presentes las circunstancias de cada caso, valorándose en función de las mismas la aplicación de los grados mínimo, medio o máximo de las multas. Procederá el grado medio en casos de reincidencia, violencia o amenaza, o elementos que dificulten la identificación (prendas u objetos que cubran el rostro). Sólo cuando los hechos revistan especial gravedad procederá la aplicación del grado máximo. Y en todo caso habrá de ponderar la entidad del riesgo, el perjuicio causado, la trascendencia del perjuicio, la alteración de los servicios públicos, el grado de culpabilidad, el beneficio y la capacidad económica del infractor.

La panoplia de infracciones muy graves, graves y leves se relaciona en la Ley con cambios relevantes respecto del Anteproyecto. También se regula su prescripción, así como las consecuencias accesorias y la reparación del daño e indemnización, con responsabilidad civil solidaria entre todos los causantes del daño. La previsión de un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana es otra de las herramientas previstas en la Ley para su eficacia, que dependerá igualmente del intercambio de datos e información entre Administraciones públicas previsto en sus disposiciones.

En lo que se refiere al procedimiento, tras declarar su carácter subsidiario respecto del penal, se despejan cuestiones adjetivas importantes: se contemplan las medidas cautelares; se regula un plazo de caducidad del procedimiento sancionador de un año; se explicita el valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad, pero rodeada de toda una serie de garantías conforme a la jurisprudencia más avanzada sobre esta cuestión; como novedad muy destacable se incluye un procedimiento abreviado, con posibilidad de pago voluntario de las sanciones mediante el incentivo de la reducción del 50% de su importe.

Conviene señalar, por último, que la entrada en vigor de esta nueva Ley Orgánica se pospone, salvo para una disposición sobre control de precursores de drogas, al 1 de julio de 2015, tiempo suficiente por tanto para realizar una inversión formativa dirigida especialmente a los funcionarios de las cuerpos y fuerzas de seguridad, capacitación en la que sería aconsejable que se ofrecieran perspectivas distintas a la

eminentemente policial, colaborando en la misma jueces y otros profesionales sensibles en la comprensión de los principios de proporcionalidad y máximo respeto de los derechos, incluyendo –¿por qué no?– personas de movimientos sociales que organicen movilizaciones y manifestaciones en lugares públicos.

La seguridad ciudadana es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho, reza el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015. Nadie puede dudarlo, pero para realizarse plenamente este principio el poder público ha de demostrarse capaz de proteger a los ciudadanos sin sacrificar sus expresiones, reuniones y manifestaciones, controlando en cambio a quienes representan una verdadera amenaza para nuestros derechos y modelo de convivencia, que son quienes no tienen reparo a la hora de matar. De esto habría de ocuparse un poco más el legislador, pues el presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho consiste en proteger la libertad de quienes no creen verdaderamente en ella.

Vale.

# La reforma de la Ley de Propiedad intelectual: ¿entre la necesidad y la oportunidad?

## *Reform of Intellectual Property Law: between the need and opportunity?*

**Raquel Xalabarder Plantada**

Catedrática de Propiedad Intelectual

Universitat Oberta de Catalunya

[rxalabarder@uoc.edu](mailto:rxalabarder@uoc.edu)

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

El pasado 4 de noviembre del 2014, se aprobó la Ley 21/2014 de reforma del Texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual. Se trata de una reforma amplia que trata temas muy dispares, aunque sólo alguno de ellos logró acaparar la atención de los medios de comunicación y el público. Aquí nos proponemos repararlos todos y analizar su necesidad y oportunidad, aprovechando la perspectiva que nos ofrece el tiempo transcurrido desde su aprobación.

## 1. LA NECESIDAD

Entre las reformas necesarias se encuentra la transposición de dos directivas comunitarias: la Directiva 2011/77/UE, de 27 de septiembre, que amplía el plazo de protección de los fonogramas (de 50 a 70 años desde su publicación) y la Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre, que permite a bibliotecas, museos y archivos públicos digitalizar y poner a disposición del público en Internet aquellas obras «huérfanas» –obras de autor desconocido o ilocalizable– en sus colecciones.

La primera Directiva asegura que el colectivo de músicos y cantantes de fonogramas continuará recibiendo protección (léase, remuneración) durante 20 años más. Esta medida va dirigida especialmente a los fonogramas de los años 60 que aún tienen valor comercial en el mercado (pensemos en los Beatles, o en Cliff Richards –con cuyo nombre se «bautizó» esta Directiva) y que de no haber alargado el plazo de protección hubieran ido cayendo en el dominio público de forma inminente, a medida que transcurrieran los 50 años desde su grabación. En cualquier caso, ni siquiera con esta extensión, se aproxima el plazo de protección de estos artistas al de los autores que sigue siendo –por norma general– mucho más largo: hasta 70 años a partir de la muerte del autor. A título de apunte: el plazo ampliado sólo se aplica a los fonogramas, grabaciones musicales (no a las grabaciones audiovisuales, películas, etc.) y no sólo beneficiará a sus artistas sino también a sus productores que –al fin y al cabo– obtuvieron en su momento la cesión de derechos de explotación de los artistas. Justamente por este motivo, la Directiva interviene con medidas concretas en la relación entre artista y productor durante el plazo ampliado: si el productor no lleva a cabo la explotación comercial del fonograma durante el plazo ampliado, el artista podrá resolver el contrato de cesión con el productor y recuperar sus derechos de explotación sobre el fonograma; y si el artista recibió una remuneración única al cederle sus derechos, recibirá del productor una remuneración anual adicional durante el plazo ampliado –remuneración que será irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria y que consistirá en el 20% de los ingresos del productor el año anterior–.

La segunda Directiva pretende salvar uno de los principales obstáculos para la difusión online de las obras depositadas en museos, archivos y bibliotecas y para la construcción de agregadores culturales como Europeana (<http://www.europeana.eu>). La intención es buena, pero las medidas se quedan cortas. Veamos por qué. Actualmente, la ley autoriza a estas instituciones a escanear obras en su haber para fines de conservación, pero no para su difusión; por lo tanto, cuando una institución cultural quiere escanear y colgar en su web una obra protegida incluida en su catálogo necesita obtener la autorización de su autor o titular. Conseguir tal autorización es imposible cuando el autor o titular es desconocido o, conociéndolo, no se le puede localizar. En tales casos, el cumplimiento de la Ley de Propiedad intelectual se convierte en un impedimento para la difusión y el acceso cultural e, incluso, frustra oportunidades de

comercialización de tales obras. Para superarlo, la Directiva autoriza a estos centros a digitalizar y colgar online las obras «huérfanas» que tengan en sus colecciones –tras haber realizado sin éxito una «búsqueda diligente» del titular– y salvaguardando la posibilidad de que éste aparezca en cualquier momento y ponga fin a esta difusión. La habilitación legal, pero, acaba aquí; no se permite ningún otro uso, quedando, pues, sin respuesta las opciones de explotación por parte de agentes en el mercado (tales como productores de cine o editores, pero también productores de documentales o editores escolares) interesados en utilizar tales obras –normalmente, de gran valor informativo, histórico y cultural– para fines comerciales o educativos, informativos, etc. En otros países –como, por ejemplo, Canadá– se han habilitado mecanismos para la autorización gubernamental de tales usos, en beneficio de todos: el autor o titular, el agente que realiza la explotación y, en general, la sociedad que podrá conocer más fácilmente estas obras «huérfanas». Algunas entidades de gestión ya están trabajando para ofrecer algún tipo de licencia colectiva que cubra la explotación de tales obras que, siendo «huérfanas», no están en su catálogo colectivo.

Son ambos temas de gran calado que en su momento fueron muy debatidos en el marco de la UE –e incluso cuestionada la necesidad de ampliación del plazo de los fonogramas–. Sin embargo, su transposición en España pasó sin pena ni gloria y con la conocida técnica del «recorta y pega», a la que ya nos tiene acostumbrados el legislador español cuando transpone normativa comunitaria.

## 2. LAS OPORTUNIDADES

Más allá de estas dos reformas obligadas por la UE, aprovecha el legislador español para incluir otras medidas muy diversas.

La primera, para aliviar el maltrato histórico de los fines docentes y de investigación en la Ley de Propiedad intelectual con una ampliación y una adición de límites. Tradicionalmente, los únicos usos docentes y de investigación permitidos por la ley –sin necesidad de autorización del titular– eran los amparados bajo el llamado «derecho de cita»: utilizar una obra ajena para fines de «cita o para su análisis, comentario o juicio crítico» (art. 32.1 TRLPI). En el 2006, con ocasión de la incorporación de la Directiva 2001/29/UE, sobre derecho de autor en la Sociedad de la Información, se introdujo un nuevo límite autorizando al «profesorado de la educación reglada» a utilizar «pequeños fragmentos de obras» para fines educativos «en las aulas». Este límite que ya nació insuficiente (sólo cubre la educación reglada, en contextos presenciales y con un alcance más reducido que el «derecho de cita»), se amplía ahora por una doble vía: para cubrir también la educación a distancia (incluida la online) y a los centros de investigación; siempre asegurando que tales usos se realizarán únicamente dentro del centro y que sólo serán accesibles a los estudiantes o los investigadores del mismo.

Además, se introduce un nuevo límite a favor de universidades y centros públicos de investigación para autorizar el uso parcial de publicaciones (un capítulo de libro, un artículo de revista, el 10% o extensión equivalente) a cambio de una remuneración equitativa, sujeta a gestión colectiva obligatoria. Al tratarse de publicaciones, ello apunta exclusivamente a CEDRO, la entidad de gestión de autores y editores de obras literarias. Es plausible que la explicación de este nuevo límite sea el enfrentamiento que esta entidad de gestión ha mantenido con el sector universitario, reacio a obtener la correspondiente licencia para el uso de obras protegidas en sus intranets, y que se ha saldado con tres demandas (contra la UB, la UAB y la Universidad Carlos III) y dos sentencias condenatorias con elevadas indemnizaciones por infracción de la propiedad intelectual (una de ellas, confirmada e incluso incrementada en apelación). Ello significa que las universidades deberán pagar por tales usos (deberán acordar una tarifa con CEDRO y, a falta de acuerdo, la fijará la Comisión de la Propiedad Intelectual), pero también que ni autores ni editores podrán prohibir tales usos o licenciarlos a parte.

De nuevo se trata de reformas insuficientes. La educación y la investigación requieren del uso de obras protegidas que van más allá de los actualmente permitidos por la ley española. Piénsese en el uso de «pequeños fragmentos» en la educación no reglada (escuelas de idiomas, música, etc.) o en el uso de fragmentos no tan pequeños en la educación (reglada o no reglada), así como en el uso en universidades de otro material protegido (música, películas, obras de arte, fotografías...), etc. Tales usos sólo serán posibles previa licencia del titular; lo cual significa que puede también prohibirlos, directamente o a través de precios o condiciones que las instituciones educativas y de investigación no puedan aceptar. Es fundamental para el crecimiento cultural de una comunidad que la ley ampare los usos docentes y de investigación frente al ejercicio del derecho exclusivo del titular. Es obligación del legislador encontrar el justo equilibrio entre los derechos fundamentales a la educación e investigación, y la protección de la propiedad intelectual. Para ello, podría el legislador español haber tomado ejemplo de los límites más completos y amplios existentes en otros países europeos e incluso del art. 5.3 (a) DDASI, en lugar de optar por medidas complejas e incompletas.

Aprovecha también el Gobierno para consolidar y poner cierto orden entre las múltiples disposiciones que durante los últimos años han ido modificando el régimen de la copia privada y su compensación. Tradicionalmente, la Ley de Propiedad intelectual permitía la realización de «copias para el uso privado del copista» (art. 31.1 TRLPI) a cambio de una compensación equitativa para autores y titulares. Esta compensación se hacía efectiva a través de un canon aplicado a equipos, aparatos y soportes «idóneos» para realizar copias privadas (art. 25 TRLPI). Por *Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*, se substituyó el sistema del canon por la compensación de autores y titulares «con cargo a los presupuestos generales del Estado». El Real Decreto 1657/2012, de 7 diciembre, reguló el establecimiento de la cuantía



compensatoria y su distribución entre las diferentes entidades de gestión afectadas (ya que la compensación sigue teniendo carácter irrenunciable y es de gestión colectiva obligatoria) y, desde entonces, la cuantía compensatoria se ha establecido anualmente por Orden ministerial (8.636.728 € para el 2012, 5.000.000 € para el 2013 y la misma cantidad para el 2014, prevista en la Ley de presupuestos de 2015); cantidades que quedan muy lejos de los más de 100.000.000 euros que las entidades de gestión recaudaron en el 2011 mediante el canon compensatorio por copia privada. Aprovechó, pues, el Gobierno (y el legislador) para redactar de nuevo los artículos 25 y 31 TRLPI, pero también para restringir el alcance de la copia privada a su mínima expresión: para cubrir sólo aquellas copias que se hagan a partir de ejemplares comprados por el propio usuario o de obras difundidas por radio o televisión. De esta manera, se justifica la drástica reducción de su compensación. Restricción comprensible pero, posiblemente, desleal tanto para con el colectivo de autores y titulares (que difícilmente se verán compensados de forma «equitativa» a las copias privadas que se hacen de sus obras), así como para con los usuarios y consumidores (quienes pasarán de realizar copias que tradicionalmente quedaban amparadas por este límite legal a convertirse en infractores de la propiedad intelectual). Por suerte, este despropósito puede quedar pronto superado por la armonización europea de la compensación por copia privada que al parecer la Comisión Europea pretende llevar a cabo o, simplemente, por las instrucciones del Tribunal de Justicia de la UE cuando resuelva las cuestiones prejudiciales que tiene pendientes en relación con la copia privada y su compensación (cuestiones C-572/13 y C-470/14); esta última planteada por EGEDA preguntando, en concreto, si el sistema de compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado se ajusta a la normativa comunitaria y, de ser así, si la fijación de la cuantía compensatoria dentro de los límites presupuestarios del Estado puede considerarse «equitativa» –tal como exige la normativa comunitaria y nacional–. En otro orden, también será interesante ver cómo se manifiesta el Tribunal Constitucional español al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo parlamentario Socialista, y admitido a trámite el pasado 3 de marzo, contra el pago de la compensación equitativa con cargo a los presupuestos generales del Estado.

El Gobierno y el legislador español aprovecharon también la reforma para exigir una mayor transparencia a las entidades de gestión y establecer un mayor control por parte del Gobierno. Como novedades, se establece la obligación de negociar tarifas con los usuarios y, en caso de no llegar a un acuerdo, éstas serán fijadas por la Comisión de la Propiedad Intelectual, en su Sección Primera, que además ve ampliadas su función de control sobre estas entidades (por ejemplo, para asegurar que actúan de buena fe en la negociación de las tarifas, sin abusar de su posición, y que éstas sean adecuadas, equilibradas y no discriminatorias). Se impone también a las entidades de gestión la obligación de actuar a través de una «ventanilla única» (operada por una entidad privada independiente financiada por las propias entidades de gestión) cuando

coincidan licencias de diferentes titulares (entidades de gestión) sobre un mismo acto de explotación. En el orden interno, se establecen medidas para una mejor gestión y transparencia en el funcionamiento de la entidad de gestión, tanto en el sistema de votación, como en la obligación de tener cuentas separadas de ingresos y activos, como en la responsabilidad de los órganos de Gobierno. Pero, de entre todas, la medida más desagradable (y que no encuentra justificación directa en la Directiva ni parangón en otros países europeos) es la introducción de un régimen sancionador –para cuando la entidad inclumpla tales medidas– que incluye desde multas hasta la inhabilitación de la entidad de gestión e incluso la posibilidad de que sea intervenida. Es cierto que en todos los países europeos existe algún tipo de control o supervisión gubernamental sobre las entidades de gestión y que el grado de control varía de país en país; pero en ninguno se prevé un régimen sancionador administrativo como el introducido en España y, por norma general, sólo un juez puede ordenar la disolución de la entidad.

Estas medidas han sido duramente criticadas por las propias entidades que ven en ello una excesiva intervención del Estado en su actividad –al fin y al cabo, son entidades privadas con base asociativa que gestionan los derechos que sus miembros les encargan–. Ahora bien, no podemos olvidar que por imperativo legal gestionan también licencias y remuneraciones directamente establecidas por la ley y que, por este motivo, gozan de una posición de privilegio en el mercado que explica y justifica su control gubernamental. El grado de control necesario es cuestión de opinión.

También procede cuestionar la oportunidad de esta reforma sabiendo que en breve el capítulo de las entidades de gestión deberá ser revisado –tal como ya reconoce la propia ley en su exposición de motivos– al implementar la Directiva 2014/26/UE, de 26 febrero, sobre gestión colectiva y música online. Esta Directiva fue aprobada justo después de la introducción del proyecto de ley en las Cortes Generales y, a pesar de las diversas enmiendas parlamentarias que proponían su eliminación a la espera de una reforma más completa con la implementación, se mantuvieron en la Ley 21/2014. Posiblemente el Gobierno entendió que por razones políticas o sociales (¿tal vez a la vista de los lamentables acontecimientos que se vivieron en SGAE?) la reforma no podía esperar. En cualquier caso, parece innegable que las medidas introducidas por la reforma no son contrarias ni disonantes con la Directiva comunitaria. Más interesante será ver el encaje constitucional que el Tribunal Constitucional español, en el marco del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 21/2014, da a la obligación de operar a través de una «ventanilla única».

Merece especial mención la modificación que se hace del art. 159 TRLPI para resolver el contencioso endémico relativo a las competencias de Gobierno central y Comunidades Autónomas sobre las entidades de gestión. Por un lado, se deja claro que las CCAA con competencias de ejecución en materia de propiedad intelectual podrán ejercer las funciones de inspección, vigilancia, control y de sanción de las entidades de

gestión que desarrollen su actividad ordinaria «principalmente» en tal territorio; pero, por otro lado, se añade que ello será así cuando más del 60% de la recaudación provenga de tal territorio y más del 50% de sus asociados tengan domicilio social y fiscal en el mismo. Con ello, se blindan las competencias de ejecución sobre las entidades de gestión a favor del Ministerio –al menos, respecto de las entidades de gestión que actualmente existen en España–.

Y para cerrar la sección de oportunidades, uno de los temas con más atracción mediática: la lucha contra la llamada «piratería» online. Posiblemente nadie espera milagros de ella –a la vista de los resultados obtenidos hasta la fecha–, pero la reforma sigue insistiendo con la llamada «Comisión Sinde» –creada por el Gobierno socialista– y amplía sus competencias. Con la Ley 2/2011 de Economía Sostenible se creó una sección segunda dentro de la Comisión de Propiedad Intelectual para atender las peticiones de los titulares contra infracciones de la propiedad intelectual cometidas a través de prestadores de servicios de Internet. Esta sección podía adoptar medidas de cesación (ordenando el fin del servicio o la retirada del contenido infractor) cuando el prestador del servicio –directa o indirectamente– actuara con ánimo de lucro y pudiera causar un daño patrimonial. Esta vía gubernamental fue, en aquel momento, la única respuesta que se encontró para salir del atolladero en que se encontraba la lucha contra el uso masivo de programas de «intercambio» de ficheros (de obras y prestaciones protegidas): por una parte, porque en España los operadores de Internet sólo están obligados a dar información sobre datos personales de sus usuarios/clientes en el marco de un proceso penal (no en las demandas civiles, por infracción de la propiedad intelectual), de manera que al ser imposible conocerle no será posible accionar contra el usuario por vía civil; y, por otra parte, porque una *Circular* de la Fiscalía General del Estado de 2006 dio instrucciones para que en el delito contra la propiedad intelectual tipificado en el art. 270 Código Penal, el requisito del «ánimo de lucro» se entendiera exclusivamente como ánimo de lucro comercial, de manera que se cerraba la vía penal para perseguir infracciones cometidas por los usuarios a través de redes P2P que no perseguían lucro comercial al simplemente ahorrarse el pago. La «Ley Sinde» fue una salida de emergencia, para evitar resolver los problemas de base, que ha resultado ser mucho menos eficaz de lo que se esperaba (sólo se han resuelto una veintena de casos).

La reforma del pasado noviembre aclara los supuestos de infracciones que pueden ir por esta vía gubernamental, amplía las medidas que se podrán adoptar y establece sanciones a los prestadores de servicios de Internet que se nieguen a cumplir con tales medidas. Ahora, la Sección Segunda podrá perseguir dos tipos de infracciones: contra los prestadores de servicios de intermediación que infrinjan «de forma significativa» (por nivel de audiencia y número de obras infringidas) y contra los prestadores de servicios que faciliten la localización de contenidos infractores (léase sitios web de enlaces, aun cuando sean los usuarios quienes proporcionen tales enlaces) que realicen una

actividad «activa y no neutral» (es decir, más allá de la simple intermediación técnica). Si el infractor no retira los contenidos o cesa en la actividad infractora, la Sección Segunda podrá ordenar a los intermediarios la retirada de los contenidos, pero también la suspensión del servicio de acceso a Internet del usuario, la cancelación del nombre de dominio (.es) o la suspensión de los servicios de financiación (pago electrónico o publicidad) disponibles en la página infractora. Además, quien se niegue de forma reiterada a cumplir las órdenes de la Sección Segunda podrá ser sancionado con multas económicas substanciales: de entre 30.000 a 300.000 € (para los usuarios y webs infractores) y de 150.001 a 600.000 € (para los prestadores de servicios –ya sea de intermediación, de pago o de publicidad– que se nieguen a colaborar).

Más eficaz será la modificación que también hace la Ley 21/2014 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para desencallar finalmente el acceso a la jurisdicción civil para perseguir este tipo de infracciones de la propiedad intelectual. Los titulares –antes de iniciar una demanda por infracción de la propiedad intelectual– podrán obtener, en casos especiales, los datos personales del usuario (supuestamente infractor) o del titular del web que facilita la infracción (por ejemplo, que contiene los enlaces a contenido P2P infractor) para poder interponer la demanda. Estarán obligados a dar tal información los prestadores de servicios de intermediación de Internet y también quienes provean servicios de pago o de anuncios en las páginas infractoras. También se prevé expresamente que el titular podrá pedir medidas de cesación y medidas cautelares no sólo contra el infractor, sino también contra el prestador de servicio de intermediación.

En cuanto a la vía penal, es de esperar que la reforma del Código Penal actualmente en curso modifique el redactado de este artículo, en especial, el requisito del ánimo de lucro, para que las infracciones a través de sistemas P2P (al menos, algunas) puedan ser consideradas delito contra la propiedad intelectual.

Incluso, para acabar de cerrar todas las posibles vías para luchar contra la infracción online, se añade un nuevo apartado en el art. 138 para considerar también responsable de la infracción a «quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor». Se trata justamente de los supuestos clásicos de *Contributory Infringement* y *Vicarious liability* importados directamente de la jurisprudencia norteamericana y que han servido para responsabilizar a los proveedores de software P2P, como Grokster, por las infracciones de propiedad intelectual que cometían sus usuarios.

Son medidas extrañas, desesperadas y, posiblemente, excesivas en algún punto, pero que demuestran una clara voluntad de luchar contra la infracción masiva de propiedad intelectual que –ya sea por desconocimiento legal o por desapego cultural– existe lamentablemente en nuestro país.

### 3. Y ALGUNA SORPRESA

Dejamos para el final lo que apareció al final y de forma inesperada: la llamada «tasa Google» que, dicho sea de paso, ni es tasa, ni afecta únicamente a Google. Esta disposición no se recogía en ninguno de los borradores del anteproyecto trabajados e informados preceptivamente antes de la introducción del proyecto en las Cortes Generales y simplemente apareció por primera vez –casi podríamos decir con nocturnidad y alevosía– en el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de febrero de 2014.

Introduce la Ley 21/2014 un nuevo párrafo en el art. 32.2 TRLPI autorizando a los agregadores y motores de búsqueda a enlazar a páginas de noticias en Internet, a cambio de una remuneración equitativa –en el primer caso– y de forma gratuita –en el segundo–. Desatina aquí la reforma por un doble motivo, jurídico y de oportunidad. Por un lado, porque casi el mismo día que el Gobierno aprobaba el proyecto de ley, el Tribunal de Justicia de la UE resolvía justamente lo contrario: enlazar a obras (en este caso, también, artículos periodísticos) libremente accesibles online no es un acto de comunicación pública que requiera la autorización del titular (caso *Svensson* C-466/12); con lo cual, si no hay acto de explotación, no hay necesidad (y menos, justificación) de autorización ni remuneración alguna –al menos, no al amparo del derecho de autor–. Y, por otro, porque una reforma similar ya fracasó en Alemania el año pasado: el legislador reconoció a los editores de prensa un derecho para autorizar o prohibir la agregación de sus contenidos, Google News dejó de indexarles y, al perder lectores, los periódicos se apresuraron a autorizar la agregación de sus contenidos sin exigir remuneración.

Además, el texto de la disposición es tan ambiguo que podría ser de aplicación no sólo a los agregadores de noticias –que, al parecer, son los servicios a los que va dirigida la medida– sino a cualquier web o persona que enlazara a contenidos protegidos online. Se trata, además, de una remuneración irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria. Es explicable que ambas medidas vayan juntas (si sólo se puede gestionar de forma colectiva, tiene lógica que la remuneración sea irrenunciable), pero es difícilmente justificable que la ley obligue colectivamente a una remuneración que podría ser fácilmente negociada, gestionada (o renunciada) de forma individual.

Cabe apuntar también a la inexplicable (desde la lógica) exclusión de las fotografías, así como al sinsentido que se deriva de su lectura inversa: que los enlaces por parte de motores de búsqueda a contenidos que no estén incluidos en la autorización legal quedan sujetos a la previa licencia del titular o que los enlaces por parte de alguien (individuo o empresa) que no sea un agregador o un motor de búsqueda requieran la previa licencia del titular del contenido enlazado.

También es curioso que la medida se inserte justamente en el art. 32 TRLPI dedicado a los fines de cita y educativos. De hecho, el art. 32.1 siempre ha establecido (el texto sigue vigente) que las recopilaciones periódicas de noticias de prensa tienen

la consideración de cita y, por tanto, no requieren ni la autorización del autor ni, en principio, su remuneración. Ya en el 2006, se matizó esta excepción para la actividad del *press-clipping* (la reproducción digital de noticias con fines comerciales) dejando en manos de los titulares de noticias la decisión de si reservarse la facultad de licenciar esta actividad o si, por defecto, autorizarla a cambio de una remuneración. Además de las numerosas dificultades generadas por su deficiente redacción y la poca eficacia, esta medida quedó rápidamente superada por la propia tecnología y el mercado periodístico: a medida que los periódicos pusieron sus contenidos en abierto online, los proveedores de servicios de *press-clipping* se limitaron a «enlazar» a tales contenidos en lugar de propiamente a «reproducirlos». La Ley 21/2014 no altera ninguna de estas dos disposiciones, con lo cual queda por ver cómo van a integrarse la autorización legal amplia y gratuita para las recopilaciones de prensa con la actividad de *press-clipping* sujeta a licencia y remuneración (o simple compensación) y con la compensación irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria para la agregación de noticias.

A pesar del gran revuelo mediático que causó esta sorpresa de última hora y de que algunas enmiendas parlamentarias pedían su anulación, la medida resistió y fue aprobada por ambas cámaras parlamentarias sin modificación alguna. Por si alguien lo dudaba, pocas semanas después de aprobada la reforma, Google News cerraba su servicio en España <https://support.google.com/news/answer/6140047?hl=es>, a gran pesar tanto de los usuarios como de los propios periódicos (AEDE reconoce una pérdida de visitantes del 30% y la cifra es mucho mayor para los periódicos pequeños que no son miembros de AEDE). Las noticias siguen, por supuesto, pudiendo ser encontradas a través del buscador general de Google, mientras estén accesibles en los webs de los periódicos.

En realidad, en esta materia el derecho de autor acaba siendo rehén de un problema económico, social y cultural mucho más profundo. Es cierto que la mayoría de los servicios de agregación de noticias son empresas (algunas, muy lucrativas), pero es innegable que son instrumentos valiosísimos para facilitar el acceso a la información, derecho fundamental de los ciudadanos, y que aportan un volumen de tráfico considerable a los webs de los periódicos (especialmente, los pequeños). Es fácil (que no, justo) culparles sólo a ellos por la pérdida de ganancias del sector de la prensa, pero pervertir la LPI –sin fundamento jurídico alguno– para ayudarles a compensarlas es un grave error. Además, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recordó al Gobierno los efectos anticompetitivos que esta medida podría causar en el mercado. Son múltiples y variados los intereses en juego; dejar la agregación de noticias únicamente en manos del derecho exclusivo de los titulares no parece ser la solución más acertada ni equilibrada.

Una reforma con medidas muy dispares, algunas necesarias, algunas atrevidas y otras claramente precipitadas y torpes. En todo caso, una reforma que nace con plazo de caducidad, por cuanto la propia Ley 21/2014 apunta, en su Disp. Ad. 4.ª, que en el plazo de un año se empezará a trabajar en una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual. Veremos...



# A propósito de dos importantes y recientes reformas de nuestra legislación mercantil: sociedades de capital y segunda oportunidad

*About two major and recent reforms of our Commercial Law: corporations and second chance*

**Juan Carlos Sáenz G.<sup>a</sup> de Albizu**

**Rafael Lara González**

Catedráticos de Derecho Mercantil

Universidad Pública de Navarra

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

## 1. PRELIMINAR

Probablemente nuestra presencia en esta Tribuna tiene una especial razón de ser, la cual obedece, más que a los concretos temas que trataremos de presentar o introducir, a la oportunidad que esta revista nos brinda al permitirnos rendir un merecido

homenaje a dos ilustres salmantinos, viejos alumnos ambos de esta Universidad y grandes juristas más tarde que, sin embargo, nos abandonaron de forma prematura.

Vaya así, en primer lugar, el recuerdo para nuestro querido Maestro el profesor D. Aníbal Sánchez Andrés, entusiasta cultivador del Derecho de Sociedades y pionero en la elaboración de nuestro moderno Derecho del Mercado de Valores, cuyas bases contribuyó decidida y definitivamente a establecer. Salmantino y destacado alumno de la Universidad de Salamanca lo fue también nuestro querido amigo y excelente compañero el profesor D. Emilio Beltrán Sánchez, de quien también son, sin duda, tributarios tanto nuestro Derecho de Sociedades como, sobre todo, nuestra más reciente Legislación Concursal.

Es a estos dos insignes mercantilistas salmantinos a quienes están dedicadas estas líneas que ahora siguen.

## 2. LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

La Ley 31/2014 vio la luz el pasado 4 de diciembre de 2014, fecha en la que apareció publicada en el *Boletín Oficial del Estado*; como tiene ocasión de recordarnos el Preámbulo de la misma el antecedente de esta Ley hay que buscarlo en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 por el que se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, destinada, por un lado, a proponer las reformas necesarias para garantizar el buen gobierno de las empresas y, por otro, a acometer la revisión y actualización del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

El texto de la ley se hace eco casi de forma literal del contenido del Informe que emitió dicha Comisión de Expertos, agrupándose su contenido en dos categorías: modificaciones referidas a la junta general y modificaciones que inciden en el órgano de administración, las cuales pueden ser de aplicación, a su vez, en sociedades cotizadas y en sociedades que no lo son.

Por lo que se refiere a las principales novedades que afectan a la Junta General y, por extensión, a los derechos del socio, habría que comenzar destacando que la Ley extiende a las sociedades anónimas la posibilidad anteriormente prevista para las sociedades de responsabilidad limitada de que la Junta pueda intervenir también en asuntos de gestión, al tiempo que se amplían las competencias de aquella tanto en las sociedades cotizadas como en las no cotizadas (arts. 160, 161 y 511 bis LSC).

Así mismo, el nuevo artículo 190 viene a aproximar el régimen de las sociedades anónimas en materia de prohibición del voto en caso de conflicto de intereses a lo establecido con anterioridad para las sociedades de responsabilidad limitada. En materia de acuerdos sociales, la novedad más significativa afecta a la redacción del artículo

201 de la LSC, la cual prevé que los acuerdos ordinarios de las sociedades anónimas se adoptarán por «mayoría simple», sin perjuicio de lo cual, se incide también en la necesidad de votación separada de determinados asuntos (art. 197 bis LSC), incluidos aquellos relativos a modificaciones estatutarias que supongan un trato discriminatorio respecto de algunos de los accionistas pertenecientes a una misma clase de acciones. También sufre algunas modificaciones el derecho de información del accionista como puede verse en los artículos 197, 518 y 520 LSC.

Otra importante novedad la encontramos cuando nos aproximamos al régimen de impugnación de acuerdos sociales (arts. 204 a 206, 251 y 495 LSC) en relación con los cuales desaparece la vieja distinción entre acuerdo nulos y acuerdos anulables, estableciéndose un plazo de impugnación de un año que se ve rebajado a tres meses cuando se trate de sociedades cotizadas. Por lo que se refiere a la legitimación de los socios a la hora de impugnar se exige ser titular de al menos un uno por ciento del capital social, porcentaje que se ve rebajado a un uno por mil si se trata de impugnar acuerdos de sociedades cotizadas.

Por último, también es preciso mencionar dos cuestiones que afectan a la Junta General pero exclusivamente en sede de sociedades cotizadas. En primer lugar, el concepto general de minoría cifrado en el cinco por ciento se ve rebajado al tres por ciento en el artículo 495 LSC y, en segundo término, las limitaciones estatutarias del derecho de asistencia a la Junta nunca podrán suponer la exigencia de una participación superior a las mil acciones (art. 521 bis LSC).

La segunda parte de la reforma operada por la Ley 31/2014 afecta directamente al órgano de administración de las sociedades de capital, teniendo parte de las novedades un alcance general, mientras que otro conjunto de normas se refiere únicamente a las sociedades cotizadas. Así, un alcance general tiene la reforma de los artículos 225 a 230 y 232 LSC en los cuales se incide principalmente en relación con los deberes de diligencia y lealtad que son algunos de los que integran el buen hacer de los administradores.

En relación con lo anterior, se introducen también algunas modificaciones en los artículos 236 y 239, añadiéndose un nuevo 241 bis a la Ley de Sociedades de Capital, novedades todas ellas que afectan al régimen de responsabilidad de los administradores, en relación con el cual se produce la extensión subjetiva de la responsabilidad, una flexibilización de los requisitos y supuestos de legitimación requeridos para interponer la acción social de responsabilidad –advíertase que en las sociedades cotizadas la legitimación se rebaja al tres por ciento– y, por último, se introduce también alguna variación significativa a propósito del cómputo de la prescripción de las acciones de responsabilidad.

Finalmente, la reforma afecta también a la retribución de los administradores como puede verse en los nuevos artículos 217 a 219 de la LSC, pero quizás la novedad más destacada en esta materia consiste en que junto a la remuneración ordinaria de

los administradores o consejeros, el nuevo artículo 249 viene a regular una remuneración adicional que percibirán los consejeros cuando desempeñen funciones ejecutivas como consecuencia de su nombramiento como consejeros delegados o bien, incluso, por otro título.

Por último, la reforma analizada se detiene ante ciertos aspectos importantes que afectan a la administración de las sociedades cotizadas, destacando en primer lugar el relativo a la retribución de los consejeros (arts. 529 sexdecies a novodécies y 540 y 541 LSC), materia esta que va a estar presidida por una serie de ideas o principios: 1) la transparencia de las remuneraciones por los consejeros; 2) la adecuación de tales remuneraciones a las prácticas del mercado, a la propia situación de la sociedad y a las concretas funciones y responsabilidades de cada uno de esos administradores; y finalmente 3) el establecimiento de un procedimiento que permita aprobar la retribución y que, al tiempo, ayude a prevenir posibles conflictos de intereses.

Tampoco cabe silenciar algunas otras modificaciones que afectan principalmente a la propia configuración del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas, aspectos estos con los cuales daremos con concluida esta sucinta exposición sobre la materia societaria objeto de reforma. Así, en los artículos 529 bis y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital se introducen, entre otras, las siguientes novedades: 1) Se impone la estructura de Consejo de Administración como forma de administración que obligatoriamente habrán de adoptar las sociedades cotizadas; 2) se reduce la duración del cargo de consejero de seis años a cuatro a la vez que se facilita la elección de consejeros por cooptación al no exigirse que el designado reúna la condición de accionista; 3) se concretan y ordenan las funciones tanto del Presidente como del Secretario del Consejo; o 4) se introducen importantes novedades respecto de la composición de la Comisión de auditoría y de la Comisión de nombramientos y retribuciones.

### **3. EL RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO AL DEUDOR PERSONA NATURAL DE BUENA FE (LA SEGUNDA OPORTUNIDAD)**

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE n.º 51, de 28 de febrero) ha venido a establecer de manera muy especial la denominada normativa sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe esa expresiva denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

Con el fin de abordar la llamada segunda oportunidad el legislador ha optado pues por modificar nuevamente la Ley Concursal asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores, en especial la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma, que ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo, ha servido como base para la nueva reforma (FERNÁNDEZ SEJO, J. M.<sup>º</sup>. 2015: «Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad». *Diario La Ley*, 13 de marzo de 2015, n.º 8500).

Así, el Real Decreto-Ley 1/2015 supone una nueva reforma de la Ley Concursal, que culmina –por ahora– el carrusel iniciado por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; al que siguió la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; y la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre –pendiente de desarrollo reglamentario, fundamentalmente, en el ámbito del estatuto de la administración concursal–; así como el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal –tramitándose en la actualidad como Proyecto de Ley– (cfr. CAMPUZANO, A. B. 2015: «El Derecho de la insolvencia». *e-Dictum*, marzo 2015, n.º 39).

La Exposición de Motivos de la nueva norma señala que la experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía; y ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.

La norma en su preámbulo lleva a cabo una curiosa justificación de la segunda oportunidad prevista para las personas físicas y que se halla destinada a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. En efecto, desde un punto de vista jurídico, pone de relieve que el concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. La ficción consistente en equiparar una organización de bienes y personas a la persona natural ha tenido importantes y beneficiosos efectos en la realidad jurídica y económica. Mediante dicha ficción, las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose

las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo.

Se afirma también que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal. Pero la limitación de responsabilidad es una limitación de responsabilidad de los socios, que no de la sociedad, la cual habrá de responder de sus deudas con todo su patrimonio presente y futuro. La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Además, la norma expone que muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

En definitiva, el deudor persona natural «podrá» obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en artículo 178 bis LC, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Es por ello que la segunda oportunidad se configura como una excepción a la regla general que sigue siendo la de la responsabilidad universal del deudor, pues el artículo 178.2 establece, sin lugar a duda, que «fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».



El deudor para poder beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho deberá presentar su solicitud ante el Juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3 LC. Ahora bien, solo se admitirá la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe, entendiéndose que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable; 2.º Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme; 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos; 4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios; 5.º Que, alternativamente al número anterior: I) Acepte someterse al plan de pagos, II) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42, III) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años, IV) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, V) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos; 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos, quedando a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado. Si el concursado estuviera casado en régimen de gananciales u otro de comunidad (*v. gr.* régimen de conquistas en el régimen foral de Navarra) y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico conyugal, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá

al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el Juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 del artículo 178 bis antes reproducido y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

Las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés. A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el Juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Ahora bien, cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del Juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 178 bis hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos; c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultados.

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el Juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Transcurrido el plazo de los cinco años siguientes a su concesión sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el

concurso. También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables, entendiéndose a estos efectos por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno.

En conclusión, la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor persona física no se encuentra configurada a modo de efecto automático de la liquidación concursal, sino que, partiendo del principio rogatorio del propio deudor, se establece un procedimiento contradictorio que puede dar lugar a una resolución judicial (auto) de exoneración provisional hasta alcanzar la definitiva, encontrándose además dicha exoneración en conexión con el acuerdo extrajudicial de pagos que debe haber fracasado, conduciendo con ello al deudor al concurso consecutivo.

El Real Decreto-Ley 1/2015 entró en vigor el pasado 1 de marzo (disposición final tercera), pudiéndose acoger al mecanismo de la segunda oportunidad los deudores personas físicas que se encuentren a esa fecha incursos en el trámite del concurso (disposición transitoria primera). Ahora bien, en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor de la norma, el deudor también podrá beneficiarse de la exoneración si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario; y durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma con rango de ley no será exigible que el deudor no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (asimismo, disposición transitoria primera).



# La participación política a través de las agrupaciones de electores: ¿mito o realidad política?

*Political participation through voters' groups: Myth or political reality?*

**José Luis Mateos Crespo**

Licenciado en Derecho

Estudiante de Doctorado en la Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 14 de marzo 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

La Constitución española de 1978 otorga un papel esencial a los partidos políticos, haciendo mención expresa en su artículo 6, situado en el Preámbulo del texto constitucional. Los partidos políticos son reconocidos como expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política –reconocida, a su vez, en el artículo 23 CE–, lo que les confiere un peso específico notable en la configuración política e institucional española.

El constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial contribuyó a la creación de un nuevo modelo de Estado: el Estado de partidos o lo que en ocasiones se ha venido a denominar el Estado de los partidos. Ello se tradujo en las constituciones de los principales países europeos, reconociendo a los partidos al mismo nivel de las asociaciones; aunque eso no fue así en el caso español, donde el modelo europeo

*José Luis Mateos Crespo*  
La participación política a través de las agrupaciones de electores: ¿mito o realidad política?

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 3, junio 2015, 37-40  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

de partidos se acentuó por efecto del papel que tuvieron y se les otorgó durante la Transición política a mediados de los años setenta del siglo pasado. Así, como apuntó A. Gramsci, los partidos fueron concebidos como «los nuevos príncipes de la democracia».

Los partidos han protagonizado y siguen protagonizando la vida política española, al configurarse prácticamente como los únicos instrumentos útiles –a modo de monopolio– para poder participar en política. Kelsen, en su obra *Esencia y Valor de la Democracia*, concebía la democracia como aquel modelo en el que los partidos políticos son pieza imprescindible, pues «sólo desde la ingenuidad o desde la hipocresía puede pretenderse que la democracia sea posible sin ellos»; que, trasladado a la actualidad, se podría identificar con el modelo de Estado y sistema de representación español.

En este sentido, las instituciones se han convertido, en muchas ocasiones, en una prolongación de las estructuras orgánicas partidarias. Los parlamentos, sedes de la soberanía, son, en realidad, un conjunto de representantes ya no agrupados sólo por ideologías contrapuestas, sino por partidos diferentes. Tal es así que las posiciones de los diferentes Grupos Parlamentarios en la actividad ordinaria del Legislativo son previamente determinadas por las cúpulas de los partidos políticos, cuya presencia también se hace notar en los órganos de dirección de cada grupo político en el Parlamento.

La pérdida de confianza en los partidos políticos ha derivado en la búsqueda de nuevas fórmulas con las que los ciudadanos pueden concurrir a los procesos electorales. La legislación electoral permite concurrir a las elecciones a través de las agrupaciones de electores, además de los partidos políticos. La fórmula de la agrupación electoral ha sido empleada de forma residual en los diferentes procesos electorales y en circunstancias muy concretas, siendo a través de los partidos políticos la forma habitual de presentación de candidaturas electorales.

En España, las experiencias políticas en relación a las agrupaciones de electores han tenido una vinculación concreta a la continuación de la actividad política por parte de partidos políticos ilegalizados. Sucedió como consecuencia de la aplicación de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, derivada del «Acuerdo por las Libertades y contra el Terrorismo», firmado por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, en diciembre del año 2000. La Ley de Partidos del año 2002 tenía por finalidad la ilegalización de aquellas fuerzas políticas con vinculación directa o indirecta con la banda terrorista ETA –Euskadi Ta Askatasuna (Euskadi y Libertad)– y su entorno.

Tras la ilegalización de los partidos del entorno terrorista –en un primer momento: Herri Batasuna-HB, Euskal Herritarrok-EH, Batasuna; y ANV o PCTV, posteriormente–, en aplicación de la LO 6/2002, muchos de sus seguidores optaron por la utilización fraudulenta de las agrupaciones de electores para concurrir a las sucesivas citas electorales, evitando así el control existente sobre los partidos. Esta práctica dificultó notablemente

la labor de control por los tribunales, teniendo que analizar candidatura a candidatura los vínculos que, en su caso, podría tener cada persona con el entorno terrorista.

Recientemente, las agrupaciones de electores han empezado a ser utilizadas para lo que fueron concebidas en el momento de la redacción de la legislación electoral. Las agrupaciones de electores son un instrumento establecido por la Ley Electoral vigente –Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, LOREG– para la participación política de los ciudadanos, independiente de la usual institución del partido político. Su razón de ser tiene el único objetivo de concurrir a unas elecciones y, una vez celebradas, su entidad jurídica se diluye, sin pervivir en el tiempo –como sí ocurre con los partidos políticos–. Este rasgo, unido a los requisitos para formalizar una candidatura avalada por un determinado número de electores dificulta, en cierto modo, su utilización por parte de los ciudadanos para participar políticamente y, en su caso, obtener representación en las instituciones. Los requisitos que debe reunir la candidatura para concurrir a las elecciones como agrupación de electores deben darse cumulativamente para cada proceso electoral.

El rasgo característico de este tipo de candidaturas es, precisamente, contar con el apoyo expreso –mediante aval formalizado– de un determinado número de electores, que deberán formar parte del cuerpo electoral de la circunscripción en donde la candidatura pretenda concurrir. La recogida de los avales debe realizarse, una vez convocadas las elecciones, por medio de un formulario en el que expresamente se determine el apoyo a la candidatura, la firma y el DNI del elector avalista. La legislación establece el número de firmas necesarias en función de la población y así, por ejemplo, en un municipio con una población de entre 50.001 y 150.000 habitantes, son necesarias al menos 1.500 firmas válidas. En los municipios de menos de 5.000 habitantes, el número de avales por medio de firma no podrá ser menor del uno por ciento de los inscritos, siempre y cuando el número de firmantes sea más del doble que los concejales a elegir, en el caso de concurrir a unas elecciones municipales.

Las firmas presentadas deben avalar expresamente una candidatura completa, que debe ser conocida previamente por el potencial avalista. En este sentido, una candidatura es completa –según lo dispuesto en el artículo 46 de la LOREG– cuando tiene tantos candidatos como puestos a cubrir; éstos deben haber aceptado previamente su inclusión en la candidatura y no tienen por qué pertenecer al censo electoral por cuya circunscripción concurrirán a las elecciones. Asimismo, la candidatura debe incluir su denominación, siendo potestativa la inclusión de símbolos y siglas. Este proceso de recogida de firmas como aval, que no deben realizar los partidos políticos con representación, supone un obstáculo importante que limita la concurrencia de este tipo de agrupaciones a las elecciones; aunque el tiempo de recogida de firmas puede ser utilizado también para dar a conocer la opción política que representan.

Además, los promotores de la agrupación de electores deben aportar necesariamente la siguiente documentación: candidatura completa –con tantos candidatos



como puestos a cubrir, y suplentes con un máximo de 10– y avalada por las firmas; comunicar la identidad de los promotores; la denominación, siglas o símbolos; el respeto a la composición equilibrada entre hombres y mujeres que integren la candidatura –en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis de la LOREG–; escrito de aceptación por cada candidato integrante de la candidatura acreditando no incurrir en ninguna causa de inelegibilidad; escrito de designación de representantes de la candidatura a efectos de la recepción de documentación y notificaciones –artículo 43 LOREG–; identificación de un administrador electoral, que deberá encargarse de la contabilidad de campaña, no pudiendo designarse a ningún miembro integrante de la candidatura (artículo 123.2 LOREG); y comunicar el número de la cuenta bancaria que será usada para realizar ingresos y gastos de la campaña. La candidatura, como en el caso de los partidos políticos, deberá ser presentada ante la Junta Electoral de la Zona a la que pertenezca el municipio al que concurra, entre el decimoquinto y el vigésimo día, contando el plazo desde la fecha de la convocatoria oficial de las correspondientes elecciones.

No obstante, para las próximas elecciones municipales, están surgiendo múltiples candidaturas al amparo de las agrupaciones de electores. Esta fórmula electoral se plantea como alternativa a los partidos políticos, intentando superar la crisis de representación existente –el «momento democrático» de crisis del Estado de partidos–; aunque, sin duda, la estabilidad que aporta una estructura partidaria a lo largo del tiempo será muy difícilmente suplida por esta fórmula electoral. Y ello se debe también a la dificultad para poner en marcha una agrupación de electores, en contraposición con los requisitos establecidos para los partidos políticos; lo que da cuenta de la ventaja de los partidos en la legislación electoral, sobre todo los partidos con representación –manteniendo el *statu quo* existente–.

**ESTUDIOS**



# Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional

## *The powers of the State as a guarantee of unit market in Constitutional Jurisprudence*

**Dionisio Fernández de Gatta Sánchez**

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

### Resumen

Uno de los ejes esenciales de la Constitución española de 1978 es el principio de unidad territorial, junto a los de autonomía y solidaridad, en cuyo contenido sustantivo se integran tanto el interés general del Estado como el principio de unidad de mercado. Entre los instrumentos más importantes que el Ordenamiento Constitucional pone al servicio de su consecución y mantenimiento deben resaltarse las competencias del Estado. A lo

### Abstract

*One of the essential elements of the Spanish Constitution of 1978 is the principle of territorial unity, together with autonomy and solidarity, in which substantive content both the general interest of the state as the principle of market unit are integrated. Among the most important tools that the Constitutional Planning makes available to its attainment and maintenance should highlight the powers of the State. Over the years, the*

largo de los años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mantenido y reafirmado tales principios, tal como se trata de reflejar este trabajo, analizándola.

*jurisprudence of the Constitutional Court has upheld and reaffirmed these principles as attempts to reflect this work, analyzing it.*

**Palabras clave:** Unidad; unidad de mercado; Constitución; Tribunal Constitucional; Derecho, España.

**Key words:** Territorial unity; unity market; Constitution; Constitutional Court; Law; Spain.

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU SIGNIFICADO. 2.1. La estructura territorial de España. 2.2. El principio de unidad: significado y contenido. 2.2.1. El concepto del interés general. 2.2.2. El principio de igualdad. 2.2.3. El principio de unidad de mercado. 2.3. El principio de autonomía. 2.4. El principio de solidaridad. 2.4.1. El objetivo del equilibrio económico interterritorial. 2.4.2. El principio de lealtad autonómica, institucional o constitucional. 2.4.3. El principio de colaboración o cooperación. 3. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO Y SU SIGNIFICADO. 4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO COMO GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. 4.1. La importancia de la regulación por el Estado de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. 4.2. Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado. 4.2.1. Las competencias del Estado en materia de obras públicas, ferrocarriles y transportes terrestres, comunicaciones, pesas y medidas, determinación de la hora oficial, recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía. 4.2.2. La unicidad económica nacional y las competencias del Estado en materia económica y sobre determinados sectores. 4.2.3. Las competencias del Estado sobre la legislación mercantil y en materia de defensa de la competencia y comercio. 4.2.4. Los títulos competenciales del Estado que avalan la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

**Summary:** 1. INTRODUCTION. 2. STRUCTURAL OF THE SPANISH CONSTITUTION OF 1978 AND THEIR MEANING PRINCIPLES. 2.1. The territorial structure of Spain. 2.2. The principle of unity: meaning and content. 2.2.1. The concept of general interest. 2.2.2. The principle of equality. 2.2.3. The principle of market unity. 2.3. The principle of autonomy. 2.4. The principle of solidarity. 2.4.1. The objective of interregional economic equilibrium. 2.4.2. The principle of regional loyalty, institutional or constitutional. 2.4.3. The principle of collaboration or cooperation. 3. THE PRINCIPLE OF UNIT MARKET AND ITS SIGNIFICANCE. 4. THE POWERS OF THE STATE AS A GUARANTEE OF UNIT MARKET. 4.1. The importance of regulation by the state of the basic conditions guaranteeing the equality of all Spaniards in the exercise of their rights and fulfill their constitutional duties. 4.2. The powers of the State to guarantee the unity of the market. 4.2.1. The powers of the State's public works, railways and inland transport, communications, weights and measures, determination of the official time, hydraulic resources, electrical installations and energy transport. 4.2.2. National economic uniqueness and competence of the state in economic matters and on certain sectors. 4.2.3. The powers of the State on corporate law and on competition and trade. 4.2.4. The jurisdictional government bonds that guarantee the Law 20/2013, of December 9, Assurance Market Unit.

## 1. INTRODUCCIÓN

España tiene actualmente diversos problemas, como algunos otros países, principalmente derivados de la crisis económica desde 2007, que han aflorado nítidamente en los últimos años, como son los relativos a la estructura territorial<sup>1</sup>, con algunos proyectos extravagantes de secesión más o menos encubierta, y de forma contraria a la Constitución española de 1978 y al ordenamiento democrático<sup>2</sup>, y a los problemas de muchas actividades y servicios provocados por las divergencias normativas territoriales o por la inaplicación de la legislación nacional, creando distorsiones a la unidad del mercado interno (exigencia de requisitos diversos para la implantación de actividades y servicios, problemas derivados de las exigencias de uso de las lenguas regionales, distintos sistemas en las ayudas financieras públicas a las empresas, problemas procedimentales, etc.)<sup>3</sup>.

Sin embargo, la Constitución reafirma el principio de unidad como uno de sus ejes esenciales, y de la propia estructura territorial de España, en cuyo contenido material, derivado de la exigencia de la unicidad del orden económico nacional, se integran con normalidad el interés general (de España) y el principio de unidad de mercado.

Ambos contenidos sustantivos de la unidad territorial de España tienen a su servicio las competencias del Estado que recoge la propia Constitución, debiendo destacarse algunas, por estar más relacionadas con la unidad de mercado (en relación con las condiciones de la igualdad, ciertos sectores y políticas nacionales, etc.).

Entre las posibilidades de acción del propio Estado, debe resaltarse la aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de 2013; texto importantísimo desde los puntos de vista jurídico, administrativo, económico y financiero, y que debería haberse aprobado al comienzo de la etapa constitucional.

Todas estas ideas relativas a la unidad territorial y a la propia unidad de mercado han sido afirmadas, de forma reiterada en el tiempo, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; confirmando el importante papel de las competencias del Estado en relación con tales ejes y objetivos del Ordenamiento Constitucional.

1. CÍRCULO DE EMPRESARIOS, 2011: *Administraciones Territoriales: propuestas para la mejora de la eficiencia y de la unidad de mercado*. Madrid, y 2011: *Cómo reformar las Administraciones Territoriales*. Madrid, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 2013: *La España de las Autonomías: un Estado débil devorado por diecisiete «estaditos»*. Madrid: Fundación Transición Española, y *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2013: 158, 25-52.

2. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, 2014: *Por la convivencia democrática*. Madrid, y MUÑOZ MACHADO, S. 2014: *Cataluña y las demás Españas*. Barcelona: Crítica.

3. MUÑOZ MACHADO, S. 2006: *El problema de la vertebración del Estado en España (del siglo XVIII al siglo XXI)*. Madrid: lustel, y 2012: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica, y BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 2014: *¿España de los territorios o de los ciudadanos? La captura territorial de la libertad de comercio*. Madrid: lustel.

## 2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU SIGNIFICADO

### 2.1. *La estructura territorial de España*

Entre las importantes transformaciones llevadas a cabo por la Constitución española de 1978<sup>4</sup>, una de las más relevantes sin duda afecta a la estructura interna de España, a su estructura territorial y administrativa. En efecto, tras una larga etapa histórica, de más de 150 años, en la que España no conoció otra forma político-territorial que la de Estado unitario y centralizado, la Constitución de 1978 formuló una opción nítida y decidida a favor de un modelo plural y fuertemente descentralizado, basado en la distribución efectiva del poder público y político entre distintos Entes Territoriales, a los que dota de autonomía<sup>5</sup>. En este sentido, primero la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ n.º 3), y después la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 4, a), señalan que «los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como expresa el artículo 137 de la Constitución», y que naturalmente, como es sabido, son las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios.

Las líneas maestras de este nuevo modelo territorial están recogidas en los artículos 2 (al recoger los principios de unidad, autonomía y solidaridad, tal como confirma la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ n.º 4, a) y 137-CE (que prevé la organización territorial del Estado y reconoce la autonomía de los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas); siendo innegable que ni ese Estado ni esta estructura ni ninguna otra forma de organización territorial serían posibles sin la existencia de la Constitución Española, ya que, según la STC 76/1988, de 26 de abril (FJ n.º 3), «la Constitución da lugar a la formación de una nueva estructura territorial del Estado, basada en unas entidades anteriormente inexistentes: las Comunidades Autónomas».

4. PULIDO QUECEDO, M. 2009: *Constitución española*. 5.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, que incluye jurisprudencia constitucional y bibliografía en relación a cada precepto; ver especialmente los arts. 2, 139 y 149.

5. En general, son imprescindibles las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1985: *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas; MUÑOZ MACHADO, S. 1982-1984: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. 2 tomos. Madrid: Civitas (2.ª ed. 2 tomos. Madrid: lustel); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 1979: «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas». *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1979, 201: 9-36. Asimismo, históricamente, ver AZAÑA, M. 2005: *Sobre la autonomía política de Cataluña* (Selección de textos y estudio preliminar de E. GARCÍA DE ENTERRÍA). Madrid: Tecnos.



## 2.2. El principio de unidad: significado y contenido

España, en virtud del art. 2-CE, que recoge expresamente el principio de unidad, es un Estado unitario, pero fuertemente descentralizado territorialmente. Así pues, España no es ni ha sido nunca un Estado federal (pues, como es sabido, el proyecto de Constitución federal de la I República, redactado por D. Emilio Castelar, de 1873 no llegaría a aprobarse)<sup>6</sup>, ni menos aún una Confederación de Estados. España es una realidad indiscutible como Nación y como Estado en la historia, no siendo ni ahora ni en el pasado una construcción artificial, producto de la unión de otras «naciones» anteriores, y más auténticas. De forma nítida e indudable, la STC 76/1988, de 26 de abril (FJ n.º 3), relativa a la Ley vasca sobre los territorios históricos, señala exactamente que «[l]a Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ellas, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones “históricas” anteriores»; doctrina que reiteran, como no podía ser de otra forma, la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 4, a); la STC 31/2010, de 28 de junio, y la STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ n.º 3), relativa a la estrambótica resolución del Parlamento catalán, de 23 de enero de 2013, de «declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», que fue declarada inconstitucional y nula<sup>7</sup>.

Precisamente por ello, el concepto de Nación se predica de España en el Preámbulo de la Constitución y en su art. 1, y asimismo debe mencionarse el art. 2-CE, que reitera el principio de unidad de España.

La existencia de la Nación española, vinculada a la soberanía nacional y al principio de unidad nacional, se ha afirmado con claridad en la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ n.º 3), al precisar que «... la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización –el Estado– para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público». Y reiteran las SsTC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 4, a), 103/2008, de 11 de septiembre (FJ n.º 4), y 42/2014, de 25 de marzo (FJ n.º 3).

6. JOVER ZAMORA, J. M.<sup>a</sup> 1991: *Realidad y mito de la Primera República*. Madrid: Espasa-Calpe.

7. Posteriormente, como es sabido, y de forma absolutamente inconstitucional e ilegal, se aprobaría una Ley regional de consultas, para intentar burlar el Ordenamiento Constitucional, y se llegaría a convocar un pseudorreferéndum más propio de otras latitudes que de un Estado democrático. Tanto la Ley como el decreto de convocatoria han sido declarados, de manera rotunda, inconstitucionales y nulos por sendas SSTC de 25 de febrero de 2015.

Añade la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ n.º 3), que «[a]nte todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía –y aún este poder tiene sus límites–, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución»; pues «nuestro sistema constitucional descansa en la adecuada integración del principio de autonomía en el principio de unidad, que lo engloba» (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ n.º 4, a), por lo que «[e]ste sujeto [se refiere a la Comunidad vasca] no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación constituida en Estado» (SsTC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ n.º 4, y 42/2014, de 25 de marzo, FJ n.º 3).

Es más, «debe hacerse notar que la misma [la Constitución] contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución... en relación a las Comunidades Autónomas» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3). Esta superioridad del Estado deriva, pues, claramente del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación, tal como confirma la STC 76/1988, de 26 de abril (FJ n.º 3).

De acuerdo con la propia Constitución y con esta consolidada doctrina constitucional, así como con nuestra propia historia, puede afirmarse que el concepto de «Nación Española»<sup>8</sup> se refleja en las Constituciones españolas históricas<sup>9</sup>, y precisamente, con mejor o peor redacción, para referirse al depositario de la soberanía nacional, y que la aplicación del concepto de «Nación» debe hacerse únicamente a España, y al titular de la soberanía nacional, no siendo posible integrar otras «naciones» en la Constitución española de 1978, como pretendía el extraño proyecto vasco de 30 de diciembre de 2004 y pretendía el nuevo Estatuto catalán de 2006, aunque, en relación con este último, la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ n.º 12), afirma, sin lugar a dudas, que «la Constitución no conoce otra [nación] que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española»; que «las normas del Ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equívoco en punto a la “indisoluble unidad de la Nación española” proclamada en el art. 2 CE, pues en ningún caso pueden reclamar para sí otra

8. BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 2013: «¿España de los territorios o de los ciudadanos?». *El Notario del Siglo XXI*, 2013, 47: 144-146; NÚÑEZ RIVERO, C. 2012: «El concepto de nación en la Constitución Española. Límites de su proclamación en los Estatutos Autonómicos». *Diario La Ley*, 2012, 7974: 1-3.

9. RICO LINAGE, R. 1989: *Constituciones Históricas. Ediciones oficiales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

legitimidad que la que resulta de la Constitución proclamada por la voluntad de esa Nación, ni pueden tampoco, al amparo de una polisemia por completo irrelevante en el contexto jurídico-constitucional que para este Tribunal es el único que debe atender, referir el término “nación” a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía», y añade que «el término “nacionales” del art. 8.1 EAC.../...está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidad” (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE». Es pues claro que el concepto de «nación» llama a «soberanía» y ésta a «Constitución», tal como reafirma la STC 42/2014, de 25 de marzo (FJ n.º 3).

Por otra parte, en nuestro sistema constitucional, no caben derechos históricos que amparen situaciones anteriores a la propia Constitución y que sean contrarios a la misma, como se pretendía en el proyecto vasco, en el nuevo Estatuto catalán original y se argumentó desde la filosofía nacionalista para obstaculizar o impedir el aumento de competencias de las mal llamadas Comunidades de segundo grado al pasar los cinco años previstos para ello, y reformar sus Estatutos (de acuerdo con los arts. 143 y 148-2.º-CE).

Es decir, España, además de Estado, y precisamente por serlo, es Nación, y los demás territorios no lo son, por lo que aceptar que estos son naciones haría imposible rechazar su poder originario, no sujeto a voluntades ajenas (supuestamente, a las de España y de los españoles). Desde el punto de vista constitucional, y tal como se entiende en los Estados democráticos, se es «Nación» o no, se es titular de la soberanía o no, no hay términos intermedios, ni es posible hablar de «Nación de naciones»; pues en efecto, como dice la jurisprudencia constitucional,

el término «nación» es extraordinariamente proteico en razón de los muy distintos contextos en los que acostumbra a desenvolverse como una categoría conceptual perfectamente acabada y definida, dotada en cada uno de ellos de un significado propio e intransferible. De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española (SsTC 31/2010, de 28 de junio, FJ n.º 12, y 42/2014, de 25 de marzo, FJ n.º 3).

Pero, además del significado anterior, desde otro punto de vista, también importante, el principio de unidad supone, en su contenido material, el marco general y los límites al principio de autonomía, ya que «ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado», pues, como sabemos, no es soberanía (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3).

Efectivamente, el contenido material del principio de unidad se integra por los siguientes conceptos y principios:

### 2.2.1. El concepto del interés general

El concepto del interés es básico en la propia definición y articulación del Estado Autonómico y en la nueva estructura territorial de España, pues la autonomía se atribuye constitucionalmente a los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas en función de y para, precisamente, la gestión de su círculo de intereses propios (art. 137-CE y SsTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3, y 37/1981, de 16 de noviembre, FJ n.º 1).

Pero, por otra parte, asimismo la Constitución define, a través del concepto del interés general, las competencias del Estado (ex art. 149-CE, p. ej., en relación a los puertos, aeropuertos, obras públicas, etc.); al ser este un interés que trasciende de los respectivos intereses de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, tal como se refleja en asunción de algunas competencias del Estado (p. ej., cuando en una materia, como ferrocarriles, transportes terrestres y agua, se supera el territorio de una Comunidad Autónoma), que se ha reflejado en los asuntos de las aguas territoriales españolas en las Islas Canarias o en la fallida transferencia del Guadalquivir a Andalucía.

Pero, además, el concepto del interés general es la justificación para que el Estado apruebe Leyes de Armonización de normas autonómicas (art. 150-3º-CE), que se evidenció en el proyecto de LOAPA y en la STC 76/1983, o para la suspensión de Comunidades Autónomas u otras medidas establecidas en el art. 155-CE. Y precisamente por ello, y por su importancia, la defensa del interés general corresponde a los órganos estatales, en especial al Gobierno de la Nación y a las Cortes Generales (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ n.º 3).

### 2.2.2. El principio de igualdad

La consagración del principio de igualdad en general en los arts. 1 y 14-CE se ratifica en el ámbito territorial por el art. 139-CE, al prever que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

Principio que, en una primera aproximación, supone que los Entes territoriales que están dotados de autonomía no pueden establecer un marco de derechos y obligaciones de los ciudadanos que les sitúe en una posición de ventaja o de superioridad en relación con los restantes ciudadanos españoles.

Como precisa certeramente la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ n.º 5),

en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del

Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

Sin embargo,

tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho Privado y, con la reserva... respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas parecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3) (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ n.º 2).

Es más, añade la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ n.º 10 «el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes». Pero, «las reglas constitucionales y estatutarias que disponen la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, responden, en último término, a ciertos principios generales establecidos en la Constitución y, entre ellos, y aparte de los de unidad y autonomía, a los de igualdad sustancial de la situación jurídica de los españoles en cuanto tales, en todo el territorio nacional –art. 139.1 de la C.E.– y de libre circulación de personas y bienes –art. 139.2 de la C.E.» (STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ n.º 3).

De acuerdo con la doctrina anterior, es comprensible la asignación al Estado de la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos

los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149-1.º-1.ª-CE); y, una vez garantizada esta igualdad fundamental mediante una Ley de las Cortes Generales, las leyes regionales pueden incidir en las mismas posiciones jurídicas, si ostentan competencias en la materia correspondiente (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ n.º 4).

### 2.2.3. El principio de unidad de mercado

Este principio se recoge en los arts. 139-2.º («Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación en todo el territorio nacional») y 157-2.º-CE («Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios»)<sup>10</sup>.

El significado de este importante principio constitucional lo comienza a perfilar la STC 1/1982, de 28 de enero (FJ n.º 1), al precisar que

[e]sta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la C. E.). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad<sup>11</sup>.

Doctrina que confirma la STC 88/1986, de 1 de julio (FJ n.º 6).

La STC 64/1990, de 5 de abril (FJ n.º 3), por su parte, da un paso más en la definición del principio de unidad del mercado, señalando que

10. ALBERT, R. y BIAZZI, R. 2009: «La torre de Babel de las Comunidades Autónomas. Recuperar la unidad del mercado: una prioridad para cualquier Gobierno». *Papeles FAES*, 2009, 90: 1-8; CABRILLO RODRÍGUEZ, F. 2013, «Unidad de mercado y competencia regulatoria», *Información Comercial Española*, 2013: 871 (monográfico sobre «Unidad de Mercado»): 25-33; CALONGE VELÁZQUEZ, A. 1988: «El principio de unidad de mercado en la Constitución de 1978». *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, 1988, 3: 125-145; FERNANDO PABLO, M. 1992: «Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992, 73: 29-66; LEÓN SANZ, F. J. 2013: «La garantía de la unidad de mercado», *Información Comercial Española*, 2013, 871: 35-45.

11. En general, sobre la trascendencia de la Constitución en materia económica, ver BASOLS COMA, M. 2003: «La Constitución como marco de la legislación económica». *Economía Industrial*, 2003: 349-350, I y II: 17-28.

la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la existencia de un mercado único y que la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3.º y 88/1986, fundamento jurídico 6.º, sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 C.E.), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1, 149.1.1.º), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone.

Doctrina anterior que resume la STC 96/2002, de 25 de abril, sobre el denominado «efecto frontera» (es decir, el efecto de estimular el traslado de actividades económicas desde territorio común a territorio foral), y en el Dictamen del Consejo de Estado 631/2013, de 26 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Supone, pues, la plasmación en el ámbito económico del principio general de la unidad nacional; y a veces el principio se menciona expresamente en alguna Ley estatal, para justificar la aprobación de la misma, como p. ej. la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE del 18), que incluye entre sus fines el relativo a «mantener la unidad de mercado en todo el territorio español, conforme al artículo 139.2 de la Constitución».

### 2.3. *El principio de autonomía*

El principio de autonomía se reconoce a los Municipios, las Provincias y las Comunidades Autónomas que se constituyan en los arts. 2 y 137-CE de forma explícita, amplia y ciertamente generosa.

En principio, el concepto de autonomía se refiere a la idea de autonormación, o capacidad de un sujeto determinado para darse normas a sí mismo, e incluye implícitamente la capacidad de los Entes que gozan de la autonomía de orientar y dirigir política y administrativamente una sociedad determinada (STC 35/1982, de 14 de junio); y evoca la idea de la distribución de la titularidad del poder público entre las instancias centrales y las territoriales (SsTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3, y 27/1981, de 27 de febrero, FJ n.º 2).

La STC 96/2002, de 25 de abril (FJ n.º 3), citando otras, precisa su significado al afirmar que

es un «principio que preside la organización territorial del Estado» (SSTC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8, y 192/2000, de 13 de julio, FJ 7) y, por consiguiente, «uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional» (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, y 104/2000, de 13 de abril, FJ 4) que «exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés



respectivo» (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3, con cita de la STC 4/1981, de 2 de febrero). Su autonomía política [la de las Comunidades Autónomas] y, en consecuencia, su capacidad de autogobierno se manifiesta, entonces, «en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7).

El contenido general de la autonomía se integra por diversas ideas, entre las que podemos resaltar: el reconocimiento de la titularidad de importantes potestades públicas a los Entes territoriales que gozan de autonomía; cualitativamente, la autonomía reconocida a Municipios y Provincias, por un lado, y a las Comunidades Autónomas, por otro, es distinta, siendo superior la de estas últimas, al ser de naturaleza política (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ n.º 3); la forma de atribución de tales potestades y competencias en uno y otro caso es diversa; las potestades y competencias reconocidas a los Entes autónomos no son de carácter exclusivo ni excluyente (arts. 2, 137 y 149-CE); la autonomía reconocida a tales Entes está constitucionalmente protegida (art. 2 y Título VIII-CE), y no se prevén controles de oportunidad de los Entes territoriales superiores sobre los inferiores (SsTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3, y 76/1983, de 5 de agosto), aunque, naturalmente, sí existen controles de constitucionalidad y de legalidad.

Desde otro punto de vista, y para precisar aún más el concepto de autonomía reconocido en la Constitución, debe señalarse que siempre hace referencia a un poder limitado (SsTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3, y 25/1981, de 14 de julio, FJ n.º 3); la autonomía se reconoce precisamente para la gestión de los respectivos intereses de los propios de los Entes que gozan de autonomía (SsTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ n.º 3; 25/1981, de 14 de julio, FJ n.º 3, y 37/1981, de 16 de noviembre, FJ n.º 1), y finalmente la misma, obviamente, no se garantiza para incidir negativamente en los intereses generales de la Nación, tal como afirma claramente la STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ n.º 10).

## 2.4. *El principio de solidaridad*

El principio de solidaridad supone gráficamente la convergencia de los dos anteriores, unidad y autonomía; los complementa e integra. No tiene carácter programático, ni meramente interpretativo, sino que tiene significado e importancia propios. Conforme a la STC 147/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 4),

el principio de solidaridad, «no puede ser reducido al carácter de un precepto programático, o tan siquiera al de elemento interpretativo de las normas competenciales. Es, por el contrario, un precepto con peso y significados propios, que debe ser interpretado, eso sí, en coherencia con las normas competenciales que resultan de la Constitución y de los Estatutos» (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1), toda vez que dicho

principio ha de constituirse en la práctica en «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)» (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7).

Su contenido material se plasma en:

### 2.4.1. El objetivo del equilibrio económico interterritorial

El contenido primario del principio de solidaridad es de naturaleza económica, al encomendarse al Estado la función de corregir las desigualdades territoriales en el desarrollo económico y en la distribución de la riqueza, tal como precisa el art. 138-CE («El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular»).

En este sentido, la STC 237/1992, de 15 de diciembre (FJ, n.º 2), señala que incumbe al Estado, y la STC 150/1990, de 4 de octubre (FJ n.º 11), precisa que, «si bien las Comunidades Autónomas carecen de una competencia específica para desarrollar con cualquier alcance, los principios constitucionales de solidaridad e igualdad material, sí pueden, e incluso deben, por mandato constitucional, estatutario y legal, atender a la realización de tales principios en el ejercicio de sus competencias propias».

Entre los instrumentos nacionales previstos para conseguir este objetivo podemos destacar la previsión constitucional (art. 131-CE) de que el Estado, mediante ley, pueda planificar la actividad económica general; la creación del Fondo de Compensación, con la finalidad de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad (art. 158-2.º-CE y regulado posteriormente); la legislación sobre incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales; el principio de la denominada «caja única» de la Seguridad Social (art. 149-1.º-17.ª-CE y STC 124/1989, de 7 de julio), o los regímenes especiales de Baleares y Canarias.

### 2.4.2. El principio de lealtad autonómica, institucional o constitucional

El concepto de solidaridad significa asimismo la adhesión a la causa de los restantes sujetos del sistema constitucional y territorial, imponiéndose a todos los Entes territoriales, incluido el Estado, un comportamiento con arreglo a los principios de buena fe y de lealtad o fidelidad al sistema constitucional (es decir, el dicho popular, pero muy inteligente, «o jugamos todos o rompemos la pelota» no se aplicaría a nivel territorial, sino que lo que debe hacerse es jugar todos con las reglas de juego adoptadas por todos); por lo cual, trae consigo, claramente, una actitud cooperadora de todos.

Principio que ha sido afirmado, y reiterado, por las SsTC 4/1981, de 2 de febrero (FJ n.º 10); 46/1990, de 15 de marzo (FJ n.º 4); 64/1990, de 5 de abril (FJ n.º 7); 13/2007, de 18 de enero; 58/2007, de 14 de marzo, y 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 6). Legalmente, como principio de lealtad institucional, se recoge en el art. 4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre los principios de relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas.

### 2.4.3. El principio de colaboración o cooperación

Este principio es requerido, sin duda, por la unidad del sistema constitucional y territorial. Es más, el propio principio general de solidaridad obliga a poner en marcha técnicas e instrumentos de colaboración entre todos los Entes territoriales con la finalidad de proceder a un ejercicio armónico y coordinado de sus respectivas competencias. Además, debe tenerse en cuenta la coincidencia sobre un mismo espacio subjetivo y geográfico de todas las Administraciones Públicas (tal como refleja la Exposición de Motivos de la LRJ-PAC, apdo. 4.º). Y así lo entienden las SsTC 76/1983, de 5 de agosto (FJ n.º 14); 80/1985, de 4 de julio (FJ n.º 2), y 40/1998, de 19 de febrero (FJ n.º 30). A nivel legal, este principio se recoge con carácter general en el art. 3-2.º LRJ-PAC, y se plasma en órganos como las Conferencias Sectoriales (previstas inicialmente en el art. 4 de la Ley del Proceso Autonómico de 1983, y actualmente, sin derogarse el precepto anterior, en el art. 5-LRJ-PAC), así como en algunos instrumentos funcionales, como los planes y programas conjuntos y los convenios de colaboración (arts. 6 a 8-LRJ-PAC).

## 3. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO Y SU SIGNIFICADO

El principio de unidad de mercado se enmarca, como ya hemos señalado, en el principio de unidad, verdadero eje de la Constitución y de la estructura territorial de España que implanta, y en la denominada «Constitución económica», con una proyección clara sobre el principio de unidad económica.

Como señala la STC 64/1990, de 5 de abril (FJ n.º 3),

la llamada «constitución económica»... [es el] ...conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica... [debiendo resaltarse] ... la importancia que, especialmente en Estados como el nuestro de estructura territorial compuesta, adquiere la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, como proyección concreta del más general principio de unidad que

el art. 2 de la Constitución consagra (SSTC 1/1982, fundamento jurídico 1.º; 11/1984, fundamento jurídico 5.º; 29/1986, fundamento jurídico 4.º).

El principio de unidad de mercado se concibe así como la plasmación económica del principio general de la unidad nacional.

Esta trascendencia del principio deriva naturalmente de su expresa plasmación constitucional, concretamente en el art. 139-2.º, al prever que «[n]inguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español», y en el art. 157-3.º, al establecer categóricamente que «[l]as Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios».

No obstante, ni el principio ni el art. 139-2.º son normas atributivas de competencias, especialmente del Estado, como claramente reflejan la SsTC 14/1989, de 26 de enero (FJ n.º 2), y 61/1997, de 20 de marzo (FJ n.º 7). El juego del principio de unidad de mercado es distinto, pues lo que sí tiene es un carácter informador de las reglas de distribución de competencias establecidas en el bloque de constitucionalidad (STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ n.º 3) y fundamentalmente supone un presupuesto o límite al ejercicio de las competencias, especialmente de las de las Comunidades Autónomas (SsTC 14/1989, de 26 de enero; 173/1998, de 23 de julio, FJ n.º 10, y 96/2002, de 25 de abril, FJ n.º 11; siendo esta última citada expresamente, en este sentido, por el Dictamen del Consejo de Estado n.º 631/2013, de 26 de junio, relativo al Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado).

Por otra parte, en relación con el principio de unidad de mercado, ha de resaltarse el hecho de que del sistema democrático y de la propia Constitución y del Ordenamiento deriva que todos los españoles tienen los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio nacional como tempranamente precisó la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ n.º 5), y posteriormente lo han confirmado las SsTC 37/1981, de 16 de noviembre; 46/1991, de 28 de febrero; 186/1993, de 7 de junio; 14/1998, de 22 de enero, y 233/1999, de 13 de diciembre, entre otras. No obstante, esta igualdad de todos los españoles en el territorio nacional no ha de entenderse de forma monolítica ni haciendo equivalente igualdad y uniformidad (como lo entendió tempranamente la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ n.º 2).

Pero este principio de igualdad sustancial de los españoles en cuanto a los derechos fundamentales no puede confundirse con un principio de uniformidad<sup>12</sup>, pues, de acuerdo con el Texto Constitucional, y la nueva estructura político-territorial, la

12. FERNANDO PABLO, M. 2011: «Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional». *Noticias de la Unión Europea*, 2011, 311: 29-34.

normativa autonómica dictada dentro de su ámbito competencial puede incidir en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales establecidas en el art. 149-1.º-CE, tal como señala la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 13), citando otras (como las SsTC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ n.º 4, y 135/2006, de 29 de abril, FJ n.º 2). Abundando en esta idea, las SsTC 37/1987, de 26 de marzo (FJ n.º 10), y 76/2003, de 23 de abril (FJ n.º 8), entre otras, aseguran que el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes.

Entendido de esta forma, el principio de unidad de mercado tiene un contenido irreductible, que incluye al menos la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, sin que ninguna autoridad puede obstaculizarla, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, de acuerdo con los arts. 139-2.º, 157-2.º y 149-1.º-1ª-CE, como afirma la STC 64/1990, de 5 de abril (FJ n.º 3), citando otras.

Pero, debe tenerse en cuenta que no toda incidencia sobre la libre circulación de bienes ha de considerarse un obstáculo contrario a la unidad de mercado (como precisa la 64/1990, de 5 de abril, FJ n.º 5).

## 4. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO COMO GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

El hecho de que el principio de unidad de mercado derive necesariamente del principio de unidad (art. 2-CE) y de la consiguiente exigencia de la unicidad del orden económico nacional<sup>13</sup> (STC 88/1986, de 1 de julio), tal hemos señalado, trae consigo la preponderancia del Estado y de sus competencias como garantía de esa unidad del mercado, y del interés general de la Nación, tal como precisan con claridad las SsTC 1/1982, de 28 de enero (FJ n.º 1), y 96/2002, de 25 de abril (FJ n.º 11). Y precisamente en este sentido relativo a la vinculación de las competencias del Estado al principio de unidad de mercado y a la unidad del orden económico nacional deben entenderse e interpretarse las competencias estatales asignadas en el art. 149-CE, como afirma la última sentencia citada.

13. Continúa siendo de plena actualidad, a pesar de los años pasados, la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.) y otros. 1980: *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

#### 4.1. *La importancia de la regulación por el Estado de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales*

Vinculada en la forma que hemos visto la unidad de mercado a la unidad económica nacional y en última instancia al principio de unidad establecido como eje de la Constitución (art. 2), no parece extraño que ésta reconozca al Estado, con el carácter de exclusiva, la competencia sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149-1.º-1.ª).

La trascendencia de este precepto, sin perjuicio de que como competencia del Estado tiene sustantividad propia, radica en que, en primer término, supone un criterio interpretativo del contenido de las competencias del Estado, de todas, dada su vinculación al principio de unidad (tal como señala la STC 32/1983, de 28 de abril, (FJ n.º 2). Es más, en segundo término, este precepto y la consiguiente competencia estatal refuerzan las propias competencias del Estado (tal como dice la STC 152/1988, de 20 de julio, FJ n.º 2).

Pero las condiciones básicas a las que hace referencia el art. 149-1.º-1.ª no pueden considerarse como sinónimo de la legislación básica, de las bases o de las normas básicas a que hace referencia el mismo precepto (distinción que precisa la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ n.º 17, citando otras).

Estaríamos pues, naturalmente, ante una competencia exclusiva del Estado, pero no para dictar las bases sobre cualesquiera derechos y deberes constitucionales, sino, con un carácter más limitado (pero en exclusiva, eso sí), la regulación de las condiciones básicas de unos y otros, que tiende a establecer unos mínimos con la finalidad de garantizar una igualdad sustancial (tal como confirman las SsTC 150/2012, de 5 de julio, FJ n.º 4; 227/2012, de 29 de noviembre, FJ n.º 5; 3/2013, de 17 de enero, FJ n.º 8, y 70/2013, de 14 de marzo, FJ n.º 4).

No obstante, también puede considerarse, frente a la doctrina anterior, que los derechos constitucionales son por sí mismos posiciones jurídicas básicas, en las que no pueden hacerse diferenciaciones, no siendo posible distinguir en ellos contenidos básicos, en los que no caben diferencias al primar la unidad, y contenidos no básicos, en los que sí cabrían ciertas diferencias autonómicas; y de acuerdo con lo anterior las condiciones básicas a las que se refiere el precepto harían referencia tanto a los elementos nucleares de los derechos como a ciertas condiciones de ejercicio de los mismos, si son necesarias para garantizar la igualdad<sup>14</sup>.

14. Esta doctrina la mantiene el magistrado constitucional, Sr. Conde Martín de Hijas, en, p. ej., los votos particulares a las SsTC 188/2001, de 20 de septiembre, y 247/2007, de 12 de diciembre.

En puridad, como señala la STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ n.º 17),

el art. 149.1.1 CE no habilita propiamente al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales, sino un aspecto diferente, cual es el de «las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Por tanto, no cabe identificar el contenido normativo de los derechos constitucionales y las condiciones básicas con arreglo a las cuales dichos derechos han de ser ejercidos, de manera que las señaladas condiciones básicas sólo permiten al Estado establecer una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando ello fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate. Por tal razón, y ello es esencial para entender la función encomendada a este precepto constitucional, nuestra doctrina entiende que no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del art. 149.1.1 CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la «condición básica» del ejercicio del derecho constitucional que se considere infringida (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5, con cita de las SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7, y 109/2003, de 5 de junio, FJ 17).

Entendido de esta forma este precepto, su relación con la unidad de mercado es diáfana, pues esa interpretación permitiría habilitar al Estado para establecer ciertos límites a la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, pero no puede interpretarse de manera absoluta, pues se eliminarían las concretas competencias de las Comunidades Autónomas. Además, asimismo debe subrayarse la consideración de la igualdad de todos los españoles como elemento teleológico o finalista del título competencial concreto del Estado (tal como avalan las SsTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ n.º 7, y 164/2001, de 11 de julio, FJ n.º 5).

## ***4.2. Las competencias del Estado como garantía de la unidad de mercado***

La derivación de la unidad de mercado del principio de unidad territorial (art. 2-CE), y su esencial relación con la unicidad económica nacional, trae consigo que uno de los instrumentos más destacables para garantizar el principio de unidad del mercado (y en última instancia la unidad económica nacional y la propia unidad constitucional) sean las competencias del Estado, y su propio ejercicio, al estar orientadas, desde otro punto de vista complementario, a la consecución del interés general de España, siendo así un objetivo necesario de las mismas. Virtualidad sustantiva de tales competencias que se plasma en la propia Constitución y naturalmente en la doctrina del Tribunal Constitucional.



#### 4.2.1. Las competencias del Estado en materia de obras públicas, ferrocarriles y transportes terrestres, comunicaciones, pesas y medidas, determinación de la hora oficial, recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía

Entre las competencias exclusivas del Estado, que se incluyen en el art. 149-CE, hay un grupo variado que tiene una estrecha relación, incluso física, con la unidad de mercado pues tienden a facilitarla o son un presupuesto previo de la misma, e incluso tienen un objetivo más amplio, al relacionarse con el propio mercado interior de la Unión Europea.

Así, en primer término podemos citar la competencia exclusiva del Estado sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 149-1.º-24.ª-CE)<sup>15</sup>, que es una de las políticas más importantes de los Estados modernos, que en cierta manera refleja su nivel de civilización y desde el siglo XIX sus efectos económicos y sociales son muy destacables. Pero las obras públicas competencia del Estado son únicamente las declaradas de interés general, mediante la calificación correspondiente, establecida en la legislación sectorial, o aquellas cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma, cuya precisión física es mayor. Naturalmente, cualquier obra pública no tiene relación con la unidad del mercado por el hecho de serlo, pero al ser competencia del Estado las de interés general no cabe duda de que éste se vincula al interés de toda la Nación, como hemos visto. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que algunas de las obras públicas más importantes se mencionan en el mismo precepto, como veremos, y están estrechamente relacionadas con la unidad del mercado.

En efecto, la Constitución (art. 149-1.º-21.ª-CE) asigna también al Estado, como competencias exclusivas, las materias relativas a ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, y el régimen

15. ALZOLA Y MINONDO, P. 1994: *Historia de las Obras Públicas en España* (originalmente 1899: *Las Obras Públicas en España. Estudio histórico*. Bilbao: Imprenta de la Casa de la Misericordia), Prólogo y Estudio introductorio de A. Bonet Correa, 2.ª ed. (la primera es de 1979). Madrid: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 1983: «Las Obras Públicas». *Revista de Administración Pública*, 1983, 100-102: 2427-2469, y 1986: «Obras Públicas». En *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Francisco Seix, XVIII, 289 y ss.; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2012: «Expropiación forzosa y obras públicas (1812-2010)». En S. de Dios de Dios (coord.) y otros: *Historia de la Propiedad: la Expropiación* [Encuentro Interdisciplinar sobre la Historia de la Propiedad en España (Salamanca, julio de 2012)]. Salamanca: Universidad de Salamanca y Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 443-480, y PAÍS, R. y ARENAS, F. 2012: «Política de obras públicas». En E. Linde Paniagua (coord.) y otros. *Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*. 2.ª ed. Majadahonda (Madrid): Colex, 1331-1390.

general de comunicaciones (y asimismo tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; y cables aéreos, submarinos y radiocomunicación).

Las vías de comunicación<sup>16</sup>, en general, son básicas para el desarrollo socioeconómico de cualquier sociedad y Estado, tanto por su incidencia directa al construirse (en el empleo, financieramente, sobre la producción y el consumo de productos y materiales, etc.), como por las posibilidades que permiten desarrollar las mismas (en relación con el comercio interior y exterior, las actividades económico-financieras, el turismo, etc.), contribuyendo de manera decisiva tanto a facilitar la unidad de mercado nacional como actualmente el mercado interior europeo. La relación de estas competencias sobre comunicaciones en general con la anterior relativa a las obras públicas es muy estrecha, pues, como señala la STC 65/1998, de 22 de abril (FJ n.º 8), en relación con las carreteras,

el título competencial que, sin duda alguna, específicamente ampara la competencia del Estado para sostener una Red propia de carreteras, la existencia de carreteras estatales, es el previsto en el art. 149.1.24 C.E., que reserva al Estado competencia exclusiva sobre las «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma», pues la carreteras son, indudablemente, una de las modalidades de obra pública más características (en este sentido, la... Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877), y esencialmente desde esta perspectiva son objeto de regulación por su legislación específica (así en la Ley 25/1988..., como en las precedentes Leyes de 4 de mayo de 1877 y 19 de diciembre de 1974).

En relación con estos criterios de distribución de competencias, y especialmente con los que tienen que ver con el ámbito territorial respectivo y con la incidencia en el mismo del concepto del interés general como responsabilidad del Estado, debe resaltarse la STC 65/1998, de 22 de abril (FJ n.º 11), al señalar que el criterio del interés general viene a complementar al puramente territorial, sin excluirlo esencialmente, pero añadiendo al mismo una dimensión cualitativa que permite atender a la relevancia de

16. BURZACO SAMPER, M.<sup>a</sup> y ABAD LICERAS, J. M.<sup>a</sup>. 2007: *Carreteras y Autopistas. Visión jurisprudencial*. Madrid: Dykinson-Ministerio de Fomento; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Régimen de las carreteras, autovías, autopistas y vías urbanas». En M. M. Fernando Pablo, M.<sup>a</sup> Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez. (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 70-100; 2013: «Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas». En T. Quintana López (dir.), Casares Marcos, A. (coord.) y otros: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant Lo Blanch. Vol. 2: 1695-1780, y 2010: «Expropiación forzosa y obras públicas de carreteras: legislación histórica y régimen vigente». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, 37: 11-61, y MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. 1989: *Carreteras. Su régimen jurídico*. Madrid: Montecorvo.

las carreteras en su función de infraestructuras del transporte y las comunicaciones terrestres (esto es, a la trascendencia de los itinerarios del tráfico o transporte que se efectúa sobre las mismas), introduciendo, así, una mayor racionalidad en el reparto de competencias en esta materia. Es más, la misma STC 65/1998, de 22 de abril (FJ n.º 8), precisa la competencia nacional, al señalar que

la Constitución no impone una interpretación que relegue el título relativo a las obras públicas a su mera construcción o financiación, y que no permita comprender todos los aspectos a los que se extiende la regulación contenida en la Ley 25/1988, esto es, la «planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras estatales», cuestiones todas ellas íntimamente vinculadas a la obra pública, a diferencia de otras de las que no se ocupa la Ley y sobre las que rigen otras reglas de reparto competencial, como la regulación del tráfico y circulación de vehículos a motor o la ordenación de los transportes por carretera (art. 149.1.21 C.E.).

Sobre la base de la asignación de la competencia anterior, no puede extrañar que el mismo precepto le asigne asimismo la relativa a tráfico y circulación de vehículos<sup>17</sup>, que por cierto, y sin perjuicio de otras finalidades, como la seguridad vial, es un requisito esencial de la unidad de mercado, al facilitar la libre circulación de personas y bienes.

En cuanto a los ferrocarriles, como ya hemos resaltado, y al ser una norma más moderna que la relativa a las carreteras, la propia Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE del 18), incluye entre sus fines «[m]antener la unidad de mercado en todo el territorio español, conforme al artículo 139.2 de la Constitución», y justamente por ello, entre otras razones, la Ley establece y regula la Red Ferroviaria de Interés General, que está integrada por las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento de tal sistema común de transporte, como las vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional, las que enlacen las distintas comunidades autónomas y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte o a instalaciones esenciales para la economía o la defensa nacional; es decir, finalidades relacionadas con la unidad de mercado, o que la favorecen o la sobreentienden. La STC 245/2012, de 18 de diciembre, relativa a esta Ley, mantiene la doctrina sobre la relación de la competencia del Estado sobre las obras públicas de interés general y las carreteras.

17. MARTÍNEZ NIETO, A. (coord.) y otros. 2014: *Derecho de la Circulación*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer), y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2009: «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública». *Tráfico y Seguridad Vial*, 2009, 123: 81-106.

Y lo mismo se puede decir sobre las telecomunicaciones, cables aéreos, submarinos y radiocomunicación (art. 149-1.º-1.ª-CE)<sup>18</sup>, en relación con su carácter imprescindible para la unidad de mercado, en particular en la época actual; resaltándose además su carácter esencial asimismo para el mercado interior europeo.

Asimismo, el Estado ostenta la competencia exclusiva en relación con la legislación de pesas y medidas y con la determinación de la hora oficial (art. 149-1.º-12ª-CE)<sup>19</sup>; materias que tienen múltiples objetivos, entre los que sobresale el hecho de constituir un requisito previo e imprescindible de la unidad del mercado nacional, pues tanto una cuestión como la otra naturalmente que la propician, y, si fuera el caso, a nivel europeo también, como ocurre actualmente, p. ej., con la determinación de la hora de verano en la Unión, mediante la Directiva 2000/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a las disposiciones sobre la hora de verano (DOCE L 31, 2.2.2001).

Finalmente, en este grupo de materias, la Constitución reserva al Estado, también con el carácter de exclusivas, las competencias en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial (art. 149-1.º-22.ª-CE)<sup>20</sup>, cuya relación con la unidad del

18. ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.) y otros. 2014: *Sectores regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson; FERNANDO PABLO, M. 1998: *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Madrid: Colex; 2010: *Régimen jurídico del dominio público radioeléctrico*. Granada: Comares, y 2014: «Bienes públicos: sector telecomunicaciones». En M. M. Fernando Pablo, M.ª Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez, (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 42-46, y MAGÁN PERALES, J. M.ª, 2014: «Sector eléctrico y gasista». En M.ª J. Alonso Mas (dir.) y otros: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 633-704.

19. En general, IZQUIERDO CARRASCO, M. 2009: «Estadística, pesas y medidas, hora oficial y servicio meteorológico». En T. Cano Campos (coord.) y otros: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Vol. 8, tomo 2, *Los sectores regulados*. Madrid: Iustel, 499-520; y MANTECA VALDELANDE, V. 2011: «Ordenamiento oficial sobre pesas y medidas». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2011, 80: 341-388, y PLANESAS, P. 2014: «La hora oficial en España y sus cambios». En Instituto Geográfico Nacional: *Anuario del Observatorio Astronómico de Madrid para el año 2013*. Madrid, 373-402.

20. AGÚNDEZ, M. Á. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dir.) y otros. 2014: *Energía Eléctrica. Manual Básico para Juristas*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Wolters Kluwer)-Iberdrola-Asociación/Colegio de Ingenieros ICAI; EMBID IRUJO, A. (dir.) y otros 2007: *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: Iustel; GONZÁLEZ IGLESIAS, M. Á. 2014: «Dominio público hidráulico». En M. M. Fernando Pablo, M.ª Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez. (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 126-195; MARTÍN MUNICIO, A.; COLINO MARTÍNEZ, A. (dir.) y otros. 2003: *Diccionario Espa-*

mercado es muy clara, no sólo por la propia importancia de los recursos y aprovechamientos hidráulicos, sino más directamente porque las instalaciones eléctricas cuyo aprovechamiento afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte de energía cuando salga de su territorio reflejan el interés general de la Nación y son imprescindibles para el funcionamiento del mercado único nacional. Así, la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ n.º 20 b), relaciona estrechamente el agua con las competencias del Estado, especialmente con las de carácter económico, al señalar que

el agua constituye un recurso de vital importancia, imprescindible además para la realización de múltiples actividades económicas. Por esta razón, la ordenación de los recursos hidráulicos, donde quiera que se hallen, no puede sustraerse a las competencias que el Estado ha de ejercer para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.13ª de la Constitución. Esta competencia no atrae hacia el Estado toda la actividad planificadora, sino sólo la de fijación de las bases y la de coordinación de la planificación que recaiga sobre objetos o ámbitos ajenos a la competencia estatal, en cuanto que afecte de manera directa a la ordenación de la actividad económica.

#### 4.2.2. La unicidad económica nacional y las competencias del Estado en materia económica y sobre determinados sectores

El Tribunal Constitucional relacionó tempranamente la unicidad del orden económico nacional con ciertas competencias del Estado de carácter económico en su Sentencia 1/1982, de 28 de enero (FJ n.º 1), al precisar, como ya hemos señalado, que

Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la C. E.). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos con el art. 149.1.10.ª de la C. E., y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter

---

*ñol de la Energía* [Informado favorablemente por la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y por la Real Academia de Ingeniería]. Aranjuez (Madrid): Doce Calles; MEMENTO EXPERTO-VARIOS AUTORES. 2012: *Energía*. Madrid: Francis Lefebvre, y SÁNCHEZ GALÁN, J. I.; BECKER, F. y otros 2009: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos y Económicos*. 2 tomos, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi e Iberdrola.

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez  
Las competencias del Estado como garantía de la  
unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 3, junio 2015, 43-76  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

exclusivo, la competencia para fijar solamente las «bases», como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la C. E.

Efectivamente, la Constitución ha querido, en aras de la consecución del interés general de la Nación, incluyendo en su caso la unidad de mercado, reservar al Estado tanto las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149-1.º-13.<sup>a</sup>), como la legislación básica, las bases o la normativa básica en relación con los sectores materiales, con connotaciones económicas directas o no tanto (*vid.* muchos de los apartados del art. 149-1.º; algunos de los cuales los analizaremos inmediatamente). En este sentido, la doctrina constitucional justifica claramente las competencias del Estado respecto de ambas cuestiones, y las distingue también nítidamente. Así, la STC 104/2013, de 25 de abril (FJ n.º 5), siguiendo la doctrina de otras anteriores y con referencias expresas a la unidad de mercado como objetivos de la competencia nacional, entiende que las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en

el establecimiento de «las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (STC 135/2012, de 19 de junio, FJ 2), admitiendo así que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de tales fines, entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 10, y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6) o de la «unidad económica» (SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2, 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2, 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2), pero también el de «alcanzar los objetivos de la económica general o sectorial» (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y en el mismo sentido SSTC 80/1985, de 4 de julio, FJ 1, y 188/1989, de 16 de noviembre, FJ 5), así como el de incidir en principios rectores de la política económica y social (SSTC 95/2002, de 25 de abril, FFJJ 7 y 11, seguida por las SSTC 190/2002, de 17 de octubre; 228/2003 y 230/2003, ambas de 18 de diciembre),

y que la potestad general de dictar bases o legislación básica en una determinada materia sería «establecer un “común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto” (entre otras, SSTC 69/1988, de 19 de abril; 109/2003, de 5 de junio; y 136/2012, de 19 de junio)».

En cuanto a la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, vemos como el Tribunal Constitucional, en la Sentencia anterior, y citando otras, avala expresamente que entre los fines de esa competencia nacional se incluya el de garantizar el mantenimiento de la unidad

de mercado o de la unidad económica. Es más, la STC 71/2012, de 16 de abril (FJ n.º 3), vincula expresamente la necesaria unidad de la economía nacional con la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (siguiendo la doctrina de las SsTC 96/1984, de 19 de octubre, FJ n.º 3; 64/1990, de 5 de abril, FJ n.º 10, y 118/1996, de 27 de junio, FJ n.º 7). Insistiendo el Tribunal que

parece claro que, cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado, en el ejercicio de la competencia de ordenación de la actuación económica general, podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y de medidas de coordinación (STC 133/1997, de 16 de julio, FJ n.º 4-C, citando otras).

E incluso, el Tribunal Constitucional ha sido más enfático sobre la necesaria relación anterior, al precisar que

«El art. 149.1.13 CE atribuye al Estado las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica, esto es, una competencia para «la ordenación general de la economía» que «responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos» (STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2). Se trata, pues, de una regla de carácter transversal en el orden económico que responde a la «necesaria coherencia de la política económica» y que «exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dicho objetivos y evite que, dada la interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores» (STC 186/1988, FJ 2). La competencia estatal alcanza no sólo a las bases, sino también a la coordinación, correspondiéndole al Estado «una facultad.../... con la que se persigue, en esencia, la integración de las diversas partes del sistema en el conjunto del mismo mediante la adopción por el Estado de medios y sistemas de relación...» (y mencionando lo dicho, por todas, en la STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ n.º 4).

Por otra parte, la competencia del Estado en esta materia abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos tanto de política global como sectorial fijados por la Constitución, así como las medidas precisas para garantizar su realización (SsTC 186/1988, de 17 de octubre, FJ n.º 2, y 133/1997, de 16 de



julio, FJ n.º 4-C); teniendo en cuenta que ya la STC 45/1991, de 28 de febrero (FJ n.º 3), señaló que la potestad estatal de planificación sectorial encuentra cobertura en la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, teniendo en cuenta, además, que esa actividad planificadora es en gran medida coordinadora de ámbitos competenciales ajenos que inciden en la ordenación general de la economía.

Por lo que se refiere a los sectores materiales concretos, la Constitución, en su art. 149, reserva al Estado la legislación básica o las bases en relación con aquellos que más incidencia tienen en la unidad económica nacional y en la unidad de mercado. Competencia que, en principio, habilita al Estado, precisamente por lo anterior, para proceder a un encuadramiento de una política global (STC 306/2000, de 12 de diciembre, en relación con el medio ambiente).

A título de ejemplo de las competencias del Estado sobre la legislación básica en una materia determinada<sup>21</sup>, que tienen por finalidad garantizar la unidad de mercado, entre otras, pueden citarse la relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, y con carácter exclusivo el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización autonómica propia (art. 149-1.º-18.ª-CE), tal como precisa la STC 130/2013, de 4 de junio (FJ n.º 6), al señalar que el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar a los administrados un tratamiento común ante ellas, lo que ya incide en y tiene relación con la unidad de mercado, pero además pueden responder a otros intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, que hagan igualmente necesario y justificado el establecimiento de un común denominador normativo, entre los que puede citarse la prevención de eventuales distorsiones del funcionamiento del mercado.

Asimismo, se puede citar la competencia del Estado relativa a las bases del régimen minero y energético (art. 149-1.º-25.ª-CE)<sup>22</sup>, concretamente las SsTC 106/2014, de 24 de junio<sup>23</sup>; 134/2014, de 22 de julio, y 208/2014, de 15 de diciembre, por ahora, que declaran inconstitucionales y nulas sendas leyes autonómicas prohibitivas del uso

21. Reafirmando las competencias del Estado en materia sanitaria (art. 149-1.º-16.ª-CE), y con una estrecha relación con la unidad de mercado, es de interés la STS 424/2015, de 2 febrero (Rec. 214/201), relativa a la nueva tarjeta sanitaria individual que incluye la mención «Sistema Nacional de Salud de España» (Real Decreto 702/2013, de 30 de septiembre, *BOE* del 4 de octubre), en un recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma vasca.

22. MAGÁN PERALES, J. M.ª A. 2014: «Sector eléctrico y gasista». En M.ª J. Alonso Mas (dir.) y otros: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, obra citada.

23. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 2014, 8358: 9-13.



de la técnica de la fractura hidráulica en la obtención de hidrocarburos no convencionales<sup>24</sup>, precisamente porque dicha prohibición afecta a la competencia estatal (más bien, la elimina) sobre la legislación básica en materia de energía; la cual se justifica precisamente por su incidencia para el desarrollo de la actividad económica del país y, por tanto, para la ordenación general de la economía, y porque

[c]onstituye un marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional... se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos (STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ n.º 2).

### 4.2.3. Las competencias del Estado sobre la legislación mercantil y en materia de defensa de la competencia y comercio

La Constitución reserva al Estado asimismo la legislación mercantil (art. 149-1.º-6.ª), cuya conexión con la unidad de mercado es bien estrecha, pues, como señala la STC 26/2012, de 1 de marzo (FJ n.º 2), «la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales». Además, ese mismo apartado reserva al Estado la competencia

24. Sobre el régimen de esta técnica y sus problemas, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 2014, 8336: 8-16; 2014: «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de la fractura hidráulica». *Fórum de Direito Urbano e Ambiental-FDUA* (Belo Horizonte, Brasil), 2014, 76: 19-33; 2014: «Regulación de la producción de electricidad mediante gas no convencional obtenido por fracturación hidráulica». Comunicación presentada en el *XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo* [Universidad de Salamanca, Salamanca, 7 y 8 de noviembre de 2014], 11 páginas, y especialmente 2014: «El régimen jurídico europeo y español de la extracción de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, 167: 45-78, y 2014: «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España». *Revista Vasca de Administración Pública, Número especial «Demetrio Loperena Rota In memoriam»*, 2014, 99-100, vol. II: 1331-1351.

exclusiva en materia de legislación procesal, relacionada con la unidad de mercado por los instrumentos jurisdiccionales previstos para su protección.

Y por lo que se refiere a la defensa de la competencia, aunque la Constitución no prevé expresamente la competencia del Estado en esta materia, la jurisprudencia constitucional (p. ej., y por todas, STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ n.º 6) la ha encuadrado dentro de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149-1.º-13.ª-CE). En relación con esta competencia, resulta clarificadora la STC 71/2012, de 16 de abril (FJ n.º 3), al afirmar que

se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) (SSTC 96/1984, fundamento jurídico 3; 64/1990, fundamento jurídico 10, y 118/1996, fundamento jurídico 7): sin «la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE)... no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STC 64/1990, fundamento jurídico 3). Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex art. 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes.../...

Además, el Estado, en virtud de sus competencias normativas, puede y debe articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los criterios de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos (STC 243/1994, fundamento jurídico 3) y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca (SSTC 100/1991, fundamento jurídico 5; 236/1991, fundamento jurídico 6; 243/1994, fundamento jurídico 7; y 196/1997, fundamento jurídico 11).

#### 4.2.4. Los títulos competenciales del Estado que avalan la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado

Teniendo en cuenta sin duda, entre otras cuestiones, la doctrina constitucional que considera que en los Estados como España, con una estructura territorial compleja, deben existir unos y los mismos principios básicos del orden económico en todo el ámbito

nacional, al ser una proyección concreta del más general principio de unidad, como hemos visto, se ha aprobado la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (BOE del 10)<sup>25</sup>; la cual, dada su importancia, debería haber sido aprobada hace ya mucho tiempo, poco después de aprobarse la Constitución española de 1978.

La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de 2013 se dicta, efectivamente, en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación procesal, en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación básica sobre contratos administrativos, recogidas respectivamente en el artículo 149-1.º-1.ª, 6.ª, 13.ª y 18.ª-CE. Títulos competenciales que ya hemos desgranado más atrás, y que son precisamente los más directamente relacionados con la unidad de mercado. Además, la propia Ley, en su preámbulo, se justifica en que la unidad de mercado constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española, que se refleja en el art. 139-CE, como sabemos, y en que la fragmentación subsiste en el mercado español, lo que se traduce en un elevado coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas, y asimismo dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones, lo que desincentiva la inversión y, en definitiva, reduce la productividad, la competitividad, el crecimiento económico y el empleo, con el importante coste económico que supone en términos de prosperidad, empleo y bienestar de los ciudadanos; exigiéndose por ello en los últimos años la necesidad de eliminar este coste así como los obstáculos y trabas provocados.

De acuerdo con lo anterior, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado tiene por objeto (art. 1) establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional y en, particular, garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el art. 139-CE; previendo, además, que la unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los

25. ALONSO MAS, M.ª J. (dir.) y otros: 2014: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, obra citada; LOZANO CUTANDA, B. 2014: «Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 9: 157-166; MUÑOZ MACHADO, S. 2014: «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, 163, edición digital, 20 pp. Es de mucho interés el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (n.º de expediente 631/2013).

operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. La LGUM es aplicable (art. 2) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional; incluyendo pues, con normalidad, y como no podía ser de otra forma, todo tipo de actividades.

La LGUM señala además los principios de garantía de la libertad de establecimiento y libertad de circulación, que inciden directamente en cualquier actividad, y que son los principios de no discriminación, de cooperación y confianza mutua entre las Autoridades competentes, de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las mismas, de eficacia de las actuaciones de estas mismas en todo el territorio nacional, de simplificación de cargas y de transparencia (arts. 3 a 8). Debiendo todas las Autoridades competentes velar, en sus actuaciones, disposiciones y medios de intervención, por la observancia de los principios anteriores, y en particular garantizarán que cumplen dichos principios las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella, las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica, y, entre otros, la documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos (art. 9). Todo lo cual exige que tanto normas como actuaciones administrativas concretas han de respetar y garantizar tales principios, y en última instancia la unidad de mercado, no siendo posible a partir de ahora la dispersión normativa en muchas materias y actuaciones de Autoridades administrativas que incidan negativamente en la misma, y mucho menos proceder a prohibir actividades perfectamente legales en todo el territorio nacional.

En este sentido, se declara que el acceso a las actividades económicas y su ejercicio serán libres en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a la propia Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales; si bien es posible, no obstante, establecer la exigencia de una autorización, asimilándose a ésta la inscripción en registros con carácter habilitante, siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen, incluyéndose los supuestos correspondientes, justamente para exigir la autorización (p. ej., respecto a los operadores económicos, orden y seguridad pública, salud pública o protección ambiental en el lugar concreto donde se realiza la actividad; respecto a las instalaciones e infraestructura necesarias para desarrollar la actividad, tales como generar daños ambientales o sobre el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, o por escasez de los recursos naturales y utilización

del dominio público). Además, se prevé que cada Autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado; señalándose aquellas actuaciones que, a los efectos legales, limitan el libre establecimiento y la libre circulación, tales como establecer requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, obtener una autorización, homologación, acreditación u otros similares (arts. 16 a 18).

Por otra parte, se garantiza (arts. 19 y 20) la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional (que supone que, desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español, podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar), así como la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas (lo que supone que tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias, tales como autorizaciones o licencias, inscripciones en registros que sean necesarios para acceder o ejercer una actividad económica u otros).

Finalmente, entre los mecanismos de protección de los operadores económicos en estos ámbitos podemos destacar (arts. 26 a 28, en conexión con los arts. 10 y 11, Disp. Ad. 5.<sup>a</sup> y Disp. Final 1.<sup>a</sup>) algunos de carácter orgánico (la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, que crea la propia Ley, y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y otros de carácter procedimental o procesal, como la acción popular o el derecho de petición y el interesantísimo procedimiento para la garantía de la unidad de mercado integrado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998<sup>26</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÚNDEZ, M. Á. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dir.) y otros. 2014: *Energía Eléctrica. Manual Básico para Juristas*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Wolters Kluwer)-Iberdrola-Asociación/Colegio de Ingenieros ICAI.
- ALBERT, R. y BIAZZI, R. 2009: «La torre de Babel de las Comunidades Autónomas. Recuperar la unidad del mercado: una prioridad para cualquier Gobierno». *Papeles FAES*, 2009, 90: 1-8.

26. FERNANDO PABLO, M. 2014: «El contencioso-administrativo de la unidad de mercado: ¿objetivización de la Jurisdicción Contenciosa?». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, 23: 83-105.

- ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J. (dir.) y otros. 2014: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer).
- ALONSO TIMÓN, A. J. (coord.) y otros. 2014: *Sectores regulados: sector energético, sector del transporte y sector de las telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- ALZOLA Y MINONDO, P. 1994: *Historia de las Obras Públicas en España* (originalmente 1899: *Las Obras Públicas en España. Estudio histórico*. Bilbao: Imprenta de la Casa de la Misericordia). Prólogo y Estudio introductorio de A. Bonet Correa. 2.<sup>a</sup> ed. (la primera es de 1979). Madrid: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.
- AZAÑA, M. 2005: *Sobre la autonomía política de Cataluña* (Selección de textos y estudio preliminar de E. García de Enterría). Madrid: Tecnos.
- BASSOLS COMA, M. 2003: «La Constitución como marco de la legislación económica». *Economía Industrial*, 2003, 349-350, I y II: 17-28.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 2013: «¿España de los territorios o de los ciudadanos?». *El Notario del Siglo XXI*, 2013, 47: 144-146.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. 2014: *¿España de los territorios o de los ciudadanos? La captura territorial de la libertad de comercio*. Madrid: lustel.
- BURZACO SAMPER, M.<sup>a</sup> y ABAD LICERAS, J. M.<sup>a</sup> 2007: *Carreteras y Autopistas. Visión jurisprudencial*. Madrid: Dykinson-Ministerio de Fomento.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F. 2013: «Unidad de mercado y competencia regulatoria». *Información Comercial Española*, 2013, 871 (monográfico sobre «Unidad de Mercado»): 25-33.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. 1988: «El principio de unidad de mercado en la Constitución de 1978». *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, 1988, 3: 125-145.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS. 2011: *Administraciones Territoriales: propuestas para la mejora de la eficiencia y de la unidad de mercado*. Madrid.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS. 2011: *Cómo reformar las Administraciones Territoriales*. Madrid.
- EMBIU IRUJO, A. (dir.) y otros. 2007: *Diccionario de Derecho de Aguas*. Madrid: lustel.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2009: «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública». *Tráfico y Seguridad Vial*, 2009, 123: 81-106.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2010: «Expropiación forzosa y obras públicas de carreteras: legislación histórica y régimen vigente». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, 37: 11-61.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2012: «Expropiación forzosa y obras públicas (1812-2010)». En S. de Dios de Dios (coord.) y otros: *Historia de la Propiedad: la Expropiación* [Encuentro Interdisciplinar sobre la Historia de la Propiedad en España (Salamanca, julio de 2012)]. Salamanca: Universidad de Salamanca y Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 443-480.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2013: «Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas». En T. QUINTANA LÓPEZ (dir.), A. CASARES MARCOS (coord.) y otros: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, vol. 2: 1695-1780.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Régimen de las carreteras, autovías, autopistas y vías urbanas». En M. M. Fernando Pablo, M.<sup>a</sup> Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 70-100.



- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 2014, 8336: 8-16.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 2014, 8358: 9-13.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de la fractura hidráulica». *Fórum de Direito Urbano e Ambiental-FDUA* (Belo Horizonte, Brasil), 2014, 76: 19-33.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Regulación de la producción de electricidad mediante gas no convencional obtenido por fracturación hidráulica». Comunicación presentada en el *XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo* [Universidad de Salamanca, Salamanca, 7 y 8 de noviembre de 2014], 11 pp.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «El régimen jurídico europeo y español de la extracción de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, 167: 45-78.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España». *Revista Vasca de Administración Pública, Número especial «Demetrio Loperena Rota In memoriam»*, 2014, 99-100, vol. II: 1331-1351.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 1979: «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas». *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1979, 201: 9-36.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 1983: «Las Obras Públicas». *Revista de Administración Pública*, 1983, 100-102: 2427-2469.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 1986: «Obras Públicas». En *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Francisco Seix, XVIII, 289 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. 2013: *La España de las Autonomías: un Estado débil devorado por diecisiete «estaditos»*. Madrid: Fundación Transición Española, y *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2013, 158: 25-52.
- FERNANDO PABLO, M. 1992: «Las funciones del principio de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1992, 73: 29-66.
- FERNANDO PABLO, M. 1998: *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Madrid: Colex.
- FERNANDO PABLO, M. 2010: *Régimen jurídico del dominio público radioeléctrico*. Granada: Comares.
- FERNANDO PABLO, M. 2011: «Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional». *Noticias de la Unión Europea*, 2011, 311: 29-34.
- FERNANDO PABLO, M. 2014: «Bienes públicos: sector telecomunicaciones». En M. M. Fernando Pablo, M.<sup>a</sup> Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 42-46.
- FERNANDO PABLO, M. 2014: «El contencioso-administrativo de la unidad de mercado: ¿objetivización de la Jurisdicción Contenciosa?». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, 23: 83-105.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1985: *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (coord.) y otros. 1980: *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

- GONZÁLEZ IGLESIAS, M. Á. 2014: «Dominio público hidráulico». En M. M. Fernando Pablo, M.<sup>a</sup> Á. González Bustos, M. Á. González Iglesias y D. Fernández de Gatta Sánchez (coords.): *Cuadernos de Derecho Administrativo*, tomo IV, *Bienes Públicos*. Salamanca: Ratio Legis, 126-195.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. 2009: «Estadística, pesas y medidas, hora oficial y servicio meteorológico». En T. CANO CAMPOS (coord.) y otros: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Vol. 8, tomo 2, *Los sectores regulados*. Madrid: lustel, 499-520.
- JOVER ZAMORA, J. M.<sup>a</sup>. 1991: *Realidad y mito de la Primera República*. Madrid: Espasa-Calpe.
- LEÓN SANZ, F. J. 2013: «La garantía de la unidad de mercado». *Información Comercial Española*, 2013, 871: 35-45.
- LOZANO CUTANDA, B. 2014: «Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado: las diez reformas clave». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 9: 157-166.
- MAGÁN PERALES, J. M.<sup>a</sup> A. 2014: «Sector eléctrico y gasista». En M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS (dir.) y otros: *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer), 633-704.
- MANTECA VALDELANDE, V. 2011: «Ordenamiento oficial sobre pesas y medidas». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2011, 80: 341-388.
- MARTÍN MUNICIO, A.; COLINO MARTÍNEZ, A. (dir.) y otros: 2003: *Diccionario Español de la Energía* [Informado favorablemente por la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y por la Real Academia de Ingeniería]. Aranjuez (Madrid): Doce Calles.
- MARTÍNEZ NIETO, A. (coord.) y otros. 2014: *Derecho de la Circulación*. Las Rozas (Madrid): La Ley (Grupo Wolters Kluwer).
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. 1989: *Carreteras. Su régimen jurídico*. Madrid: Montecorvo.
- MEMENTO EXPERTO-VARIOS AUTORES. 2012: *Energía*. Madrid: Francis y Taylor.
- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. 2014: *Por la convivencia democrática*. Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. 1982-1984: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. 2 tomos, Madrid: Civitas (2.<sup>a</sup> ed., 2 tomos. Madrid: lustel).
- MUÑOZ MACHADO, S. 2006: *El problema de la vertebración del Estado en España (del siglo XVIII al siglo XXI)*. Madrid: lustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. 2012: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica,
- MUÑOZ MACHADO, S. 2014: *Cataluña y las demás Españas*. Barcelona: Crítica.
- MUÑOZ MACHADO, S. 2014: «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, 163, edición digital, 20 pp.
- NÚÑEZ RIVERO, C. 2012: «El concepto de nación en la Constitución Española. Límites de su proclamación en los Estatutos Autonómicos». *Diario La Ley*, 2012, 7974: 1-3.
- PAÍS, R. y ARENAS, F. 2012: «Política de obras públicas». En E. LINDE PANIAGUA (coord.) y otros. 2012: *Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*. 2.<sup>a</sup> ed. Majadahonda (Madrid): Colex, 1331-1390.
- PLANESAS, P. 2014 «La hora oficial en España y sus cambios». En Instituto Geográfico Nacional: *Anuario del Observatorio Astronómico de Madrid para el año 2013*. Madrid, 373-402.
- PULIDO QUECEDO, M. 2009: *Constitución Española*. 5.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- RICO LINAGE, R. 1989: *Constituciones Históricas. Ediciones oficiales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- SÁNCHEZ GALÁN, J. I.; BECKER, F. y otros. 2009: *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos y Económicos*. 2 tomos. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi e Iberdrola.



# La filiación internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina

## *International filiation in the new Civil and Commercial Code of Argentina*

**Luciana Beatriz Scotti**

Investigadora y profesora universitaria<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)  
[lucianascotti@derecho.uba.ar](mailto:lucianascotti@derecho.uba.ar)

Fecha de recepción: 20 de enero de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 13 de febrero de 2015

1. Abogada, egresada con Medalla de Oro (Universidad de Buenos Aires, UBA). Doctora en Derecho y Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Posdoctorado en curso (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, UBA. Profesora de Posgrado y Doctorado de la UBA. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Dr. Ambrosio L. Gioja». Directora del Seminario Permanente de Integración Latinoamericana (SPIL-Inst. Gioja-UBA). Directora del Proyecto UBACyT GEF (2013-2016) «Bases jurídicas para el reconocimiento extraterritorial de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, en particular del caso de la maternidad subrogada». Miembro de ASADIP y de AADI. Autora y coautora de libros, capítulos, artículos y ponencias en temas de su especialidad. Contacto: [lucianascotti@derecho.uba.ar](mailto:lucianascotti@derecho.uba.ar)

## Resumen

El Derecho Internacional Privado argentino ha omitido, desde antaño, legislar sobre la filiación internacional, tanto en relación con la jurisdicción competente y la ley aplicable en materia de impugnación, establecimiento y reconocimiento de la filiación como respecto al reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. En efecto, ante las particularidades del tema que nos ocupa, las respuestas de nuestra disciplina se han hecho esperar. La Argentina no contaba con normas vigentes en su fuente interna, y las normas convencionales son escasas e inadecuadas en los tiempos que corren.

En el derecho comparado que se ha ocupado de este peculiar tema y en un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera, se advierte una tendencia a considerar que debe ser adoptado, normalmente, un elemento de conexión concentrado en el hijo, o su domicilio o su residencia habitual, con algunos matices de interpretación diferenciados y posibilidad de acumulación de leyes. Asimismo, en materia de jurisdicción, advertimos una orientación clara hacia la apertura de foros disponibles.

En el trabajo que presentamos, procuramos brindar algunas pautas para la codificación de esta delicada cuestión, que incumbe principalmente a los derechos humanos de los niños, teniendo especial consideración las disposiciones del recientemente aprobado Código Civil y Comercial de la Nación, y el contexto actual en el cual la filiación por técnicas de reproducción humana asistida reclama un papel protagónico con serias y concretas implicancias en el Derecho Internacional Privado.

**Palabras clave:** Filiación internacional; Derecho Internacional Privado; Técnicas de reproducción humana asistida; Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014).

## Abstract

*The Argentine Private International Law omitted from yesteryear, legislate on international filiation, both in relation to jurisdiction and applicable law in matters of contesting paternity, establishment and recognition of parentage as regards the extraterritorial recognition of parental filiation. Indeed, given the particularities of this issue, the responses from our discipline were delayed. The Argentina did not have regulation of internal source, and conventional rules are scarce and inadequate for today.*

*In comparative law and in a wide sector of the national and foreign doctrine, the tendency is to adopt a connecting element focused on the child: his domicile or habitual residence, with some nuances of different interpretation and potential accumulation of laws. Also on jurisdiction, we note a clear orientation towards the opening of forums available.*

*In the present work, we try to provide some guidelines for coding this sensitive issue, which involves primarily the human rights of children, with special consideration the provisions of the recently adopted Civil and Commercial Code of Argentina, and the current context in which the techniques of assisted human reproduction claim a starring role, with serious and concrete effects on Private International Law.*

**Key words:** *International filiation; Private International Law; Techniques of assisted human reproduction; Civil and Commercial Code of Argentina (2014).*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2.1. Jurisdicción competente en materia de impugnación, establecimiento y reconocimiento de la filiación. 2.2. Ley aplicable en materia de impugnación, establecimiento y reconocimiento de la filiación. 2.3. Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. 3. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO. 3.1. El vacío del Código Civil de Vélez Sarsfield. 3.2. Las soluciones de la fuente convencional. 3.3. Las soluciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis crítico. 4. FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 5. A MODO DE COLOFÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El vocablo filiación encierra diversos significados. En una primera acepción, implica el vínculo biológico entre una persona y sus progenitores. En un segundo sentido, desde una noción jurídica, entraña la relación entre el hijo con sus padres, lo que supone el emplazamiento de una persona en un estado civil y el establecimiento de un conjunto de derechos y deberes que nacen como consecuencia.

A su turno, la filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que contiene elementos extranjeros.

La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de «acción de filiación» o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad; o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera.

Asimismo, debemos distinguir el establecimiento o impugnación de la filiación, de sus efectos: atribución del nombre, derecho de alimentos, el régimen de la patria potestad o responsabilidad parental, los derechos sucesorios.

En este sentido, cabe recordar que los actos jurídicos familiares pueden ser clasificados en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado: el hijo no reconocido puede sostener en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado. También la acción puede estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado filiatorio, en este caso por medio de una acción de impugnación de la filiación.

La acción de reclamación o de emplazamiento de estado de familia es otorgada, en general, con amplitud para todos los casos en que el hijo carezca del título de estado como hijo matrimonial, y los padres no tengan título de tales, no hallándose el vínculo establecido jurídicamente.

Por otra parte, el reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor también constituye un acto jurídico familiar que emplaza en el estado paterno o materno-filial, que tiene eficacia en todo tipo de filiación, sin perjuicio de las presunciones legales. Dicho acto de reconocimiento es irrevocable, puro y simple, es decir, incondicional y unilateral.

Por otro lado, el vínculo filiatorio, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial. No obstante, en la actualidad, es pacífica la tendencia hacia la unidad de régimen, de tratamiento, pues lo contrario importaría un trato discriminatorio.

Tal como afirma Rubaja,

la elaboración y ratificación de tratados e instrumentos en materia de derechos humanos, que fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países, ha repercutido e introducido cambios fundamentales en todas las ramas del derecho, incluidas entre ellas el derecho de familia, el derecho internacional privado y de los niños en general... En esta inteligencia comenzó a considerarse que en el establecimiento de un vínculo filiatorio se encontraban en juego derechos fundamentales de los individuos, por lo que se avanzó en el sentido de salvaguardar los derechos de igualdad y a la identidad de aquéllos... Ello marcó una importante tendencia hacia la unidad en la manera de encarar la problemática, sin distinciones de clase, o al menos de modo tal que aquéllas no resulten discriminatorias, sino cuya finalidad fuera la descripción de cuadros de situación diferentes para así poder proporcionarles un tratamiento más justo y equitativo<sup>2</sup>.

En suma, el establecimiento de la filiación con elementos extranjeros es «uno de los temas más polémicos del DIPr, toda vez que está intrínsecamente unido a la noción de familia (legítima o no), la noción de orden público (nacional e internacional), de medidas de protección de menores y niños, así como también está ligado a las garantías constitucionales y los derechos humanos de los hijos y de los padres». Las normas sobre filiación internacional están condicionadas por la cultura de una determinada sociedad, su religión dominante, sus hábitos sociales, sus valores, sus nociones básicas de respeto a las instituciones y a los seres humanos<sup>3</sup>.

Tanto en el Derecho Comparado<sup>4</sup> que se ha ocupado de este delicado tema, como en un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera, se advierte una tendencia

2. RUBAJA, Nieve. 2012: *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 299.

3. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y LIMA MARQUES, Cláudia. 2003: «Protección de menores en general». En Diego Fernández Arroyo (coord.): *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, capítulo 15, 647-650.

4. Dentro del Derecho Comparado se han ocupado de codificar la filiación internacional, principalmente, la Ley Federal del 15 de diciembre de 1987 sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado n.º 218 del 31 de mayo de 1995, el

a considerar que debe ser, normalmente, adoptado un elemento de conexión concentrado en el hijo, o su domicilio o su residencia habitual, con algunos matices de interpretación diferenciados y posibilidad de acumulación de leyes<sup>5</sup>.

Quizás por las particularidades del tema que nos ocupa, las respuestas del Derecho Internacional Privado se han hecho esperar. La Argentina no contaba con normas vigentes sobre filiación internacional en su fuente interna hasta la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, *Boletín Oficial*, 8 de octubre de 2014), que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015<sup>6</sup>.

A su turno, las normas convencionales en la materia son escasas e inadecuadas en los tiempos que corren.

## 2. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 2.1. *Jurisdicción competente en materia de impugnación, establecimiento y reconocimiento de la filiación*

En materia filiatoria, la tendencia es la apertura de múltiples foros a disposición del actor, tanto para las acciones de reclamación-impugnación como respecto del reconocimiento, en pro del acceso a la justicia, en beneficio del interés superior del niño y del *favor filii*.

Ante el vacío legislativo existente en nuestro país hasta la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la doctrina argentina se dedicó a proponer algunas soluciones para la determinación del juez competente en materia de filiación. En este sentido, María Susana Najurieta sugirió, a elección del actor, atribuir competencia a los jueces del domicilio del demandado al tiempo de la concepción, del nacimiento o de la promoción de la acción; a los jueces del Estado cuyo derecho rige el fondo del asunto; o a los jueces del lugar de residencia habitual del niño, al tiempo del nacimiento o de la promoción de la acción. En los casos de reconocimiento voluntario o de impugnación de reconocimiento, sostuvo que podrían tener competencia, a elección del

---

artículo 311-14 del Código Civil francés, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, el Código belga de Derecho Internacional Privado de 2004, el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá de 2014, el Proyecto Uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado (2008).

5. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y LIMA MARQUES, Cláudia. 2003: «Protección de menores en general». En Diego Fernández Arroyo (coord.): *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, capítulo 15, 652.

6. La Ley 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, sustituye el artículo 7.º de la Ley 26.994 por el cual el nuevo Código entraría en vigor el 1 de enero de 2016, por el siguiente texto: «La presente ley entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015».

actor, los jueces del lugar de otorgamiento del acto, del domicilio del demandado o de la residencia habitual del niño<sup>7</sup>.

Cabe señalar que en las 12.<sup>a</sup> Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional del Comahue, en 1989, de *lege ferenda*, fue recomendado que: «I. Jurisdicción: 1.º) Las acciones relativas a la filiación matrimonial serán intentadas ante el Tribunal de la residencia habitual de los cónyuges. En caso de anulación, separación o disolución matrimonial, serán competentes los jueces de la última residencia habitual común de los cónyuges. 2.º) Las acciones relativas a la filiación extramatrimonial podrán ser intentadas ante los jueces: a) del lugar del nacimiento; b) de la residencia habitual del posible progenitor o de la del eventual hijo».

Por su parte, la jurisprudencia argentina reconoció la jurisdicción general de los jueces del lugar de domicilio del demandado en las acciones filiatorias: «Si el accionado pretende el emplazamiento filiatorio extramatrimonial se advierte sin mayor esfuerzo que tanto los derechos del accionado como los del actor recibirán adecuado tratamiento en aquel foro que mejor posibilite la dilucidación de la referencia biológica de la pretensión filiatoria. Tal foro es el argentino en el que el demandado se encuentra domiciliado y al que ha venido el actor en busca de clarificar el punto»<sup>8</sup>.

## 2.2. Ley aplicable en materia de impugnación, establecimiento y reconocimiento de la filiación

La determinación de la ley aplicable no es un tema menor dado que cada país contiene sus propias disposiciones sobre las presunciones de paternidad, determinación de la maternidad, legitimación por posterior casamiento, diversos plazos para la impugnación de la filiación, distintos legitimados para iniciar una acción de ese tipo, requisitos para el reconocimiento de un hijo, entre otras cuestiones fundamentales.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, tradicionalmente, distinguían entre filiación legítima e ilegítima, matrimonial y extramatrimonial, y, por ende, entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio válidamente celebrado. La primera categoría

7. NAJURIETA, María Susana. 2000: «El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo». *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*, 2000, 1: 91-92.

8. «N., B. c. B., G», Tribunal Colegiado de Familia n.º 5 de Rosario, 24 de octubre de 2002, publicado en *La Ley* 2003-D, 351. En este caso, se llevó a consideración del tribunal argentino el reconocimiento de filiación extramatrimonial de un ciudadano norteamericano, nacido en Estados Unidos de Norteamérica y domiciliado en dicho país. El foro elegido para el dicho planteamiento fue el domicilio del demandado en nuestra República. El tribunal consideró que el planteo de la jurisdicción norteamericana exclusiva no tomaba en cuenta que la pretensión filiatoria extramatrimonial del ciudadano norteamericano tenía como demandado a un argentino, habiéndose llevado el conocimiento de la causa a los jueces del domicilio del demandado.

filiatoria era sometida a la ley de la nacionalidad o del domicilio común de los padres, brindando clara preeminencia masculina para el caso de falta de coincidencia. Respecto a la filiación ilegítima, la solución podía variar entre la ley del domicilio o nacionalidad de la madre, del padre o del niño. Sin embargo, ninguno de estos criterios resultaba plenamente satisfactorio<sup>9</sup>.

El mundo actual, signado por la protección de los derechos humanos, proclama en cambio la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, lo que se traduce en el reconocimiento de la igualdad entre marido y mujer y entre padre y madre. Esa misma igualdad y en consecuencia el principio de no discriminación también se predicen en relación con los hijos.

A su turno, influyen en el régimen internacional de la filiación la crisis del matrimonio como institución, y a la par, el incremento de las uniones convivenciales. Este nuevo escenario motivó, en el plano interno, la reforma del derecho de familia en general y del derecho de la filiación en particular, guiado por el principio de igualdad entre los hijos. A partir de fines de los años sesenta, los Estados europeos realizaron estas modificaciones en sus ordenamientos internos<sup>10</sup>. En los países latinoamericanos en general, y en Argentina en particular, el proceso de cambio fue más lento.

Por su parte, en el plano del Derecho Internacional Privado, las reglas de conflicto clásicas en la materia se fueron flexibilizando. Los puntos de conexión únicos, al estilo savigniano, dejaron paso a las conexiones múltiples, alternativas o subsidiarias, orientadas en todo caso a la protección del interés superior del niño, optando siempre por la ley más favorable.

El *favor filii* o *favor legitimatis* se convierte en un criterio rector al momento de elegir entre el abanico de opciones más o menos amplias que nos brindan las normas indirectas con conexiones múltiples: lugar de nacionalidad, domicilio o residencia del hijo, o de los padres o pretendidos progenitores, lugar de celebración del matrimonio, entre las principales.

Estas conexiones más realistas y flexibles pueden o no estar jerarquizadas. Es decir, el legislador puede brindar puntos de conexión alternativos, a opción del juez o bien de los justiciables, o bien puede jerarquizar los puntos de conexión, una suerte de cascada de conexiones sucesivas, de modo tal que operen una en defecto, en subsidio de otra, la que no se puede determinar por alguna circunstancia razonable.

A su vez, los puntos de conexión personales (nacionalidad, domicilio, residencia) y mutables conllevan la posibilidad de que se susciten conflictos móviles. Sin embargo, se advierte la tendencia legislativa a fijarlos, al definir el momento en que deben

9. Cfr. FOYER, Jacques. 1986: «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation». *Recueil des cours*, 1986, 193: 19.

10. Cfr. FOYER, Jacques. 1986: «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation». *Recueil des cours*, 1986, 193: 21.

considerarse, siendo lo más frecuente la fecha del nacimiento del hijo. No obstante, esta limitación temporal puede ser incompatible con la idea del *favor filii*, que debe jugar, para su coherente aplicación, en el espacio pero también en el tiempo.

En materia de ley aplicable, ante el vacío del Código de Vélez Sarsfield, la doctrina se ocupó de realizar algunas propuestas que sirvieran de base para la solución de casos concretos, o bien, de *lege ferenda*.

En tal inteligencia, Najurieta propuso que tanto el establecimiento como el desplazamiento de la filiación se deben regir por la ley del domicilio del hijo, al tiempo de la concepción o al tiempo del nacimiento, el que resultare más favorable<sup>11</sup>.

Por su parte, para el establecimiento de la filiación y sus efectos, Uzal sugirió aplicar en cascada puntos de conexión alternativos en miras de satisfacer el *favor filiorum*: la ley del lugar de celebración del matrimonio; la ley del lugar del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo; la ley del lugar del nacimiento del hijo; la ley del pretendido progenitor al tiempo del nacimiento del hijo; siempre teniendo en cuenta el que resultare más favorable al niño y al establecimiento del vínculo filial. Además, la autora sostuvo que debería indicarse, en subsidio, que los derechos y obligaciones derivados de la filiación se rigen por la ley del lugar en que se pretenda hacerlos efectivos. Finalmente, Uzal ha afirmado que cabría prever una cláusula de excepción que permita al juez ejercer, responsablemente, una función correctora de la norma de conflicto, en búsqueda de la solución más justa<sup>12</sup>.

Por último, recordemos las conclusiones, propuestas de *lege ferenda* por la doctrina ius privatista internacional en las 12.<sup>a</sup> Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional del Comahue, en Bariloche, ya en 1989, al recomendar:

II. Ley aplicable: 1º) La filiación matrimonial, si depende de la validez del matrimonio, se rige por el Derecho que regula esta última. Las cuestiones ajenas a la validez del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo. 2º) El reconocimiento de la filiación extramatrimonial se rige por el régimen más favorable al vínculo, eligiendo entre los Derechos de: a) el lugar de concepción en cuanto sea claramente determinable, b) el lugar de nacimiento y c) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos.

11. NAJURIETA, María Susana. 2000: «El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo». *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*, 2000, 1: 91-92.

12. UZAL, María Elsa. 1994: «Los menores y el derecho internacional privado. La filiación de base biológica. Reflexiones en torno a la ley aplicable, la fecundación asistida y el orden público». *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, 1994, VII, 10: 51.



### 2.3. Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero

El reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el *favor filiationis*, es decir, siempre corresponde inclinarse a favor de dicho emplazamiento, sobre todo cuando no exista otro ya determinado. Esa es la respuesta que satisface el interés superior del menor y, en particular, su derecho a la identidad.

Al respecto, es de interés recordar los fundamentos expuestos por los especialistas que elaboraron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012:

No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto<sup>13</sup>.

La jurisprudencia ya ha destacado, en tal inteligencia, que «es definitorio que el Estado Argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional Tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio»<sup>14</sup>.

En este sentido, «deberá priorizarse la faz dinámica de la identidad del niño en cada caso, sobre todo en aquellos supuestos en el que vínculo afectivo y social se encuentre ya afianzado y cualquier decisión que vulnere esos derechos adquiridos atentaría contra los derechos fundamentales del niño y desatendería su mejor interés»<sup>15</sup>.

En suma, «el orden público hoy protege al hijo, sea tenido o no en el matrimonio». Sin embargo, no se pueden descartar

13. El Anteproyecto original de Código Civil y Comercial de la Nación fue elaborado por una Comisión de reformas (creada por el decreto 191/2011) integrada por cerca de cien juristas, encabezada por Ricardo Lorenzetti, junto a Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

14. «N., B. c. B., G», Tribunal Colegiado de Familia n.º 5 de Rosario, 24 de octubre de 2002, ya citado. En este fallo, el tribunal concluyó que la aplicación del Derecho argentino es la solución que, en el caso, más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filius* vigente en el Derecho Internacional Privado.

15. RUBAJA, Nieve. 2012: *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 331.

las posibilidades de fraude a la ley de DIPr y de las peculiares situaciones que se crean cuando las técnicas de reproducción asistida pasan a ser usadas a escala internacional. Tratándose de reproducción asistida internacional, que generalmente utiliza la figura de la adopción para determinar la filiación a favor de aquellos que pagaron los costos de la reproducción asistida, no es imposible que se intente usar a los países latinoamericanos como exportadores de gametos y proveedores de madres de alquiler para padres «adoptivos» de países industrializados<sup>16</sup>.

### 3. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

#### 3.1. *El vacío del Código Civil de Vélez Sarsfield*<sup>17</sup>

Vélez Sarsfield adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que valoraban la necesidad de proteger a la familia legal y a la descendencia matrimonial<sup>18</sup>. A su vez, la Ley 14.367, de 1954, equiparó a todos los hijos ilegítimos y estableció una única categoría: la de los hijos extramatrimoniales. La ley tenía un propósito equiparador, pero quedaban resabios excluyentes en cuanto a la porción hereditaria (alcanzaba a la mitad de la que corresponde a los matrimoniales).

16. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y LIMA MARQUES, Cláudia. 2003: «Protección de menores en general». En Diego Fernández Arroyo (coord.): *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavallía. Capítulo 15, 654-655.

17. El tradicional Código Civil de la República Argentina fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y aprobado a libro cerrado, sin modificaciones, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley n.º 340. Entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Con numerosas modificaciones desde ese entonces, constituyó la base del Derecho civil argentino hasta la vigencia de la Ley 26.994, aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

18. Distinguía de forma tajante entre hijos legítimos e ilegítimos. A su turno, entre los segundos, con un estatus jurídico y social claramente desventajoso frente a los primeros, se diferenciaban distintas clases. Los más favorecidos eran los hijos naturales, es decir, «los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa». Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas. Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos no se les admitía legitimación alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y, por ello, la Ley 2393 de matrimonio civil, en su artículo 112, eliminó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

Fue recién en 1985 que la Ley 23.264 logró la equiparación definitiva de todas las categorías. Clasificó a los hijos en por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción, dando por finalizada la tan cuestionable discriminación<sup>19</sup>.

Ahora bien, ni el Código Civil en su texto original ni las leyes modificatorias incluyeron normas de Derecho Internacional Privado sobre filiación.

Durante la vigencia del Código de Vélez, el vacío normativo existente en la fuente interna argentina motivó la aplicación jurisprudencial de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, por analogía, en cualquier caso de controversia sobre una filiación internacional, aunque el caso *iusprivatista* no nos vinculada con un Estado parte de tales convenios.

Sin embargo, podemos decir que la introducción del *favor filii* en 1985 orientó materialmente las decisiones jurisprudenciales así como las opiniones doctrinarias, y puso en tela de juicio la aplicación analógica de la fuente convencional en vigor en nuestro país, aún en nuestros días: los célebres Tratados de Montevideo.

Es importante destacar que tales tendencias doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias entienden que se debe aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del *favor negotii*) en resguardo del interés superior de los niños.

### 3.2. Las soluciones de la fuente convencional

En cuanto a la jurisdicción internacional, dado que los Tratados de 1889 y 1940 carecen de normas específicas en materia de filiación, deberá estarse a lo dispuesto por los artículos 56 de ambos convenios que atribuyen competencia a los jueces del domicilio del demandado o del país cuyo derecho rige el acto jurídico materia de juicio; es decir, que en virtud del criterio del paralelismo existe una remisión a los artículos 16 a 18 y 20 a 22, respectivamente, de cuyo análisis nos ocuparemos seguidamente.

En materia de filiación, no resulta operativa la posibilidad que incluye el artículo 56 del Tratado de 1940, pues se trata de una materia indisponible en la que la prórroga de jurisdicción podría resultar en perjuicio del menor que constituye, sin dudas, la parte débil de la relación jurídica<sup>20</sup>.

19. El artículo 240, segundo párrafo, del Código Civil dispuso desde que entonces que «la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este código».

20. La jurisprudencia argentina se pronunció respecto a las normas de jurisdicción de los Tratados de Montevideo en un caso de filiación internacional, en autos: «S., B. I c. C., V. y otro s. impugnación de maternidad», CNCiv., sala I, 21 de noviembre de 2002, publicado en *ED*, 201, 154. Se demandaba a dos personas cuyo domicilio se encontraba en el extranjero, presuntamente en la ciudad de México, por impugnación de maternidad con relación a la primera de ellas y reclamación de filiación materna extramatrimonial respecto de la segunda. En el relato

Respecto a la ley aplicable, el Tratado de Montevideo de 1889, en el título VI: «De la filiación» contiene tres disposiciones en materia de filiación matrimonial y extramatrimonial.

Respecto a la filiación matrimonial, el artículo 16 dispone que la ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio. El artículo 17, a su turno, establece que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo. Finalmente, dedica el artículo 18 a la filiación extramatrimonial, indicando que los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos. En idénticos términos, se expide el Tratado de Montevideo de 1940 en sus artículos 20, 21 y 22.

Sobre la distinción que efectúan los tratados entre la filiación legítima e ilegítima, existen opiniones divergentes. Al respecto, Rubaja sostiene que dicha distinción debe ser interpretada simplemente, como categorías que contemplan distintos supuestos

---

de los hechos la demandante sostuvo que la codemandada V. C. no es la madre del restante codemandado C. C., al que atribuye ser hijo suyo. La Cámara indicó que: «Un recurso generalmente aceptado y, en principio, preferido a la aplicación de las reglas de fuente interna sobre distribución de la competencia territorial, es la aplicación analógica de los tratados celebrados por la República Argentina en materia de Derecho Internacional Privado, aunque su aplicación directa al caso no proceda por no ser el país implicado ratificante de los mismos aunque sí lo sea la Argentina. Tal es el caso de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940... Empero, en el caso de la filiación, las conclusiones que podrían extraerse de su aplicación analógica no aportan soluciones satisfactorias y así lo ha señalado la doctrina. En efecto, ambos tratados carecen de normas específicas sobre acciones como la que aquí se ha entablado y sólo contienen la regla general de su art. 56 (en ambos tratados), según la cual las acciones personales deben entablar-se ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto materia del juicio». Prosigue el tribunal: «Si se analiza la solución de declarar aplicable a los derechos y obligaciones concernientes a la filiación entonces adjetivada como ilegítima la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (art. 18 del primer tratado y 22 del segundo), se advierte que ella no fue fundada en principio jurídico científico alguno acerca de cuál era el lugar del asiento de tal relación jurídica en la esfera internacional, o el Estado cuyo derecho tuviere los lazos más estrechos con la cuestión en tratamiento. En razón de la conflictiva situación que enfrentaba a los países de la cuenca del Plata por el diverso tratamiento dado en sus derechos civiles a la cuestión del divorcio vincular, con la repercusión consiguiente sobre la naturaleza de la filiación, el acuerdo logrado era el único que podía satisfacer las exigencias del orden público internacional en cuestión tan delicada, limitándose cada estado a aplicar su propio derecho ante las pretensiones que llegasen a conocimiento de sus jueces cuando se considerasen competentes». Además advierte que tales Tratados enfocan sólo las consecuencias de la filiación extramatrimonial, pero omiten reglar las condiciones de su establecimiento. Concluye categóricamente: «Su señalada insuficiencia y la insatisfacción manifestada con las soluciones a que conduciría la aplicación analógica de los Tratados de Montevideo mueve a la doctrina a postular otras diversas para resolver el tema del derecho aplicable al establecimiento de una filiación extramatrimonial».

de hecho, y en modo alguno como cualquier tipo de discriminación entre los hijos nacidos o concebidos en distintas situaciones fácticas, ya que resultaría a todas las luces inconstitucional<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, D' Antonio entiende que, si bien el empleo de esta terminología no implica que el tratado efectúe discriminación alguna, a ello deberá sumarse que entre los derechos que resulten conectados al caso concreto se podrá optar por aquel cuya solución no resulte discriminatoria y sea la más favorable a los intereses del hijo. Y además, sostiene que siempre quedaría a salvo la cláusula general de orden público prevista en el art. 4.º de los protocolos adicionales de ambos tratados que rezan: «Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones públicas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso»<sup>22 23</sup>.

21. RUBAJA, Nieve. 2005: «Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano». *Microjuris*, 2005, MJ-DOC-2739-AR | MJD2739, <http://www.microjuris.com> [28 noviembre 2014].

22. D' ANTONIO, Daniel Hugo. 1994: *Derecho de Menores*. 4.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 471 y ss.

23. También se ha explayado la prestigiosa doctrina uruguaya sobre la vigencia de las soluciones de la obra montevideana. Así, Fresnedo de Aguirre sostiene que «los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, tanto el de 1889 como el de 1940 eran totalmente válidos al momento de su celebración, en general, y en particular con respecto a la filiación. Pero con posterioridad –concretamente a partir del reconocimiento del derecho a la no discriminación entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio– a texto expreso en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.5), el Título VI (“De la filiación”), se vuelve contrario a la norma de Convención americana citada, que calificamos como de *ius cogens*, al haber sido establecida con posterioridad –el 22 de noviembre de 1969– a los Tratados de Montevideo en cuestión. La consecuencia práctica del criterio expuesto sería que los jueces uruguayos, frente a un caso relativo a la filiación que involucre a los Estados Parte de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, al resultar nulos los artículos correspondientes a dicha materia, deberían recurrir al derecho internacional privado de fuente interna...». Cfr. FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2006: «El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2006, 01: 185.

Por el contrario, el profesor Ruben Santos Belandro entiende apresuradas las conclusiones de Fresnedo, principalmente, «porque el establecimiento de puntos de conexión diversos para regular la filiación matrimonial por un lado y la extramatrimonial por el otro, no necesariamente implican una discriminación. Se trata de relaciones paterno filiales diferentes por naturaleza: unas nacidas de un matrimonio formal válido y otras emergentes de relaciones donde el matrimonio se halla ausente. Entonces, regular situaciones diferentes mediante soluciones diferentes –en tanto y en cuanto no busquen una exclusión o destrato jurídico al hijo extramatrimonial– no tienen en absoluto un carácter discriminador, sino el deseo de lograr un ajuste a la realidad social». Cfr. SANTOS BELANDRO, Ruben. 2009: *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay, 245; SANTOS BELANDRO, Ruben. 2013: «Los

La jurisprudencia argentina, en los pocos casos que han sido resueltos por nuestros tribunales en la materia que nos ocupa, ha aplicado los Tratados de Montevideo aun después de la equiparación en la fuente interna entre filiación matrimonial y extramatrimonial<sup>24</sup>.

Por otro lado, una cuestión que también ha generado opiniones adversas respecto de las disposiciones montevideanas es el corte temporal elegido para determinar la ley que rige la legitimidad de la filiación matrimonial, es decir, la ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo. En efecto, ha sido objeto de críticas, ya que se ha entendido que dicho corte no responde a principios de derecho natural, pudiendo fracasar la conexión elegida porque no exista domicilio conyugal al momento del nacimiento o por problemas de calificaciones respecto de lo que debe entenderse por domicilio conyugal<sup>25</sup>.

### 3.3. *Las soluciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*<sup>26</sup>. *Análisis crítico*

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, finalmente, incorporó reglas sobre filiación internacional que incluso han tenido en cuenta las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (artículos 2631 a 2634).

---

derechos fundamentales y el derecho internacional privado». *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 2013, DC1A1F, <http://www.eldial.com> [26 junio 2014].

24. En ese sentido destaca un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos «O., S. A. c/ O., C. H. s/ Impugnación de la paternidad», del 1.º de noviembre de 1999, en el cual nuestro máximo tribunal sostuvo: «Que si bien al tiempo de su nacimiento y al tiempo de la promoción de este litigio, el niño se hallaba domiciliado en la República Argentina, es indudable que, por lo menos, a mediados de 1997... y al momento de presentarse por derecho propio en esta instancia..., el menor tiene su domicilio en la República Oriental del Uruguay. Dado que el derecho aplicable a la materia de este juicio no es disponible para las partes, es necesario que esta Corte defina el marco jurídico para el tratamiento del litigio, tomando como tiempo crítico –a los efectos de resguardar los derechos del niño– el de la presentación de S. en esta causa, una vez alcanzada la edad del pleno discernimiento para actos lícitos (art. 921 del Código Civil argentino). En este sentido, su domicilio en el país vecino conlleva a la aplicación del Tratado de Derecho Civil y Internacional de Montevideo de 1940, cuyo art. 21 dispone que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo. Por ello, la presente acción de impugnación de paternidad matrimonial queda regida por el derecho argentino, el cual es aplicable, asimismo, a la legitimación activa...».

25. D' ANTONIO, Daniel Hugo. 1994: *Derecho de Menores*. 4.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 474.

26. Existieron con antelación otras iniciativas de interés que, sin éxito, procuraron introducir al Derecho argentino disposiciones sobre la filiación internacional. En tal sentido, el Proyecto

Se ocupan de las tres cuestiones principales propias del Derecho Internacional Privado, que componen su objeto, es decir: la jurisdicción competente, la ley aplicable y el reconocimiento extraterritorial.

En pocas palabras, podemos sintetizar que, en materia de jurisdicción, el artículo 2631 atribuye competencia internacional en materia de filiación distinguiendo entre las acciones para la determinación e impugnación y el reconocimiento, ya que instan a procedimientos de diversa naturaleza, mientras que en un supuesto estaremos ante un procedimiento contencioso, en donde tendremos un actor y un demandado, cuando estamos ante un reconocimiento, nos encontramos frente a un acto unilateral voluntario.

En el primer caso, a elección de actor, tales acciones se pueden interponer ante: 1) los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante 2) los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. Es decir, son competentes los tribunales judiciales del lugar de domicilio del actor o del demandado, a elección del primero.

La segunda opción responde al principio general en materia de acciones personales, que recoge el artículo 2608 en los siguientes términos: «Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado».

En el caso del reconocimiento son competentes: 1) los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, 2) los del domicilio del hijo o 3) los del lugar de su nacimiento. Este último es una conexión atributiva de jurisdicción poco frecuente, que no necesariamente coincidirá con la nacionalidad del niño ni con el lugar de su domicilio o residencia habitual.

Tal como podemos observar el legislador no limita temporalmente la noción de domicilio, en ninguno de los casos. Sin embargo, descarta la residencia habitual como conexión razonable para determinar la jurisdicción competente, lo cual es llamativo si tenemos en consideración las tendencias predominantes en el derecho comparado, en proyectos de reforma anteriores, en foros internacionales de codificación y, en definitiva, en la doctrina y la jurisprudencia. Volveremos sobre esta cuestión no menor, a nuestro criterio, al abordar el análisis de los artículos 2631 y 2632.

Por otro lado, vale destacar que la norma omite mencionar, a los fines de la determinación de la jurisdicción competente, las acciones de impugnación del reconocimiento.

---

de Código de Derecho Internacional Privado y de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial, de 1974, elaborado por Werner Goldschmidt, contenía dos artículos dedicados a la filiación, basados en las soluciones de los Tratados de Montevideo. En cambio, el Proyecto de 1993 no incorporó normas especiales sobre filiación. El Libro Octavo del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 1998 y el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 propusieron normas que, en líneas generales, respondían a las tendencias contemporáneas en materia de filiación internacional.



Finalmente, cabe señalar que el artículo 2631 debe analizarse en concordancia con normas generales sobre jurisdicción. En particular, nos referimos al artículo 2602 que establece el llamado foro de necesidad, según el cual aunque las reglas del Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Es decir, que, aunque en virtud del artículo que analizamos los jueces argentinos no tuvieran jurisdicción, si se dieran los excepcionales extremos del artículo 2602, podrían declararse competentes.

A su turno, el Código Civil y Comercial de la Nación dedica dos artículos al derecho aplicable a la filiación con elementos extranjeros. El primero de ellos, el artículo 2632, establece que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen, alternativamente, por:

- a) El derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento: debe tenerse presente que el artículo 2614 establece una calificación autárquica del domicilio de las personas menores de edad, según la cual aquél se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. Por otro lado, apreciamos que siendo el domicilio un punto de conexión mutable, el legislador ha decidido fijarlo temporalmente al momento del nacimiento del hijo. Por ende, en principio, el juez no podría recurrir al lugar del domicilio del niño establecido con posterioridad, aun cuando condujera a una ley más favorable para sus derechos, salvo que invocara el artículo 2597 CCC.
- b) El derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo: respecto a esta conexión alternativa, debemos recordar que artículo 2613 define qué entiende por domicilio y residencia habitual de la persona humana en estos términos: «A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él. b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia». Tal como afirmamos respecto del punto anterior, en este caso también el legislador fijó temporalmente el lugar del domicilio del progenitor. Por ende, caben las mismas consideraciones expuestas en a).



- c) El derecho del lugar de celebración del matrimonio: a este punto de conexión, que además rige la validez intrínseca y extrínseca de aquél (artículo 2622 CCC), el juez podrá recurrir en aquellos casos de filiación matrimonial.

El juez optará por el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El alcance del derecho que resulte aplicable teniendo en consideración la orientación material que el legislador le brinda al juez es amplio pues determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Lo que más llama nuestra atención respecto de la norma analizada es que el legislador haya recurrido al “domicilio” cuando la tendencia predominante es, en materia de menores, la residencia habitual tanto para determinar el juez competente, como la ley aplicable, ya sea como punto de conexión único, principal o alternativo. El legislador, en los fundamentos del Anteproyecto, expone los motivos que lo llevaron a esta decisión: «En atención a que la realidad a regular es muy compleja, se ha preferido el punto de conexión “domicilio” –si bien junto con otras alternativas que buscan la mayor adecuación a la realidad fáctica del eventual supuesto– pues esa localización da mayor certeza que la residencia habitual, precisamente en una problemática que comprende las consecuencias jurídicas de la concepción y del nacimiento de todo ser humano».

Por su parte, el artículo 2633 determina el derecho aplicable al acto de reconocimiento de hijo y al respecto. La norma que analizamos distingue diversos aspectos:

- a) Las condiciones del reconocimiento se rigen 1) por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o 2) al tiempo del acto o 3) por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. El artículo 2633 omite confirmar expresamente cuál será la orientación que tendrá que tener el juez para elegir uno u otro derecho. Entendemos que, por analogía, se aplica el criterio sentado en el artículo 2632, que, en definitiva, se sustenta en la regla clave y principio rector de la Convención sobre Derechos del Niño, de jerarquía constitucional.
- b) La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. Esta disposición coincide con la regla general en materia de capacidad de la persona física que se encuentra recogida en el artículo 2616: «La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio».
- c) La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo. Cuando la norma se refiere al «lugar del acto», debería decir «lugar de otorgamiento del acto». En este caso, debemos analizar la norma en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2649: «Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se

hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada».

Finalmente nos encontramos con el artículo 2634, que contiene dos párrafos. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante un juez argentino el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al artículo 2600 de la parte general de las disposiciones de Derecho Internacional Privado, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado.

El segundo párrafo del artículo bajo estudio se ocupa de un tema muy delicado y recientemente explorado por el derecho argentino, como es la relación entre el Derecho Internacional Privado y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina. En particular, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que: «1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento* y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, *a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...*».

A su turno, el artículo 8 dispone que «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, *los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*» (el destacado nos pertenece).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece en su artículo 17:

Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (el destacado nos pertenece).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, en el artículo 24 indica que:

1. Todo niño tiene derecho, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento* y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (el destacado nos pertenece).

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976, en su artículo 10 declara que los Estados Partes reconocen que:

... 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, *sin discriminación alguna por razón de filiación* o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales<sup>27</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que, aunque la norma que analizamos no lo indique expresamente, tampoco un juez argentino estará obligado a reconocer un emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero si detectare un caso de fraude a la ley en los términos del artículo 2598: «Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto».

## 4. FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### *4.1. A la complejidad que presenta el régimen internacional de la filiación, íntimamente vinculado a la noción de orden público internacional, desde hace unos años, se han sumado los aportes de la ciencia y de la biotecnología, que no pueden ser soslayados en ninguna legislación del siglo XXI*

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera

27. Ejemplos de este tipo pueden darse cuando esas normas provienen de un país de religión musulmana, que tienen una concepción muy distinta a la occidental en materia filiatoria. En efecto, en el Derecho musulmán, la filiación se funda en la prueba del vínculo consanguíneo del padre respecto del hijo, quien, en consecuencia, sólo será considerado legítimo si nace dentro del matrimonio o dentro de un periodo posterior a la disolución del vínculo matrimonial. Por ende, los hijos de todas las esposas y también los de las concubinas serán considerados legítimos siempre que medie reconocimiento paterno.

Asimismo, en los regímenes musulmanes jamás un juez podrá determinar la filiación aunque fuera a pedido del propio menor o de su madre o de cualquier representante legal.

Las características de estos sistemas nos llevan a expresarnos con propiedad en términos de filiación o no filiación, más que utilizando la clásica dicotomía occidental: filiación legítima e ilegítima o matrimonial y extramatrimonial.

de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional<sup>28</sup>.

De esta revolución biotecnológica que impacta en el ordenamiento jurídico, no escapa el Derecho Internacional Privado. Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida<sup>29</sup> potencian las posibilidades de encontrar un elemento extranjero en una controversia sobre filiación. Tal como sostiene Rubaja,

por ejemplo para los supuestos de donantes con residencia habitual en un país distinto del de la madre, o que el país en que se lleve adelante la técnica de reproducción sea otro que aquel de la residencia habitual de los padres y luego ése constituya un punto de conexión relevante para regir el caso por tratarse del lugar de la concepción; o en los supuestos de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, pero cuyos progenitores y el niño residan en un país que no permita dicha técnica; entre muchas otras posibilidades...<sup>30</sup>.

Tal como afirma Santos Blandro,

el verdadero reto actual, no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada –que se siente actualmente en el derecho interno– también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado

28. Cfr. HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2012: «Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte». *Microjuris.com*, 2012, MJ-DOC-5752-AR|MJD5752, <http://www.microjuris.com> [28 noviembre 2014].

29. Tales técnicas de reproducción humana asistida o, comúnmente llamadas, técnicas de fertilización asistida pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja); inseminación artificial homóloga, cuando el marido ha fallecido; inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permite que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea, quien aportó el ovulo fecundado.

30. RUBAJA, Nieve. 2012: *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 302.

tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar<sup>31</sup>.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos estatales pueden reconocer efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) o bien meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció).

Podemos caer en un sistema estrictamente territorial, precisamente –en contrario sentido al principio de extraterritorialidad del derecho, fundamento básico para la operatividad de Derecho Internacional Privado–, ante el temor de reconocer todas o ciertas técnicas que nos provee la biotecnología, ya implementadas legalmente y utilizadas en muchos Estados.

Ahora bien, de los distintos métodos de reproducción humana asistida, el que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica, es la llamada «maternidad subrogada».

La «maternidad subrogada» o «gestación por sustitución», «vientre de alquiler», «maternidad intervenida», «maternidad disociada», «gestación por contrato», «madre sustituta» o «madre de alquiler» es el compromiso entre una mujer, llamada «mujer gestante», a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los «subrogantes», a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.

En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco, o bien una donante anónima.

Esta nueva técnica tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la «madre subrogada», «madre de alquiler» o «madre portadora», acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un

31. SANTOS BELANDRO, Ruben. 2009: *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay, 191.

individuo o pareja comitente, también llamados «padres intencionales», a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más, en muchos casos, una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

Múltiples son las voces que se manifiestan en contra de esta práctica<sup>32</sup>. Sin embargo, la facilidad para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los Estados que le otorgan efectos jurídicos<sup>33</sup> ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución en los últimos años<sup>34</sup>. Piénsese que, en tales países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud online en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el «trámite»<sup>35</sup>.

32. La maternidad subrogada ha sido considerada inmoral por un sector significativo de nuestra doctrina ya antes de la reforma, que ha entendido que, de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano. Por su parte, se ha invocado que constituye una manifiesta violación del derecho constitucional del niño a la identidad y una grave cosificación de la mujer. Asimismo, se asocian estas prácticas con el tráfico internacional de niños.

33. Diversos países admiten esta práctica. Entre ellos destacan: varios estados de Estados Unidos: Luisiana, Maryland, Michigan, Nebraska, North Dakota, Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Idaho, Massachusetts, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Vermont, West Virginia, Illinois y Florida; en algunos territorios de Australia; en India; Grecia; Israel; Sudáfrica; Nueva Zelanda; Alberta y British Columbia en Canadá; Hong Kong; en el estado de Tabasco en México; Rusia; Ucrania; Georgia; Tailandia.

34. Es imposible determinar el número de acuerdos internacionales de maternidad subrogada celebrados en el mundo. Sin embargo, surge de los datos de cinco agencias internacionales especializadas en la gestación por sustitución que el «mercado» registró un enorme crecimiento: entre 2006 y 2010, las cifras muestran un aumento en un porcentaje cercano al 1000% en todas las agencias. *Cfr. Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenios de maternidad subrogada de carácter internacional*, realizado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Documento preliminar n.º 10, de marzo de 2012, realizado por el Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia. Consultado en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> [30 noviembre 2014].

35. Se han mediatizado casos que demuestran la importancia de prever estas situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en nuestro país. De algunos de ellos, nos ocupamos en: SCOTTI, Luciana B. 2012: «El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas». *Pensar en Derecho*,



Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la maternidad subrogada es un «negocio global»<sup>36</sup>. En efecto, la dispar regulación en los derechos nacionales motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando, en la práctica, los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina «turismo procreativo».

En nuestro país, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 había incorporado el artículo 562 que hubiera permitido la gestación por sustitución, previendo un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. Sin embargo, la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha eliminado el mencionado artículo del texto que aprobó el Congreso de la Nación y, por ende, nos quedamos respecto al tema que nos ocupa ante una situación similar a la preexistente.

Por otro lado, ante la Legislatura porteña, ha sido presentado un *Proyecto de inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución*, cuyo objeto es «regular la inscripción, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de niños nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución realizado en el extranjero, en salvaguarda del interés superior del niño y su derecho a la identidad» (artículo 1). En lo principal, el proyecto dispone que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas procederá a inscribir a los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución en países donde la legislación así lo permita, y previa orden judicial en tal sentido (artículo 3)<sup>37</sup>.

Ante la falta de normas que regulen esta peculiar técnica de reproducción humana asistida, el vacío legal genera un espacio de gran incertidumbre jurídica para aquellas personas que recurren a la gestación por sustitución en el extranjero, y sobre todo

---

2012–2013, 1: 267–289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colgada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [22 noviembre 2014], y en SCOTTI, Luciana B. 2014: «La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas». *Revista digital En Letra*, 2014. 1, 1: 47-78, <http://enletra.com/> [22 noviembre 2014].

36. Son de gran interés los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado respecto a la filiación y en especial a la maternidad subrogada. En especial, es recomendable la lectura de dos recientes documentos publicados en 2014 «The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project» (Prel. Doc. n.º 3 B of March 2014) y «Study on Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements» (Prel. Doc. n.º 3 C –The Study– March 2014). Disponibles, respectivamente, en: [http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf) y [http://www.hcch.net/upload/wop/gap-2014pd03c\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap-2014pd03c_en.pdf) [30 noviembre 2014].

37. Según las disposiciones proyectadas corresponde al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la jurisdicción en toda materia relativa a la inscripción registral de personas comprendidas en los supuestos de la ley propuesta. Se incorporaría un proceso especial denominado «Declaración de Coparentalidad», en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley n.º 189.



respecto al niño que nace como resultado de esta práctica, en relación con su estado civil, su nacionalidad y sus derechos en general.

## 2. A MODO DE COLOFÓN

El Derecho Internacional Privado, en general, y el régimen internacional de la familia y la protección internacional de la minoridad, en especial, han sufrido, en los últimos años, el impacto de fenómenos que exceden los límites del mundo de lo jurídico, pero inciden en forma directa y trascendente en él. Nos referimos a la incesante globalización, la integración regional, la fragmentación, la multiculturalidad, la interculturalidad, los avances tecnológicos, la biotecnología, entre otros.

Como consecuencia de ello, el Derecho Internacional Privado de Familia se encuentra inmerso en nuevos escenarios, renovados y complejos problemas, y ante esta realidad, se halla en permanente evolución.

En efecto, la noción de familia ha cambiado y es un elemento distintivo de cada cultura. Sin embargo, a nuestro criterio, el Derecho Internacional Privado sigue siendo un instrumento eficaz y justo para indicar la ley aplicable a los casos multiconectados y multiculturales.

A fin de contribuir en tal sentido, esta disciplina debe hacerse eco de las nuevas modalidades de filiación, en donde el debate hoy gira en torno a la utilización de técnicas de reproducción asistida.

En todo caso, las soluciones que puede aportar el Derecho Internacional Privado deben estar en consonancia con la garantía y respeto de los Derechos Humanos. En efecto, a nuestro entender, las sociedades multiculturales deben encaminarse hacia la búsqueda del balance, del equilibrio entre la protección de los derechos humanos y la salvaguardia de la identidad cultural.

En consecuencia, las respuestas jurídicas provenientes de nuestra disciplina deben ser lo suficientemente flexibles y brindar opciones al juez para que pueda disponer de las herramientas, los caminos necesarios para reconocer la filiación en estos casos, salvo que los principios fundamentales del derecho del foro se lo impidan de un modo manifiesto, serio e inevitable.

Tales principios fundamentales están representados, a nuestro criterio, exclusivamente por las garantías y derechos humanos de los niños, los sujetos más vulnerables en nuestra sociedad posmoderna e intercultural, que requieren, por ello, de una esmerada protección jurídica.

Con esta inteligencia y en buena hora, la sección 5.<sup>a</sup> del nuevo título sobre Disposiciones de Derecho Internacional Privado, dedicada a la «Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida», integrada por los artículos 2631 al 2634

del flamante Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, viene a colmar un vacío, una laguna que nuestro ordenamiento jurídico tuvo desde sus orígenes.

## BIBLIOGRAFÍA

- CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia María del Carmen. 1990: «La filiación en el Derecho Internacional Privado». *La Ley*, 1990-C: 1122.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. 2004: *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. 2009: «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, 1, 2: 294-319, <http://www.uc3m.es/cdt> [26 julio 2012].
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. 2003: «Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI». *Anales de Derecho*, 2003, 21: 109-143.
- D' ANTONIO, Daniel Hugo. 1994: *Derecho de Menores*. 4.ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. 1998: «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado». *Revista de Derecho Privado*, 1998: 541-558.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana. 2012: *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos (dirs.). 2011: *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON, Carolina. 2011: «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?». *Revista de Derecho de Familia*, 2011: 301-329.
- DURÁN AYAGO, Antonia. 2004: «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural». En Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González: *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 295-318.
- FAMÁ, María Victoria. 2011: «Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación». *La Ley*, 2011-C: 1204.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. 2010: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *Indret*, 2010, 1: 1-25, <http://www.indret.com> [25 septiembre 2011].
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana. 2011: «El derecho internacional privado de la familia frente a un mundo global y multicultural: nuevos desafíos y asignaturas pendientes». En Diego Fernández Arroyo y Juan José Obando Peralta (coords.): *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 389-417.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y LIMA MARQUES, Cláudia. 2003: «Protección de menores en general». En Diego Fernández Arroyo (coord.): *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavallia, capítulo 15, 583-593.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2006: «El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, 2006, 01: 155-187.

- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. 2011: «El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes». En Diego Fernández Arroyo y Juan José Obando Peralta (coords.): *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 453-481.
- FOYER, Jacques. 1986: «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation». *Recueil des cours*, 1986: 193.
- GARRIGA GORINA, Margarita. 2007: «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero». *Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21: 167-228.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène. 2005: «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général». *Recueil des cours*, 2005, 312: 9-488.
- GROSMAN, Cecilia P. (dir.). 2007: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- HERRERA, Marisa. 2008: «Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI». En Eliene Ferreira Basto y M. Berenice Díaz (eds.): *A familia além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2012: «Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte». *Microjuris.com*, 2012, MJ-DOC-5751-AR | MJD5751, <http://www.microjuris.com> [28 noviembre 2014].
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. 2012: «Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte». *Microjuris.com*, 2012, MJ-DOC-5752-AR|MJD5752, <http://www.microjuris.com> [28 noviembre 2014].
- JAYME, Erik. 1995: «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne». *Recueil des cours*, 1995, 251: 9-267.
- JAYME, Erik. 2010: «O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da Pessoa Humana face à Globalização». *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS, Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*, 2010, 1, 1: 85-97.
- JAYME, Erik. 2010: «O Direito Internacional Privado e a Família no umbral do Século XXI». *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS, Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*, 2010, 1, 1: 99-109.
- JAYME, Erik. 2010: «Visões para uma Teoria pós-moderna do Direito Comparado». *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS, Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*, 2010, 1, 1: 69-84.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. 1999: *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- KRASNOW, Adriana. 2005: «Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida». *La Ley*, 2005-A: 1458.
- MIZRAHI, Mauricio L. 2002: «Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica». *La Ley*, 2002 – B: 1198.
- MONTOYA SÁNCHEZ, Miguel A. 2011: «Visión contemporánea del derecho de familia. El concepto de familia como 'dogma' revelado. Retos y dilemas». En Diego Fernández Arroyo y Juan José Obando Peralta (coords.): *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 483-513.
- NAJURIETA, María Susana. 2000: «El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo». *Revista de Derecho internacional y de la Integración*, 2000, 1: 85-97.

- QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. 2009: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». *InDret*, 2009, 3: 1-42, <http://www.indret.com> [25 septiembre 2012].
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. 2010: «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, 2, 1: 186-202, <http://www.uc3m.es/cdt> [25 septiembre 2012].
- RUBAJA, Nieve. 2005: «Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano». *Microjuris*, 2005, MJ-DOC-2739-AR | MJD2739, <http://www.microjuris.com> [28 noviembre 2014].
- RUBAJA, Nieve. 2012: *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. 2001: *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. 2010: «Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado». *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010, 10, <http://www.rej.ujaen.es> [30 septiembre 2012].
- SANTOS BELANDRO, Ruben. 2007: *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. 2009: *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. 2013: «Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado». *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 2013, DC1A1F, <http://www.eldial.com> [26 junio 2014].
- SCOTTI, Luciana B. 2012: «El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas». *Pensar en Derecho*, 2012-2013, 1: 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revis-tas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [22 noviembre 2014].
- SCOTTI, Luciana B. 2014: «La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas». *Revista digital En Letra*, 2014, 1, 1: 47-78, <http://enletra.com/> [22 noviembre 2014].
- UZAL, María Elsa. 1994: «Los menores y el derecho internacional privado. La filiación de base biológica. Reflexiones en torno a la ley aplicable, la fecundación asistida y el orden público». *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, 1994, VII, 10: 27-52.

# Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica

## *Characteristics of right of withdrawal in matter of electronic contract*

**Henry Sosa Olán**

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 17 de febrero 2015

Fecha de aceptación definitiva: 27 de marzo de 2015

### Resumen

En las siguientes líneas, analizaremos de manera general las características del derecho de desistimiento del consumidor, con especial referencia a la materia de contratación electrónica, siendo las siguientes: se trata de un derecho discrecional, es irrenunciable para el consumidor y usuario, su ejercicio tiene carácter temporal, existe la libertad de forma para su ejercicio, es una declaración de voluntad recepticia, sin penalización alguna para el consumidor, su ejercicio determina la

### Abstract

*In the following lines, discuss the general characteristics of the right of withdrawal of the consumer, with special reference to matter of eProcurement, being the following: It is a discretionary right, is inalienable for the consumer and user, exercise is temporary, there is freedom of form for exercise, It is a declaration of will, without any cost for the consumer, its exercise determines the termination of the contract of concerted*

extinción del contrato de consumo concertado, y puede tener su origen tanto legal como contractualmente.

*consumption and, it may originate both legally and contractually.*

**Palabras clave:** consumidor; derecho de desistimiento; Ley de Consumidores.

**Key words:** *Consumer; right of withdrawal; Consumer Law.*

**Sumario:** 1. Cuestiones previas. 2. Se trata de un derecho discrecional. 3. Es irrenunciable para el consumidor. 4. Su ejercicio tiene carácter temporal. 5. Impera la libertad de forma para su ejercicio. 6. Es una declaración de voluntad recepticia. 7. Sin penalización alguna para el consumidor. 8. Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado. 9. Puede tener su origen tanto legal como contractualmente. 10. Bibliografía

## 1. CUESTIONES PREVIAS

Hasta antes de la entrada en vigor de 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 del año*<sup>1</sup> (en adelante Ley de Consumidores), existía un triple régimen jurídico en materia de derecho de desistimiento en los contratos a distancia: *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista* (en adelante LOCM; arts. 44-48)<sup>2</sup>; *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante TRLGDCU; arts. 68-79)<sup>3</sup>, y *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación* (art. 4)<sup>4</sup>, lo cual provocaba que existiera fragmentación en la materia comentada. Lo anterior se debió a la técnica legislativa empujada por el legislador español a la hora de transponer las Directivas de consumo a nivel nacional, lo cual se vio reflejado en el actual TRLGDCU (arts. 68-79), en donde en su momento se recogieron algunas generalidades sobre el desistimiento (como la contratación a distancia

1. *Boletín Oficial del Estado* (en adelante BOE), núm. 76, de 28-III-2014.

2. BOE núm. 15, de 17/01/1996.

3. BOE núm. 38, de 2/02/2008.

4. BOE núm. 313, de 31/12/1999. Cabe señalar que esta norma fue muy criticada por la doctrina en su momento, ya que sus disposiciones chocaban con norma de mayor jerarquía como el TRLGDCU. (Vid. GARCÍA RUBIO, M.<sup>ª</sup> P. 2001: «Las condiciones generales de la contratación electrónica. La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales». *La Ley*, 2001, n.º 1, 2001: 1693-1698).

o la contratación fuera de establecimientos mercantiles), pero junto a ella aparecieron también en el ordenamiento otras leyes especiales que regulaban el desistimiento en otros sectores<sup>5</sup>, de ahí que haya venido siendo y, de hecho continúe en la actualidad, una figura jurídica «asistemática y fragmentaria».

Por otra parte, hay que señalar que con la refundición de Leyes en el año 2007 por medio del TRLGDCU, el legislador español perdió la oportunidad de unificar el derecho de desistimiento en los contratos a distancia. No obstante, tal error fue enmendado por medio de la Ley de Consumidores del año 2014 y por la que se transpone la *Directiva de los derechos de los Consumidores del año 2011* (en adelante DDC). De esta manera, se unifica y armoniza el régimen jurídico del derecho de desistimiento, tanto en materia de contratos a distancia como en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, razón por la cual se modifica el Título II del TRLGDCU, eliminándose el Título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al Título IV, en cuyo Capítulo III se regula el derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (arts. 102-108 TRLGDCU). Por lo tanto, se unifican los plazos para desistir, las sanciones civiles, las obligaciones del consumidor y del vendedor, los efectos del derecho de desistimiento en los contratos vinculados, así como también se facilita su ejercicio con la introducción de un formulario previsto en el Anexo B<sup>6</sup>.

Dicho todo lo anterior, en las siguientes líneas hablaremos de las características del derecho de desistimiento del consumidor.

5. Es importante mencionar que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (PALMOC) del año 2009, en sus artículos 1.265.1, 1.267.11 y 1.268, d) último párrafo, preveía el derecho de desistimiento en contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, contratos a distancia y contratación electrónica. Sin embargo, la propuesta comentada en lugar de simplificar el régimen jurídico del derecho de desistimiento en las materias comentadas lo fragmentaba que el actual TRLGDCU (arts. 68-79), por lo tanto, se quedó en un simple proyecto.

6. Para BERMÚDEZ BALLESTEROS la Ley de Consumidores del año 2014 amplía la protección del consumidor en diversos aspectos: «Desde el punto de vista de la protección al consumidor, la unificación operada en el régimen del desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento se valora positivamente. En términos generales, los aspectos mejorados son: ampliación del plazo para desistir, fijación de días naturales en el cómputo del plazo, incorporación de un formulario normalizado de desistimiento, posibilidad de cumplimentar y enviar dicho formulario *on line*, establecimiento de un mismo plazo de 14 días para proceder a las mutuas restituciones entre las partes y regulación de los efectos del desistimiento en los contratos de prestación de servicios. No obstante, se aprecia también alguna omisión en el nuevo régimen, como la falta de regulación de la imposibilidad de restituir el bien por pérdida o la responsabilidad del consumidor por deterioros o menoscabos en el bien». (Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> del S. 2014: «La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, n.º 9: 104-117).



## 2. SE TRATA DE UN DERECHO DISCRECIONAL

En materia de contratación electrónica el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento, sin alegar motivo alguno, es decir, por su propia voluntad (art. 68.1 del TRLGDCU)<sup>7</sup>. Sin embargo, algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento, en este caso, el consumidor no debe perder el derecho de desistimiento, pero debe ser responsable de cualquier depreciación de los bienes.

Asimismo, la Ley ha justificado la concesión de la posibilidad de desistir en los contratos a distancia, debido a que el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato o conocer las características del servicio<sup>8</sup>. Las empresas que se dedican al comercio electrónico prevén, en su mayoría, cláusulas de estilo dentro de sus condiciones generales, por las que se concede al consumidor su derecho a desistir del contrato<sup>9</sup>.

En la práctica existen empresas que limitan el carácter discrecional del derecho de desistimiento, por ejemplo, Amazon exige al consumidor indicar por qué se devuelve el producto, o si funciona o no el bien. Las cláusulas mencionadas podrían ser nulas por abusivas, pues limitan injustificadamente los derechos de los consumidores (arts. 10, 68.1, 82.4 y 86.1 TRLGDCU). Además, tales cláusulas no aparecen dentro del documento de desistimiento, sino que se habilitan casillas dentro de la página *web*, sobre todo cuando el consumidor ejerce su derecho de desistimiento *on-line*; las cuales llevan por título «razones de desistimiento». Lo anterior podría

7. Al igual que el artículo 68.1 TRLGDCU en el sentido de que se trata de un derecho discrecional se manifiestan las siguientes normas: artículo 6.1 de la Directiva (en adelante Dir.) 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la contratación a distancia con consumidores*; artículo 44.1 de la LOCM; artículo 14.1 de la *Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, de contratos de crédito al consumo*, y el artículo 9.1 de la DDC.

8. *Vid.* Considerando 14 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia* cuando aclara: «Considerando que el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato; que es conveniente establecer, a menos que en la presente Directiva se establezca lo contrario, un derecho de rescisión [...]». En términos parecidos se pronuncia la actual DDC en el considerando número 37 de su Exposición de Motivos.

9. Ejemplos de una cláusula discrecional, por lo que se refiere al derecho de desistimiento del consumidor en contratación electrónica, lo encontramos en las condiciones generales de la tienda ZARA, la cual aclara: «Además del derecho de desistimiento reconocido legalmente a los consumidores y usuarios y mencionado en la Cláusula 14.1 anterior, le concedemos un plazo de 30 días contado desde la fecha de la Confirmación de Envío para realizar devoluciones de los productos (salvo de los mencionados en la Cláusula 14.3 siguiente, respecto de los que se excluye el derecho de desistimiento)». Referencia tomada en: <http://www.zara.com/es/es/look-book/woman/mayo-c415501.html> [7-I-2015].



coaccionar al consumidor, que, si no da las razones que se le exigen, no podrá desistir del contrato.

Siguiendo con la cuestión desarrollada en el párrafo anterior, debemos mencionar que tales prácticas llevan aparejadas sanciones civiles y administrativas para la empresa. En el caso de las primeras, el consumidor podrá resolver el contrato durante el plazo de tres meses (art. 71.3 TRLGDCU), esto se debe a que hay un incumplimiento defectuoso del deber de información. Por lo que toca a la sanción administrativa, se haría acreedor a una multa de 30.000 euros, esto de acuerdo con el artículo 39.1 c de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (en adelante LSSI)<sup>10</sup>.

### 3. ES IRRENUNCIABLE PARA EL CONSUMIDOR

Es importante señalar que las normas en materia de protección al consumidor en contratos a distancia son imperativas, es decir, irrenunciables. Lo anterior se refleja en las siguientes normas cuando aclaran:

«Los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconozca en virtud de la transposición al Derecho nacional de la presente Directiva» (art. 12.1 de la Directiva 97/7CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia); «Cuando el comprador sea un consumidor, entendiendo por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea» (art. 48.1 de la LOCM); «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil» (art. 10 TRLGDCU); «Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor» (art. 25 de la DDC)<sup>11</sup>.

10. BOE núm. 166, de 12/07/2002.

11. Vid. la Propuesta de Reglamento para una compraventa común a nivel comunitario, de 11 de octubre del 2011, mejor conocida por sus siglas en inglés como *Common European Sales Law* (en adelante CESL), en su artículo 22 señala: «Las partes no podrá

Con este tipo de medidas se evitan prácticas abusivas, que tengan por objeto obstaculizar al consumidor la terminación del contrato.

En vista de lo anterior, cabe señalar que si el comerciante cumple adecuadamente con el deber de información que le corresponde no surge ningún problema, pero, en caso contrario, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué pasa si el comerciante obliga al consumidor a renunciar a su derecho a desistir del contrato por medios de prácticas desleales? En este sentido, la empresa Baroli.es, la cual se dedica a la venta de relojes Casio, dentro de sus condiciones generales estipula lo siguiente:

Si no queda satisfecho con los productos adquiridos en BAROLI.ES, los podrá devolver en un plazo máximo de 30 días contados a partir del siguiente al que fue recibido. Las devoluciones deberá enviarlas a portes pagados, con la mercancía en perfecto estado y sin haber sido usada, junto con el envase original y con toda la documentación que acompaña al reloj a la siguiente dirección: BAROLI, S.L. C/ Gabriel Lobo, nº 7, 28002 Madrid.

En el interior del paquete debe incluir el impreso de desistimiento debidamente cumplimentado que puede descargar pinchando aquí.

La devolución del importe de los relojes se efectuará a través de su tarjeta de crédito o a través de Paypal, si usted utilizó alguno de estos dos medios de pago al realizar su pedido, o mediante transferencia en la cuenta corriente que nos indique si usted pagó su pedido contra reembolso o mediante ingreso en efectivo o transferencia.

De acuerdo con la ley del 15/1/96 número 7/1996 no se admitirán devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado y sin que haya sido usado<sup>12</sup>.

A pesar de que esta cláusula podría ser válida en lo que se refiere al desistimiento más allá de los 14 días legales, el consumidor que decida desistir del contrato dentro de dicho plazo encontrará una serie de trabas (p. ej., la devolución del bien en su embalaje original). Además, no tendría oportunidad de conocer sus derechos que le asisten al momento de ejercer su derecho de desistimiento, pues las condiciones generales de la empresa que venimos analizando remiten a la LOCM y no al TRLGDCU,

---

excluir la aplicación de la presente sección, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor». En la práctica la gran mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico dentro de sus condiciones generales prevén el derecho de desistimiento, por ejemplo, [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos) [12-I-2015]; <https://shop.sony.es/catalog/4F/4F962A8C6DFA0140E10080002BC29BDE.htm>. [12-I-2015]; <http://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/TermsAndConditionsView?catalogId=24052&langId=-5&storeId=10701> [12-I-2015].

12. Referencia tomada en: <http://www.baroli.es/ayuda/ayuda.php>. [30-VI-2014].

por tal motivo, el consumidor podría invocar el artículo 86 TRLGDCU para declarar la invalidez de las condiciones generales, en las partes en donde no fuera conforme a la normativa. Por otra parte, se considera una práctica comercial desleal brindar información errónea al consumidor en materia de contratación electrónica, por lo cual, la empresa podría ser sancionada administrativamente con una multa de 30.001 hasta 150.000 euros al considerarse una infracción grave (art. 39 LSSI).

#### 4. SU EJERCICIO TIENE CARÁCTER TEMPORAL

El TRLGDCU establece el plazo de 14 días naturales para que el consumidor emita su declaración de desistir (art. 71.1 y 104), los cuales se computan de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Código Civil<sup>13</sup>. Es importante aclarar que los plazos otorgados por la normativa para el ejercicio del derecho de desistimiento son de caducidad<sup>14</sup>.

Como se observa, el derecho de desistimiento como forma de ineficacia sobrevenida del contrato puede ejercerse en un período delimitado de tiempo, a diferencia de la nulidad del contrato, la cual no prescribe y puede declararse de oficio, o la anulabilidad, la cual prescribe en un período de cuatro años.

Cabe mencionar que, en la práctica, las empresas que se dedican al comercio electrónico conceden al consumidor plazos distintos para poder ejercer el derecho de desistimiento: mientras que algunas respetan sin más el plazo mínimo de 14 días naturales, en cambio, otras lo amplían a 30 días. E, incluso, podemos encontrar prácticas más generosas, que lo conceden por todo un año, tal y como veremos en otra parte del presente trabajo<sup>15</sup>.

Asimismo, debemos aclarar que las empresas que se dedican al comercio electrónico, en caso de no respetar el plazo mínimo exigido por el TRLGDCU (14 días naturales), se harían acreedoras a sanciones civiles y administrativas. Para el primer caso el consumidor podría desistir del contrato en el plazo de un año (art. 105 del TRLGDCU). Por lo que respecta a las sanciones administrativas, la empresa se haría acreedora a una sanción grave, la cual oscilaría entre 150.001 y 600.000 euros (art. 39 LSSI).

13. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L. 2011: «El plazo para desistir en los contratos con consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. LXIV: 157-196.

14. Vid. CAÑIZARES LASO, A. 2001: *La caducidad de los derechos y acciones*. Madrid: Civitas, 63.

15. Vid. *infra*, punto 8.

## 5. IMPERA LA LIBERTAD DE FORMA PARA SU EJERCICIO

El TRLGDCU y demás leyes que contemplan el derecho de desistimiento del consumidor no exigen una determinada forma para que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento<sup>16</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina coincide en que el consumidor debería dejar constancia al momento de ejercitar el derecho de desistimiento, pues existen medios como el teléfono, en donde es difícil dejar prueba de tal derecho<sup>17</sup>. Con la aparición de las nuevas tecnologías como la Internet, el legislador europeo se ha visto en la necesidad de adaptar el derecho de desistimiento a estas fórmulas contractuales, razón por la cual algunas empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales, prevén un formulario de desistimiento, con el fin de facilitar al consumidor su ejercicio.

Aunque cabe aclarar que el consumidor puede ejercitar el derecho de desistimiento por cualquier medio, es decir, no es necesario ejercerlo por medio del formulario, incluso aunque éste le haya sido correctamente facilitado. No obstante, por razones de seguridad jurídica debe quedar constancia de ello, pues la carga de la prueba del

16. Las leyes que le conceden al consumidor un derecho de desistimiento no exigen formalidad alguna para que éste pueda ejercerlo. Por ejemplo, el artículo 14.3 a) de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo* aclara: «Para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista [...] por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional [...]»; artículo 28.2 a) de la *Ley 16/2011, de 14 de junio, de contratos de crédito al consumo* [...] «Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él»; artículo 7.1 *Directiva 122/2008, de 14 de enero de 2009, de contratos de tiempo compartido*: «Si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. [...]»; artículo 12.4 *Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno*: «El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario», aunque ni la *Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002, de contratos servicios financieros a distancia*, ni la *Ley 22/2007, de 12 de julio, de contratos de servicios financieros a distancia* lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos, ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedaron fuera de su refundición.

17. *Vid.* BELUCHE RINCON, I. 2009: «Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato». *Diario la Ley*, 26 de mayo de 2009, n.º 7182, Sección Tribuna, la Ley 11783/2009.

ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor (art. 72 TRLGDCU). Evidentemente, el consumidor que utilice el formulario y siga las instrucciones para la devolución del producto estará preconstituyendo la prueba más firme del correcto ejercicio de su derecho frente a posteriores reclamaciones del empresario. El legislador, por lo tanto, trata de motivar no sólo al empresario, sino también al consumidor, facilitándole el ejercicio del derecho y la prueba del mismo.

## 6. ES UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RECEPTICIA

Para que el desistimiento surta sus efectos, es necesario que el consumidor se lo haga saber a la otra parte, en este caso al empresario (art. 68.1 TRLGDCU)<sup>18</sup>. Aunque, surge la duda de determinar el momento en que se hace efectiva la declaración de voluntad: ¿cuando se ejercita el derecho de desistimiento o cuando llega al conocimiento del empresario? En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor surte efecto desde el momento en que el consumidor desiste del contrato, siempre y cuando lo haga en tiempo y forma, es decir, de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley o en el contrato<sup>19</sup>. Lo anterior cobra importancia debido a que las

18. Lo anterior se refleja en las siguientes normas: *Ley 22/2007, de servicios financieros*, artículo 10.3: «El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato [...]»; artículo 6.6 de la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros*: «Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente [...]»; artículo 14.3 a) de la *Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo*: «Para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, [el consumidor deberá] notificárselo al prestamista [...]»; artículo 28.2 a) de la *Ley 16/2011, de crédito al consumo*: «El consumidor que ejerza el derecho de desistimiento tendrá las obligaciones siguientes: [...] comunicarlo al prestamista antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1 [...]»; artículo 7 de la *Directiva 122/2008, de tiempo compartido*: «Si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero [...]»; artículo 12.4 *Real Decreto-Ley 8/2012, de tiempo compartido*: «El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario del desistimiento por escrito o en papel u otro soporte duradero [...]». En el mismo sentido se expresa en cuanto a su carácter recepticio a nivel comunitario el artículo 11.1 de la DDC: «Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato». En este sentido el CESL en su artículo 41.2 aclara: «El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento mediante notificación al comerciante». Asimismo es importante aclarar que el artículo 44.1 de la LOCM a diferencia del artículo 68.1 TRLGDCU no incluye la frase: «notificándose así a la otra parte contratante». Aunque se sobreentiende que el consumidor, al momento de ejercer su derecho de desistimiento, tiene la obligación de comunicárselo al empresario con quien contrató el bien o servicio.

19. *Vid.* MIRANDA SERRANO, L. M. 2011: «Título III contratos celebrados a distancia». En M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*.

empresas que se dedican al comercio electrónico establecen criterios distintos para que el consumidor pueda ejercer el derecho de desistimiento: por ejemplo, algunas ponen a disposición del consumidor un número de teléfono, o correo electrónico, mientras que otras dan la posibilidad de devolver el producto en un centro comercial<sup>20</sup>.

En este contexto recalcamos que es necesario que el consumidor deje prueba de haber ejercido su derecho de desistimiento, ya que a él le corresponde probar que desistió del contrato en tiempo y forma en caso de litigio (art. 72 TRLGDCU), pues en la práctica ha ocurrido que el consumidor ha comunicado su decisión de desistir del contrato por teléfono al vendedor; no obstante, después la empresa lo ha demandado por incumplimiento contractual al no pagar el producto.

Cabe aclarar que en el ordenamiento jurídico español no existe una postura uniforme en cuanto al documento de desistimiento. Algunas veces impone la obligación de informar sobre su existencia en el contenido del contrato (*vid.* art. 9 de la *Ley 22/2007, de contratos a distancia de servicios financieros*; art. 16 de la *Ley 16/2011,*

---

Madrid, 1514-1515: «Al ser una declaración de voluntad, le son aplicables los principios generales que nuestro ordenamiento jurídico establece en relación con este tipo de declaraciones: podrá ser revocada y se someterá a las reglas relativas a la capacidad del declarante y a los vicios del consentimiento [...]. Su carácter recepticio se explica por el hecho de que para que surta efectos habrá de ser conocida por la otra parte, con independencia de que ello suceda con anterioridad o posterioridad al plazo en el cual el consumidor tiene la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento (plazo o período de reflexión). Así se desprende de los arts. 71.4 y 101.1 TRDCU, de los que cabe inferir que lo realmente relevante para la validez del ejercicio del derecho de desistimiento es que la declaración de voluntad en que se corporeiza dicho derecho se emita y expida dentro del período fijado legalmente y no en el momento en que el empresario o su representante conocen de ella».

20. *Vid.* El Corte Inglés dentro de sus cláusulas generales aclara lo siguiente: «Los artículos adquiridos por internet ([www.elcorteingles.es](http://www.elcorteingles.es)) también pueden ser devueltos en nuestros centros comerciales, sin coste alguno. No se admitirán devoluciones en los centros de Tiendas El Corte Inglés, Hipercor, Supercor y Opencor. Para realizar su devolución, envíenos un e-mail, a través de la siguiente dirección: [clientes@elcorteingles.es](mailto:clientes@elcorteingles.es) o bien llamando al 902 119 368». Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp> [12-I-2015]. La tienda Zara dedicada a la tienda de ropa, dentro de sus cláusulas generales en el punto 14.1 aclara lo siguiente: «Usted podrá acreditar el ejercicio del derecho de desistimiento en cualquier forma admitida en derecho, considerándose en todo caso válidamente ejercitado dicho derecho mediante el envío del documento de desistimiento que le facilitamos o mediante la devolución de los productos». Referencia tomada en: <https://www.zara.com/webapp/wcs/stores/servlet/ShopCartPage?calculationUsageId=-1&updatePrices=1&catalogId=24052&orderId=.&langId=-5&storeId=10701&URL=ShopCartPage>. La tienda Demartina dedicada a la venta de juguetes pone a disposición del consumidor un número de teléfono y una cuenta de correo electrónico para que éste pueda desistir del contrato, así se estipula en el punto 8.2 de sus condiciones generales. *Vid.* <http://www.demartina.com/condiciones-generales-venta-n-116.html> [12-I-2015].

de contratos de crédito al consumo, y arts. 60.2.h y 97.1.i TRLGCU)<sup>21</sup>. Aunque en otras ocasiones exige de forma separada un documento de desistimiento (*vid.* art. 12 del *Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo, de tiempo compartido* y art. 97.1.i TRLGDCU). La documentación y forma del derecho de desistimiento ha sido uno de los «dolores de cabeza» a nivel comunitario y nacional<sup>22</sup>, ya que el TJCE en diversas sentencias en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil ha dejado claro que, cuando el empresario incumpla con la obligación de informar al consumidor de su derecho de desistimiento, el plazo se prorroga indefinidamente (art. 10.1 *Ley 22/2007, de servicios financieros a distancia*), o incluso se ha establecido el criterio de que un tribunal nacional pueda declarar de oficio la nulidad del contrato<sup>23</sup>.

21. *Vid.* el estudio realizado por la Universidad de Bielefeld, en: SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, M. (eds.). 2008: *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*. Muchen, 501-580, en donde se hace el estudio de la transposición de la Directiva 97/7/CE, de contratos a distancia. Los autores aclaran que a diferencia de la *Directiva 85/577/CEE*, de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, y la *Directiva 2002/65/CE*, de servicios financieros, las cuales contienen una regla postal, en lo relativo a como el consumidor puede ejercer su derecho en forma y tiempo, la *Directiva 97/7/CE*, de contratos a distancia, no contiene previsión similar alguna. No obstante, algunos Estados miembros como Austria, Bélgica, Alemania, Italia y Eslovenia han establecido una regla de entrega (por ejemplo, un formulario de desistimiento). Países como Chipre, Letonia y el Reino Unido establecen una regla postal, según la cual se considerará que se ha enviado la notificación del desistimiento atendiendo a la fecha de envío en que se realizó, independientemente de que tal notificación llegue después al vendedor. De ahí en nuestra opinión que sea importante utilizar el correo certificado para evitar problemas de prueba.

22. *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A. 2011: «Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU». En S. Cámara Lapuente (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 629, cuando señala: «Pero el art. 69.1 TR-LGDCU exige además que la información se realice “por escrito en el documento contractual”. La SAP Zamora 21-3-2006, en un caso sometido a la LCCFEM, destaca que no es suficiente la simple referencia a la posibilidad de desistir sino que el documento contractual debe hacer referencia clara a este derecho, a sus requisitos y a las consecuencias de su ejercicio. En el supuesto de que se utilicen condiciones generales de la contratación, el art. 63.1 TR-LGDCU dispone que se debe entregar al consumidor “copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”. El art. 80.1 exige, además, concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas, “con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual».

23. *Vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, G. 2012: «Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto, 2012, n.º 42: 543-571.



En relación con lo anterior, debemos aclarar que, en materia de contratación electrónica, el consumidor puede ejercer el derecho de desistimiento en cualquier forma admitida en Derecho. En todo caso, se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos<sup>24</sup>.

Con la introducción del formulario previsto en el artículo 97.1.i, según el modelo del Anexo B) del TRLGDCU, se pretende facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia y especialmente en materia de contratación electrónica. Sin embargo, cuando el empresario no se lo proporcione al consumidor, el plazo para desistir se amplía a un año (art. 105.2 TRLGDCU). De esta manera, se configura una sanción al incumplimiento del empresario, recayendo en él la carga de la prueba (art. 97.8 TRLGDCU).

24. En la misma línea que el TRLGDCU por lo que se refiere a la libertad de forma para ejercer el derecho de desistimiento se manifiestan las siguientes normas: artículo 11.1 y 2 de la actual Directiva sobre los derechos de los consumidores; artículo 44.2 de la LOCM: «*El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho*»; artículo 14.3 a) de la *Directiva 2008/48/CE*, de crédito al consumo: «Para que el desistimiento surta efecto, antes de que expire el plazo previsto en el apartado 1, notificárselo al prestamista [...] por medios que puedan ser probados de conformidad con la legislación nacional [...]»; artículo 28.2 a) de la *Ley 16/2011*, de crédito al consumo: «Se considerará que se ha respetado el plazo si la notificación se ha enviado antes de la expiración del plazo, siempre que haya sido efectuada mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a disposición del prestamista y accesible para él [...]»; artículo 7.1 *Directiva 122/2008, de tiempo compartido*: «Si el consumidor tiene intención de ejercer el derecho de desistimiento, notificará su decisión al comerciante, en papel o en cualquier otro soporte duradero, antes de que expire el plazo de desistimiento. El consumidor podrá utilizar el formulario normalizado de desistimiento recogido en el anexo V y facilitado por el comerciante de conformidad con el artículo 5, apartado 4. [...]»; artículo 12.4 *Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamientos por turno*: «El consumidor notificará de forma fehaciente al empresario el desistimiento por escrito en papel u otro soporte duradero, pudiendo utilizar el formulario en el anexo V. La expedición o envío de la notificación deberá hacerse dentro del plazo legal y será eficaz cualquiera que sea la fecha de recepción por el empresario [...]».

Aunque ni la *Directiva 2002/65/CE, de servicios financieros a distancia*, ni la *Ley 22/2007* lo digan expresamente, también se extiende la libertad de forma para ejercer el ejercicio del derecho de desistimiento a este tipo de contratos. Ello lo entendemos, debido a que el TRLGDCU se aplica supletoriamente a las leyes especiales que contemplan el derecho de desistimiento y quedan fuera de su refundición. En la misma línea de todas las normas mencionadas se pronuncia el artículo 42.1 del CESL: «El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento [...]. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar bien el modelo de formulario de desistimiento establecido en el apéndice 2, bien cualquier otra declaración inequívoca en la que indique la decisión de desistir del contrato».



## 7. SIN PENALIZACIÓN ALGUNA PARA EL CONSUMIDOR

El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor cuando éste decida ejercitarlo (art. 68.1 TRLGDCU). En la misma línea que el actual TRLGDCU se ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en alguna de sus sentencias<sup>25</sup>. Sin embargo, los gastos de devolución por regla general corresponden al consumidor (art. 108.1 TRLGDCU; art. 14.2 DDC).

Cabe mencionar que la mayoría de las empresas que se dedican al comercio electrónico, dentro de sus condiciones generales, establecen una cláusula en donde se especifica que los gastos de devolución del producto corren por cuenta del consumidor<sup>26</sup>, aunque hay algunas que no cobran ningún gasto por la devolución del producto.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, es importante aclarar que el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor es totalmente gratuito, lo cual se deduce de la lectura del artículo 73 TRLGDCU, el cual señala: «El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario [...]». Lo cual no implica que el consumidor se haga cargo de algunos costes al momento de ejercer su derecho de desistimiento, por ejemplo, en los contratos a distancia, la normativa le atribuye los gastos de devolución del bien (art. 108.1 TRLGDCU), salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes.

Por otra parte, en caso de que el empresario impidiera al consumidor ejercer su derecho de desistimiento, a través de prácticas ilícitas, tales como imponerle gastos o penalizaciones, las cláusulas mencionadas serían nulas (art. 86 TRLGDCU). Además el empresario se haría acreedor a sanciones administrativas.

25. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «Travel Vac», asunto C-423/97, de 22 de abril de 1999, punto 60. [...] «se opone a que un contrato contenga una cláusula por la que se impone al consumidor el pago de una indemnización a tanto alzado por daños causados al comerciante por el único motivo de que aquél haya ejercido su derecho de renuncia».

26. *Vid.* página web del Corte Inglés cuando aclara: «El coste directo de la devolución del bien o servicio será asumido por el cliente según se recoge en la LGCU. Dicho coste es la suma de los gastos de envío y de recogida». Referencia tomada en: <http://www.elcorteingles.es/informacion/servicios/devolucion.asp>. [29-IV-2013]. AMAZON en sus condiciones generales señala: «Tenga en cuenta que los costes de devolución corren de su cuenta a menos que le hubiésemos enviado el producto por error, o en caso de que el producto estuviese dañado o defectuoso». Referencia tomada en: [http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_200507640\\_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos](http://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=hp_200507640_pdd/?nodeId=200507640#devolucionesyrembolsos) [29-VI-2014].

## 7.1. Su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado

En el momento en el que el consumidor ejerce su derecho de desistimiento el contrato se extingue, razón por la cual surgen obligaciones para cada una de las partes. En materia de contratación a distancia, es importante aclarar que los efectos del desistimiento son retroactivos (*ext tunc*), para el caso de los bienes. Sin embargo, para el caso de los servicios es *ex nunc* (art. 6 de la Dir. 97/7/CE, de contratos a distancia; art. 44 de la LOCM; art. 74 TRLGDCU; art. 12 de la DDC). En la misma línea que las normas mencionadas, se manifiesta el artículo 43 del CESL.

## 8. PUEDE TENER SU ORIGEN TANTO LEGAL COMO CONTRACTUALMENTE

El derecho de desistimiento del consumidor encuentra su origen en las Directivas europeas de consumo que lo regulan, las cuales se adaptan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, cuando el derecho de desistimiento no encuentre su fundamento en la ley, el empresario puede estipular una cláusula contractual, en donde se le conceda al consumidor el derecho a desistir del contrato.

El legislador español, con la refundición de leyes que realizó en el año 2007, configuró un régimen general de derecho de desistimiento en los artículos 68 a 79 TRLGDCU, creando de paso un derecho *contractual* de desistimiento, constituyéndose como una novedad legislativa en el ordenamiento jurídico español<sup>27</sup>. Sin embargo, el desistimiento *contractual* podría darse siempre y cuando no exista una regulación que lo prevea en una Ley especial (o más allá de lo previsto por ésta), para lo cual se aplicará subsidiariamente las disposiciones del TRLGDCU, en materia de desistimiento, tal y como expresa el artículo 79, del mencionado texto: «A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato del derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este Título».

Además, el desistimiento puede pactarse en cualquier tipo de contratos (incluidos los presenciales) a iniciativa del empresario, pasando a formar parte de éstos, e, incluso, en los casos en que esté legalmente previsto, siempre que se mejoren las condiciones establecidas en la normativa que prevé el derecho de desistimiento. No obstante, el legislador español ha impuesto dos límites en materia de derecho de desistimiento

27. Vid. artículo 68 TRLGDCU (Contenido y régimen del derecho de desistimiento). 2. «El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato».

contractual (art. 79 TRLGDCU): el primero es la prohibición de indemnizar al empresario por el desgaste o deterioro del bien y el segundo, la prohibición del pago de anticipos del consumidor al empresario. En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, refiriéndose al desistimiento no regulado por la Ley, aclara que si el empresario otorga al consumidor el derecho a desistir del contrato en condiciones menos favorables, como sería la reducción del plazo de 14 días naturales o exigir anticipos, durante el período de desistimiento, no deben considerarse cláusulas abusivas, siempre y cuando no afecten a las limitaciones mencionadas<sup>28</sup>.

Este derecho contractual de desistimiento está muy difundido en la práctica comercial, como prueba la célebre frase que emplean los establecimientos comerciales «si no queda satisfecho le devolvemos su dinero»<sup>29</sup>; además de no estar sujeto a condición alguna más allá de su simple alegación. Si el legislador impusiera mayores límites a la autonomía de la voluntad en este caso, en vez de proteger al consumidor se volvería en su contra, debido a que el comerciante no otorgaría previsiblemente un derecho contractual de desistimiento que le perjudicara, desincentivando de esta manera el flujo comercial.

Por otra parte, debemos aclarar que con la última reforma al TRLGDCU introducida por la Ley de Consumidores del año 2014, para una parte de la doctrina, el artículo 68 TRLGDCU no desplazaba a la regulación del desistimiento que con carácter general se preveía en el artículo 10 LOCM, el cual regulaba ciertos aspectos de su ejercicio, como el plazo para ejercer el desistimiento, en caso de que en el contrato no se hubiere señalado<sup>30</sup>. En cambio, para otro sector doctrinal, su ámbito de aplicación era

28. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S. 2008: «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias». *Aranzadi Civil*, 2008, n.º 1: 2156; en la misma línea: DIÉGUEZ OLIVA, R. 2009: «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia». *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, 2009, n.º 9, en: <http://www.indret.com/es/> [17-XII-2009]; EVANGELIO LLORCA, R. 2011: «¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2011, n.º 95: 44-45.

29. Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R. 2009: «Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Navarra: Aranzadi, 877.

30. Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J. 1996: «Comentario al artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista». En Arimany, Manubens y Asociados (coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*. Barcelona: Praxis, 96: [...] «el precepto regula la indemnización que, en su caso, debe abonar el comprador por el ejercicio de tal derecho y el plazo de que, en efecto de previsión legal expresa o de pacto, dispone el comprador para desistir. El artículo 10, por tanto, no reconoce el derecho de desistimiento, sino que lo regula». En la misma línea: ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. 2000: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Madrid: Edersa, 209 y DÍAZ ALABART, S. 1997: «Comentario al artículo 10 de la LOCM». En J. Piñar Mañas y E. Beltrán

discutible, poniendo de manifiesto que sólo se aplicaba a las compraventas a prueba y a las ventas de conformidad sometidas a condición suspensiva<sup>31</sup>. Para un tercer grupo, las reglas contempladas en el artículo 10 LOCM se aplicaban supletoriamente en caso de no existir previsión legal o contractual específica<sup>32</sup>. Sin embargo, hoy en día, tal problemática se encuentra superada, ya que la Disposición final segunda de la Ley de Consumidores del año 2014, en su punto dos modifica la redacción del artículo que venimos comentando, quedando redactado de la siguiente forma: «Artículo 10. Derecho de desistimiento. Para el ejercicio del derecho de desistimiento se estará a lo dispuesto por el artículo 71 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre».

El actual artículo 79 TRLGDCU establece las reglas del derecho contractual de desistimiento. En materia de contratación electrónica existen los códigos de conducta, los cuales mejoran la protección del consumidor en diversos aspectos, como el derecho de desistimiento. De esta manera, un gran número de empresas que se dedican al comercio electrónico se encuentran adheridas a códigos de conducta. Esto en relación al cumplimiento en lo dispuesto en la LSSI (art. 18) y la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (art. 37)<sup>33</sup>.

---

Sánchez (dirs.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*. Madrid: Civitas, 98, nota al pie, n.º 16.

31. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. 1997: «Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa (coords.): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*. Madrid: Tecnos, 714.

32. Cfr. GARCÍA VICENTE, J. R. 2009: «La contratación con consumidores». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Tratado de Contratos*, vol. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1498.

33. En relación con lo anterior, vid. punto 20 de la Exposición de Motivos de la *Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales* cuando aclara: «Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se debe fomentar. Con objeto de obtener un nivel elevado de protección del consumidor, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción». Vid. Exposición de Motivos de la Directiva 2008/122/CE, de tiempo compartido en su punto 22 cuando señala: «Los Estados miembros deben velar por que los consumidores sean efectivamente informados de las disposiciones nacionales por las que se transpone la presente Directiva y han de animar a los comerciantes y a los responsables de los códigos a que informen a los consumidores sobre sus códigos de conducta en esta materia. Con objeto de obtener un

En la práctica, y en desarrollo de estas mejoras contractuales del derecho legal de desistimiento, existen empresas que son más generosas, al conceder al consumidor el plazo de un año para desistir; tal es el caso de la empresa DEMARTINA dedicada a la venta de juguetes, y que se encuentra adherida al código de conducta confianza *online*. Dentro de sus condiciones generales punto 8 aclara:

Estimad@cliente, si usted no está conforme con el/los productos adquiridos, ya los tenía, se ha confundido en su compra o simplemente no los quiere, si aún no lo ha abierto y conserva su embalaje original, sólo tiene que seguir los siguientes pasos.

1. Avisenos antes de 1 año desde que recibió el producto.
2. Cómo avisarnos:  
Por teléfono en el 902 955 865  
Por mail en: [atencionclientes@demartina.com](mailto:atencionclientes@demartina.com)
3. Qué decimos por teléfono o mail:  
Sólo su número de pedido, el resto de los datos ya lo obtendremos nosotros para que usted no tenga molestias adicionales.  
Una vez que usted nos ha avisado de su intención de devolver su compra o parte de ella, lo siguiente que tendría que hacer es:
  1. Señalar en el albarán de la compra los productos a devolver, en caso de no encontrar dicho albarán se lo podremos facilitar nuevamente.
  2. Enviarnos el/los productos a devolver en un plazo no superior a 30 días desde la fecha que usted nos avisó de su intención de devolver los productos.
  3. Debe empaquetar los productos en la misma caja protectora que los recibió o en una de similares características.
  4. Incluir dentro el albarán.
  5. Enviarlo por mensajería a la siguiente dirección:  
deMartina C/ Parsi Dos, 28 41016, Sevilla  
Debe tener en cuenta que los gastos de devolución correrán por parte suya.

Devolución de los importes

1. Tras recibir los productos devueltos, comprobaremos que estos se encuentran en perfectas condiciones para su posterior venta, por eso recomendamos a nuestros clientes que no manipulen el precintado de los productos que van a devolver.
2. Devolveremos los importes de los productos devueltos, pero no de los gastos derivados de la manipulación, gestión de cobros o envíos.
3. Aunque la ley estipule un plazo de 30 días para la devolución de los importes, nosotros procuramos realizarlos en un máximo de 48 horas (días laborables).
4. Si el producto fue abonado con Tarjeta de Crédito, el abono se realizará en la misma.

---

nivel elevado de protección de los consumidores, se podría informar a las organizaciones de consumidores de la elaboración de códigos de conducta y asociarlas a su redacción».

5. Si el producto fue abonado contra reembolso, le pediremos nos envíe por mail un número de cuenta bancaria, cuyo titular sea el mismo que realizó el pedido, y procederemos a ingresarle las cantidades<sup>34</sup>.

Ahora bien, retomando el tema de los costes, plazos y gastos, en el ejemplo que venimos comentando, como se puede ver, la empresa en el punto 3 de la devolución de los importes señala que no se devolverán los gastos derivados de la manipulación, gestión o cobro de envíos, lo cual consideramos válido, ya que no contraviene la normativa vigente. De esta manera, el consumidor deberá atenerse a lo previsto en el documento de desistimiento comercial (o a lo afirmado en la publicidad) para poder ejercer los derechos que le conceda, teniendo presente que el plazo para ello, conforme a la Ley, es de 14 días naturales tras la celebración del contrato para el caso de los servicios y 14 días naturales después de haber recibido el bien.

Sin embargo, hay empresas que no admiten devoluciones que no vengan en su embalaje original y con el producto en perfecto estado y sin que haya sido usado, tal y como vimos<sup>35</sup>. Tales prácticas son criticables, pues el TRLGDCU en ningún momento aclara que el consumidor al momento de ejercer su derecho de desistimiento deba entregar el bien en su embalaje original, razón por la cual, tal cláusula debería ser nula (art. 86 TRLGDCU), ya que con este tipo de prácticas desleales se coacciona al consumidor a no ejercer su derecho de desistimiento que le asiste.

En definición, y frente a otras prácticas, la empresa DEMARTINA brinda información fácil, gratuita y directa, características que deben cumplirse en materia de contratación electrónica. De esta forma se da cumplimiento a lo que en repetidas ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en diversas sentencias: Concepto de «consumidor normalmente informado, razonable, atento y perspicaz»<sup>36</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L. 2011: «El plazo para desistir en los contratos con consumidores». *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. LXIV:157-196.
- BELUCHE RINCÓN, I. 2009: «Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato». *Diario la Ley*, 26 de mayo de 2009, n.º 7182, Sección Tribuna, La Ley 11783/2009.

34. Referencia tomada en: <http://www.demartina.com/ayuda/condiciones-generales-venta-n-116.html> [29-VI-2014].

35. *Vid. supra*, punto 2.

36. *Vid.* GONZÁLEZ VAQUÉ, L. 1999: «La noción de consumidor *normalmente informado* en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*». *Derecho de los Negocios*, 1999, n.º 103: 10.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. 1997: «Comentario a los artículos 38 a 48 de la LOCM». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa (coords.): *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*. Madrid: Tecnos, 663-736.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> del S. 2014: «La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, n.º 9: 104-117.
- CAÑIZARES LASO, A. 2001: *La caducidad de los derechos y acciones*. Madrid: Civitas.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. 2008: «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias». *Aranzadi Civil*, 2008, n.º 1: 2133-2166.
- DÍAZ ALABART, S. 1997 «Comentario al artículo 10 de la LOCM». En J. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez (dirs.): *Comentarios a la ley de ordenación de comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*. Madrid: Civitas, 95-103.
- DIÉGUEZ OLIVA, R. 2009: «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia». *Revista para el Análisis del Derecho: Indret*, 2009, n.º 9, en: <http://www.indret.com/es/>. [17-XII-2009].
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. 2011: «Comentarios a los artículos 68-79 del TRLGDCU». En S. Cámara Lapuente (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 475-695.
- EVANGELIO LLORCA, R. 2011: «¿Es abusiva la entrega de vales en la compraventa de productos de consumo? (Reflexiones en relación con el desistimiento unilateral del consumidor y la resolución del contrato)». *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2011, n.º 95: 3-51.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. 2001: «Las condiciones generales de la contratación electrónica. La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales». *La Ley*, 2001, n.º 1: 1693-1698.
- GARCÍA VICENTE, J. R. 2009: «Comentario a los artículos 68-79 del TRLGDCU». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Navarra: Aranzadi, 845-882.
- GARCÍA VICENTE, J. R. 2009: «La contratación con consumidores». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.): *Tratado de Contratos*, vol. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1443-1582.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. 1999: «La noción de consumidor *normalmente informado* en la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*». *Derecho de los Negocios*, 1999, n.º 103: 1-15.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. 1996: «Comentario al artículo 10 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista». En Arimany, Manubens y Asociados (coords.): *Ordenación del comercio minorista, comentarios a la ley 7/1996 y a la ley orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*. Barcelona: Praxis, 91-100.
- MIRANDA SERRANO, L. M. 2011: «Título III contratos celebrados a distancia». En M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs.): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid, 1563-1686.
- SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, Ebers, M. (eds.). 2008: *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*. Muchen, 501-580.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. 2012: «Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto, 2012, n.º 42: 543-571.





# Las ayudas al estudio en la enseñanza superior: una visión comparada entre España y la OCDE

*The grants in tertiary education: a comparative approach between Spain and the OECD*

**Rashid Mohamed Vázquez**

Licenciado en Derecho

Graduado en Economía y Licenciado en ADE por la Universidad de Salamanca.

[rashid@usal.es](mailto:rashid@usal.es)

## Resumen

Este trabajo tiene por objeto el estudio del gasto en ayudas al estudio en la enseñanza superior. En primer lugar se realiza un breve repaso de la evolución del gasto español en su sistema de ayudas desde su nacimiento y describiendo los rasgos característicos del sistema de ayudas en la actualidad, para centrarse luego en la evolución detallada de dicho gasto en el período 2000-2010, ofreciendo además un análisis comparado de la situación de España en relación con el resto de países de la OCDE. Partiendo de la

## Abstract

*This paper aims to study the public spending in subsidies to households in tertiary education. First, we do a brief review of the evolution of Spanish spending in its grants system since the beginning by describing the features of the today grants system, in order to then focus on the detailed evolution of the public spending in this area in 2000-2010. Finally we offer also a comparative analysis of the situation in Spain compared to the rest of OECD's countries. By basing on the information provided by empirical evidence,*

Rashid Mohamed Vázquez  
Las ayudas al estudio en la enseñanza superior:  
una visión comparada entre España y la OCDE

Ars Iuris Salmanticensis,  
vol. 3, junio 2015, 125-148  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

información ofrecida por la evidencia empírica, la legislación reguladora de las ayudas y las aportaciones de la literatura económica sobre la materia se construye un análisis que pone de relieve las deficiencias del gasto español en ayudas, que a la vista de los datos está cada vez más alejado de los valores medios presentes en la OCDE.

**Palabras clave:** becas; ayudas; universidad; equidad; gasto público; España; OCDE.

*the grants legislation and the economic literature on the subject, we build an analysis that highlights the shortcomings of Spanish spending in grants, which, as data prove, is increasingly away from the mean values present in the OECD.*

**Key words:** grants; aid; university; equity; Spain, OECD.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Material y método. 3. Antecedentes y situación actual del sistema español de becas y ayudas al estudio para enseñanzas superiores. 4. Análisis del gasto en ayudas para cursar estudios superiores en España. 5. Análisis comparado del gasto en ayudas para cursar estudios superiores. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La existencia de ayudas para cursar estudios superiores es, como manifiesta DÍAZ MALLEDO (2009), una característica común en los países desarrollados. Ahora bien, como constata GARCÍA LASO (2010), entre los países de la OCDE existen sistemas de ayudas a los estudiantes de enseñanzas superiores muy diferentes, unos basados en préstamos y otros que optan por las becas como instrumento de apoyo a los estudiantes, siendo esta última opción la que hasta ahora tiene un mayor peso en los países desarrollados.

La justificación principal que apoya un sistema de ayudas basado en préstamos frente a uno basado en becas se basa en la consideración de la educación como una inversión individual que genera beneficios individuales: aquellos que invierten en educación obtienen unos salarios mayores que aquellos que no lo hacen, ese diferencial salarial es pues un rendimiento privado que obtiene el individuo. Si al cursar estudios superiores es el individuo el que obtiene un beneficio individual consistente en mayores salarios, entonces es lógico que quien deba asumir el coste de dichos estudios sea también el propio individuo que realiza la inversión, quedando de este modo justificada la utilización de préstamos, pues uno de los objetivos característicos de la utilización de préstamos frente a becas es hacer partícipes del gasto en educación a los prestatarios, lo que responde en definitiva a la lógica vinculada a la teoría del Capital Humano.

Sin embargo, este enfoque teórico aunque está muy extendido en el análisis económico predominante puede resultar, tal y como señala GARCÍA LASO (2010), discutible; distintos datos ponen en entredicho la viabilidad de este planteamiento: el

diferencial salarial de los estudios superiores es muy reducido, especialmente en España; por otro lado, la evidencia empírica indica que existe una relación muy estrecha entre nivel de estudios alcanzado por los padres y acceso a la educación superior<sup>1</sup>, lo que cuestionaría la consideración de la educación superior como una mera inversión individual, se requeriría en cambio la participación del gasto público para garantizar el acceso en condiciones de igualdad y no quebrantar la equidad. Los préstamos constituyen pues una forma de financiación que puede conllevar serios problemas de equidad, en este sentido, DÍAZ MALLEDO (2009) señala que numerosas investigaciones sugieren que los préstamos son un instrumento menos efectivo para promover la participación de las clases más humildes en la enseñanza superior. Existiría pues una superioridad de las becas frente a los préstamos desde el punto de vista de la equidad, al ser más adecuadas estas para promover la participación de los menos pudientes en la educación superior. Pero, igualmente, también desde un punto de la eficiencia estaría justificada la utilización de becas en lugar de préstamos, la educación no solo genera beneficios individuales, sino que también genera importantes beneficios sociales tales como el crecimiento económico, el menor desempleo, mayor movilidad social, etc. (OCDE, 2013), dichos beneficios no se materializarían si no pudieran acceder a la educación superior los grupos sociales que carecen de una capacidad económica suficiente para ello, esto es, si no recibieran una adecuada ayuda pública como las becas que permita corregir esa desventaja de partida; también en este sentido se manifiesta DÍAZ MALLEDO (2009).

Atendiendo a los razonamientos anteriores, las becas serían la forma de financiación más adecuada tanto desde la óptica de la equidad como de la eficiencia, algo que en todo caso no tiene por qué extrañar pues, como indica ALDÁS (1999), en materia de becas y ayudas no existe un *trade off* entre equidad y eficiencia, al contrario, ambas son complementarias. España está entre el grupo de países de la OCDE con un sistema de ayudas para cursar estudios superiores basado en becas, ya que los préstamos solo representan, conforme a los últimos datos disponibles, en torno al 3% del gasto español en ayudas públicas (OCDE, 2013). El objeto de este trabajo no es sin embargo analizar si España tiene una estructura de gasto en su sistema de ayudas adecuada, esto es, determinar si España ha optado por el instrumento óptimo en su política de ayudas, sino que el objeto de este estudio es el análisis del gasto español en su sistema de ayudas para cursar estudios superiores. Debe reconocerse que independientemente de que haya unas estructuras de gasto en ayudas más deseables

1. Para profundizar en esta cuestión pueden consultarse el informe de la OCDE, *Education at a Glance 2012*, pp. 102-118 o también el informe de Eurostat, *Intergenerational transmission of disadvantages* (2012). Ambos evidencian la escasísima movilidad social, por lo que para evitar el fenómeno de las «clases sociales hereditarias» será necesario no considerar la educación como una inversión únicamente individual y por el contrario apostar por la intervención pública para corregir desigualdades, que de otro modo se podrían convertir en permanentes.

que otras, lo que desde luego será realmente determinante es la cuantía de ese gasto total en ayudas, es decir, el esfuerzo que hace cada país en apoyar económicamente a los estudiantes para cursar enseñanzas superiores: de poco serviría pues que la estructura del gasto español en ayudas sea adecuada al haber optado por el instrumento becas óptimo si dicho sistema de ayudas no tiene recursos económicos suficientes.

Para evaluar el gasto de España en ayudas para cursar estudios superiores, cuestión que será pues el objeto de este trabajo, realizaremos una revisión de los antecedentes del sistema de becas, repasando su evolución desde su nacimiento y describiendo sus principales rasgos característicos así como su situación en la actualidad. A continuación realizaremos ya un análisis de los datos nacionales de gasto en ayudas para cursar estudios superiores en España, para finalmente llevar a cabo un análisis comparado de esta variable, examinando en qué lugar se sitúa el esfuerzo inversor español en materia de ayudas. Durante todo el estudio la metodología empleada se basará en la utilización de tres fuentes principales, la legislación que regula todo lo relativo al sistema de ayudas, las estadísticas nacionales e internacionales en materia de ayudas, así como las aportaciones de la literatura económica a la cuestión. Las conclusiones obtenidas indicarán que España presenta un claro atraso en materia de ayudas para la educación superior respecto a los países de su entorno.

## 2. MATERIAL Y MÉTODO

A lo largo de este trabajo analizaremos e interpretaremos la información obtenida de los tres pilares en los que se fundamentará nuestro análisis del gasto en ayudas económicas para cursar estudios superiores en España: la legislación reguladora del sistema de ayudas, la evidencia empírica sobre la materia y las aportaciones realizadas por la literatura económica a la cuestión.

En cuanto a la legislación, como también recoge CASADO (1997), el sistema español de ayudas para estudios superiores está regulado por dos fuentes normativas, por un lado, la norma principal la constituiría el Real Decreto que ordena los rasgos generales y características más importantes del sistema de ayudas<sup>2</sup> y por otro lado y en un escalón normativo inferior estarían las diferentes órdenes o resoluciones que anualmente regulan la convocatoria de becas para cada curso académico estableciendo

2. En España en función del período temporal esta norma reguladora del sistema de becas ha sido el RD 2298/1983 entre 1983 y 2007, el RD 1721/2007 entre 2007 y 2013 y finalmente el RD 609/2013 que regula desde 2013 el sistema de becas y ayudas al estudio al reformar el RD 1721/2007. También existen otros reales decretos que anualmente establecen los diferentes umbrales de renta para acceder a las ayudas, sin embargo, estos reales decretos anuales, a diferencia de los tres anteriores no configuran el diseño del sistema de becas, sino que se limitan a determinar una característica concreta como son los umbrales de renta.

los requisitos para disfrutar de la misma. Para poder evaluar correctamente los datos del gasto español en ayudas prestaremos atención a lo establecido por las normas jurídicas procedentes de esos dos escalones.

Respecto a la evidencia empírica, esta será quizá la herramienta más importante para nuestro análisis, en el presente trabajo se recogen sistematizan e interpretan los datos relacionados con el gasto en ayudas para estudios superiores de la última década tanto a nivel nacional como internacional. En el plano internacional, los datos publicados por la OCDE cada año en su informe *Education at a Glance* serán el instrumento básico. A nivel nacional, se utilizarán datos que procederán del Ministerio de Educación (coincidentes con los del Consejo de Universidades) o también del Instituto Nacional de Estadística. Para una mayor operatividad y dado que los datos estadísticos se refieren a cursos académicos y no a años naturales, siguiendo el criterio de la OCDE, para la construcción de las estadísticas consideraremos que cada curso académico tiene lugar en el año natural en el que este comienza, es decir, que cuando en una estadística se ofrezcan datos sobre ayudas en el año 2000, estos se referirán en realidad al curso 2000/2001.

Finalmente, el tercer pilar en el que descansa la metodología de este trabajo es el relativo a las aportaciones realizadas por la literatura económica. Durante todo el trabajo, de manera constante, se hará referencia a cómo estas aportaciones pueden explicar o fundamentar las cuestiones que se irán analizando durante el trabajo. Así pues serán tenidas en cuenta las diferentes aportaciones en materia de ayudas para la educación superior presentes en publicaciones de referencia tales como *Papeles de Economía Española*, las Actas de las Jornadas de la Asociación de Economía de la Educación<sup>3</sup>, publicaciones del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, del Instituto de Estudios Fiscales o de la *Economics of Education Review*.

### 3. ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA ESPAÑOL DE BECAS Y AYUDAS AL ESTUDIO PARA ENSEÑANZAS SUPERIORES

El nacimiento del sistema de becas y ayudas al estudio se produce en 1983 cuando el Gobierno promulga el RD 2298/1983 de 28 de julio por el que se regula el sistema de becas y ayudas al estudio de carácter personalizado. Sólo a partir de entonces se empieza a construir un auténtico sistema de ayudas para cursar estudios superiores<sup>4</sup>.

3. Es reseñable que la Asociación de la Economía de la Educación centró sus V Jornadas en la temática relacionada con las ayudas a la enseñanza.

4. Efectivamente durante etapas anteriores ya existían en cierto modo las ayudas para cursar estudios superiores, puede consultarse a este respecto la convocatoria de becas del

Como se puede extraer de los estudios de CASADO (1997) o SAN SEGUNDO (1997) el crecimiento experimentado por el gasto público en ayudas fue excepcionalmente intenso en los primeros años desde el nacimiento del sistema de becas, al igual que lo fue el crecimiento de la tasa de cobertura o porcentaje de estudiantes universitarios con beca y de la cuantía media de las becas que estos alumnos reciben. Estos estudios analizan la variación desde el prácticamente inexistente sistema de becas presente en 1982, antes de la promulgación del RD 2298/1983, hasta el año 1993, en poco más de una década el gasto público total en becas se incrementa más de un 1500% en términos corrientes y más de un 550% en términos constantes, la tasa de cobertura aumenta un 90% y el importe medio de las becas aumenta más del 350%. Debe notarse, en todo caso, que estas cifras se deben no tanto a que España alcanzase un alto nivel de gasto al igual que el presente en otros países desarrollados, sino que en realidad estos radicales incrementos se deben más bien al ínfimo nivel de partida.

A partir de 1996, sin embargo, la evidencia muestra que se abandona la política de aumento de gasto en becas, y no solo no se seguirá aumentando el gasto sino que de hecho el gasto público total en becas no dejará de disminuir hasta 2004, momento en el que vuelve a cambiar la tendencia. Conforme al análisis de DÍAZ MALLEDO (2009) el gasto entre 1996 y 2003 disminuye más de un 15% en términos nominales, ahora bien, en valores constantes esta reducción del gasto supera el 35%. Igualmente en este período se producen descensos importantes en la tasa de cobertura que se reduce más de un 25% al tiempo que el importe medio de las becas se mantiene prácticamente estancado.

Desde 2004 se retoma la política de aumento del gasto en ayudas para cursar estudios superiores: como veremos en este trabajo con mayor profundidad, se obtienen resultados de aumento en el gasto público total en ayudas para cursar estudios superiores así como mejoras en la tasa de cobertura y en el importe medio de las becas. En este período se producen importantes cambios normativos que conviene reseñar. En noviembre de 2005 se aprueba la Ley 24/2005 que establece que frente al sistema de concurrencia competitiva tradicionalmente aplicado<sup>5</sup> las becas estarían garantizadas como un derecho, de modo que si el solicitante cumplía los requisitos entonces tendría garantizado recibir su ayuda. Esto generaría un importantísimo salto cualitativo debido

---

Patronato de Protección Escolar franquista publicada en el *BOE* el 9 de mayo de 1961, sin embargo, la dotación presupuestaria de las mismas así como los requisitos y criterios de concesión hacen que no se pueda hablar de un auténtico sistema de ayudas dirigido a tratar de eliminar las barreras de acceso a la educación superior a las que se enfrentan las clases menos pudientes, sino que más bien se trata de un sistema de ayudas anecdótico. Precisamente esta falta de entidad de la política de ayudas en España durante décadas puede explicar quizá el atraso respecto a los países desarrollados que en la actualidad sufre nuestro país.

5. De manera previa a la aprobación de la Ley 24/2005 se aplicaba el sistema de concurrencia competitiva conforme la Ley 38/2003.

a la mejora de las expectativas de obtención de beca así como a la certeza de que la obtención de una ayuda no dependerá del número de solicitantes sino únicamente del cumplimiento de las condiciones de la misma, en este sentido se manifiesta DÍAZ MALLEDO (2009). Por otra parte, en 2007 se aprobaría el RD 1721/2007 que seguiría consolidando el sistema de ayudas para cursar estudios superiores, este RD ha estado vigente sin cambios relevantes hasta tiempos muy recientes cuando ha sido radicalmente reformado por el RD 609/2013<sup>6</sup>.

En la actualidad el sistema de ayudas para cursar estudios superiores ha sufrido importantes modificaciones en sus rasgos característicos como consecuencia del RD 609/2013, detallaremos pues cuáles son esas modificaciones que definen la situación actual del sistema de ayudas. En primer lugar se ha producido un importante endurecimiento de los requisitos académicos que dificulta el acceso a una beca, por lo que la tasa de cobertura podrá verse resentida; además como señalan repetidamente los trabajos en este campo, como los de SAN SEGUNDO (2001), el hecho de que los criterios de concesión de ayudas se basen no solo en criterios económicos sino en exigentes requisitos académicos puede comprometer los objetivos de equidad de dichas ayudas. Por otra parte, también se produce una reducción de en torno el 50% de los importes fijos de las becas, al tiempo que se introduce un componente variable que introduce elementos de concurrencia competitiva en el sistema de becas: la cuantía de la ayuda no dependerá ya solamente del cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, sino que estará ligada de manera inversa también al número de becarios<sup>7</sup>, por todo ello el importe medio de las becas puede verse también afectado negativamente. Además la reforma también puede generar otros problemas de equidad: con datos de la Universidad de Salamanca el número de becarios que no solo ha perdido el derecho a continuar percibiendo beca el año siguiente, sino que además tiene la obligación de reintegrar a la Administración el importe percibido como ayuda, ha aumentado más de un 900%<sup>8</sup> como consecuencia de la introducción de un requisito de rendimiento

6. Aunque de manera previa ya se introdujeron importantes cambios en el sistema de ayudas mediante la Resolución de 2 de agosto de 2012, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan becas de carácter general y de movilidad para el curso académico 2012-2013, para estudiantes de enseñanzas universitarias.

7. El crédito presupuestario destinado a becas ya no se amplía para adaptarse al mayor número de solicitantes que cumplen los requisitos, sino que el presupuesto es fijo con lo que, cuanto mayor sea el número de solicitantes que cumplen los requisitos, menor será la cuantía que reciba el becario. Se implanta pues un sistema con elementos de concurrencia competitiva frente al implantado en 2005 que reconocía que la beca era un derecho y en consecuencia la cuantía que recibía el becario estaba garantizada sin depender de que hubiera muchos o pocos beneficiarios.

8. Datos facilitados por el Vicerrectorado de Estudiantes, en el curso 2012/2013 habría más de 300 obligados a reintegrar su ayuda frente a los 29 del curso anterior. El importe de la deuda alcanza el millón de euros, esto es, cada uno de estos estudiantes además de perder el



mínimo que estos becarios no habrían alcanzado. Igualmente preocupantes son los datos sobre los efectos disuasorios vinculados por un lado a la incertidumbre acerca del importe de las becas al depender este, no solo del cumplimiento de los requisitos de la convocatoria sino también del número total de beneficiarios, y por otro lado al retraso en el pago de las ayudas inherente al nuevo sistema de ayudas. Esto, como señala DÍAZ MALLEDO (2009), podría aumentar la probabilidad de abandono de los estudios, lo que implicaría la existencia de problemas de eficiencia asociados también a la reforma de 2013<sup>9</sup>.

Sin embargo, el impacto real de estas medidas no se ha puesto aún de manifiesto en las estadísticas oficiales de la OCDE. En todo caso es cierto que los primeros datos apuntan a que efectivamente se ha producido un aumento en el número de estudiantes que no pueden acceder a una beca, así como una disminución de la cuantía media de las mismas. Concluimos que, debido a la falta de estadísticas suficientes<sup>10</sup>, no resulta ahora posible realizar un análisis más profundo de la materia y dichas cuestiones no podrán ser tenidas en cuenta en nuestro trabajo.

## 4. ANÁLISIS DEL GASTO EN AYUDAS PARA CURSAR ESTUDIOS SUPERIORES EN ESPAÑA

Comenzaremos nuestro análisis con el estudio de tres variables clave que definen el sistema de ayudas para cursar enseñanzas superiores en España<sup>11</sup>, en primer lugar se estudiará el esfuerzo que realiza España en destinar recursos a la financiación de becas y ayudas universitarias, esto es, el gasto público total en ayudas para cursar estudios superiores en España. En segundo lugar se estudiará la extensión del sistema español de becas y ayudas al estudio, es decir, el porcentaje de estudiantes

---

derecho a seguir percibiendo ayudas deberá abonar de media unos 3000 euros al Ministerio de Educación.

9. Como indica DÍAZ MALLEDO (2009) el sistema de ayudas español ha sufrido tradicionalmente problemas vinculados al retraso en el pago de las ayudas, así en 2003 solo 34% de los becarios habían cobrado su ayuda en el primer cuatrimestre, sin embargo, tras acertadas políticas en 2007 este porcentaje ya ascendía al 80%. La reforma del RD 609/2013 parece haber generado un importante retroceso en la materia al ser sistemática la demora en el ingreso de la ayuda al becario.

10. De hecho, al tiempo de escribir estas páginas está a punto de concluir el curso 2013/2014 que será el primer curso académico donde desplieguen completamente sus efectos todas las reformas en el sistema de becas, por lo que no habiendo aún pasado siquiera un año de la puesta en práctica de las reformas no resulta posible realizar un análisis más profundo de la cuestión que el ya ofrecido.

11. Siguiendo un esquema repetidamente utilizado en este campo, prueba de ello son por ejemplo los trabajos de CASADO (1997), SAN SEGUNDO (1997) o DÍAZ MALLEDO (2009).

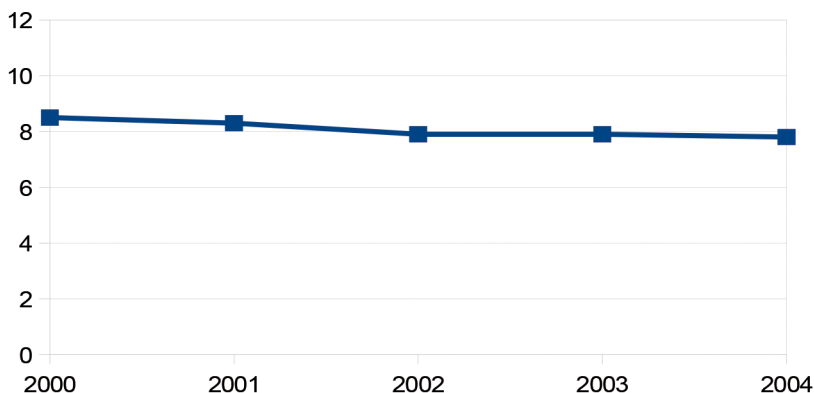


universitarios que reciben una beca o tasa de cobertura. Finalmente, se estudiará la entidad de la cuantía que reciben los estudiantes que obtienen una beca, es decir, se analizará la evolución del importe medio de las becas.

Para estudiar el esfuerzo inversor realizado por España en ayudas al estudio en la enseñanza superior, es decir, el gasto público total en ayudas para cursar estudios superiores en España, se utilizará el indicador habitualmente utilizado por la OCDE en esta materia: el porcentaje del gasto público en educación destinado a ayudas para cursar enseñanzas superiores. Del estudio de los datos para España, podemos observar dos tendencias claramente diferenciadas en la evolución del gasto público en becas y ayudas, la primera tendría lugar en el período 2000-2004 y la segunda en el período 2004-2010<sup>12</sup>. A continuación analizaremos cada período por separado.

En el período 2000-2004, se observa claramente una tendencia decreciente en el esfuerzo inversor de España en ayudas para cursar enseñanzas superiores. El gasto en ayudas pasa de suponer un 8,5% del gasto público en educación en el año 2000 a constituir tan solo el 7,8% del gasto educativo en 2004, es decir, que la participación de las ayudas a estudiantes en el gasto de educación disminuye 0,7 puntos porcentuales, lo que supone una reducción del 8,2%.

**Gráfico 4.1. Gasto público en ayudas para cursar estudios superiores (en % del gasto en educación) 2000- 2004**

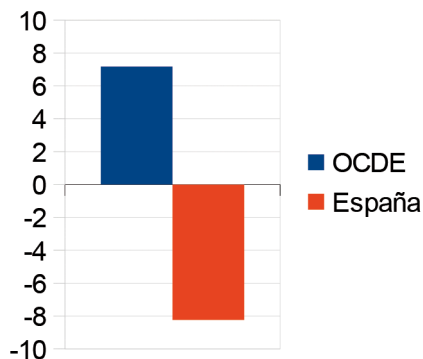


Fuente: OCDE y elaboración propia.

12. Del análisis de los datos de nuestro trabajo concluiremos que, de los dos subperíodos, será en el período que empieza en 2004 cuando se fortalezca el gasto en ayudas para cursar estudios superiores. Esta misma conclusión obtienen también otros estudios como el de DÍAZ MALLEDO (2009).

Aunque más adelante profundizaremos en el análisis comparado del gasto español en ayudas para cursar estudios superiores, conviene adelantar que el descenso del gasto español en becas del 8,2% dentro del gasto en educación contrasta con el comportamiento en el mismo período del gasto en la OCDE en estas ayudas, ya que en el gasto medio en la OCDE no sólo no disminuyó sino que de hecho aumentó un 7,2%.

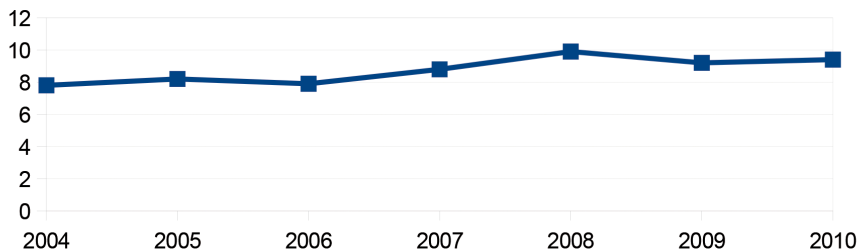
### Gráfico 4.2. Variación (en %) del gasto público en ayudas para cursar estudios superiores (en % del gasto de educación) 2000-2004



Fuente: OCDE y elaboración propia.

Una vez analizados los datos relativos al gasto en ayudas durante entre los años 2000 y 2004 pasaremos a detallar lo ocurrido entre 2004 y 2010. En dicho período la tendencia nacional en cuanto a gasto en ayudas cambia sustancialmente, ya que este aumenta considerablemente en el período 2004-2010; pasando de suponer un 7,8% del gasto educativo en 2004 a constituir en 2010 un 9,4% del gasto en educación, lo que supone por tanto un incremento de 1,6 puntos porcentuales, o lo que es lo mismo un aumento del 20,5%. Por lo que en definitiva y a diferencia de lo ocurrido en el período 2000-2004 en el que España al contrario que los países desarrollados reducía los recursos destinados a ayudas para cursar estudios superiores, en los años comprendidos ente 2004 y 2010 España se suma a la política de los países desarrollados de aumentar el porcentaje del gasto en educación destinado a ayudas para estudios superiores, lo que en todo caso no querrá decir que se produzca convergencia, como veremos más adelante.

### Gráfico 4.3. Gasto público en ayudas para cursar estudios superiores (en % del gasto en educación) 2000-2004

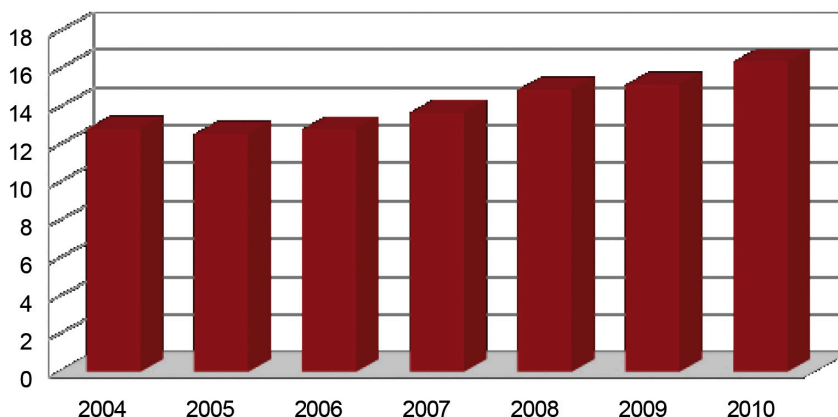


Fuente: OCDE y elaboración propia.

Del estudio de los datos sobre el gasto público en ayudas para cursar estudios superiores se extrae que este presenta en todo caso mayor solidez en el período 2004-2010. Para analizar correctamente dicha solidez pasaremos a estudiar los datos sobre la extensión del sistema de ayudas, la tasa de cobertura, así como la entidad de la cuantía media de las ayudas que reciben los becarios, de modo que podremos evaluar así si efectivamente durante el período 2004-2010 los resultados sobre gasto en ayudas para cursar enseñanzas superiores son positivos.

En cuanto a la extensión del sistema de ayudas, la tasa de cobertura o porcentaje de estudiantes universitarios que reciben una beca presenta una evolución sostenida de crecimiento durante todo el período. Así en 2004 un 12,8% de los estudiantes universitarios recibían una beca de la convocatoria general o de movilidad mientras que en 2010 este porcentaje ascendía hasta el 16,4%, por lo que en todo el período se produce un incremento de 3,6 puntos porcentuales en la tasa de cobertura o, lo que es lo mismo, un aumento del 28,1%.

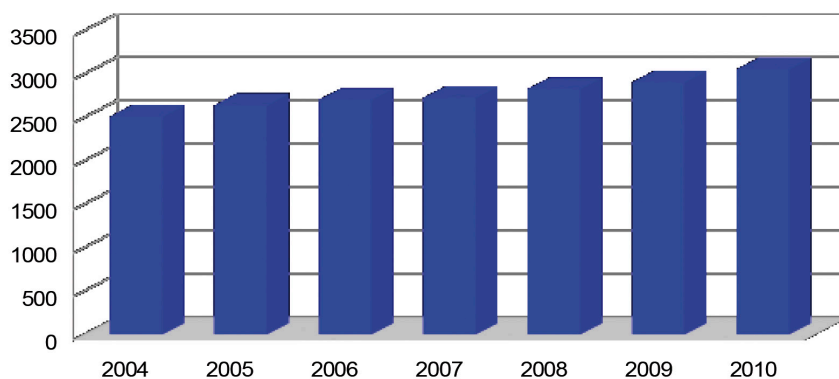
**Gráfico 4.4. Tasa de cobertura en España 2004-2010  
(% de estudiantes universitarios que obtienen beca)**



Fuente: Ministerio de Educación, INE y elaboración propia.

Respecto a la cuantía media de las ayudas que reciben los becarios, esta también presenta una evolución claramente creciente durante todo el período. Así en 2004 el importe medio de las becas de la convocatoria general o de movilidad era de 2510,6 euros mientras que en 2010 la cuantía media ascendía a 3056,6 euros, por lo que se produjo en consecuencia un aumento del 21,8%.

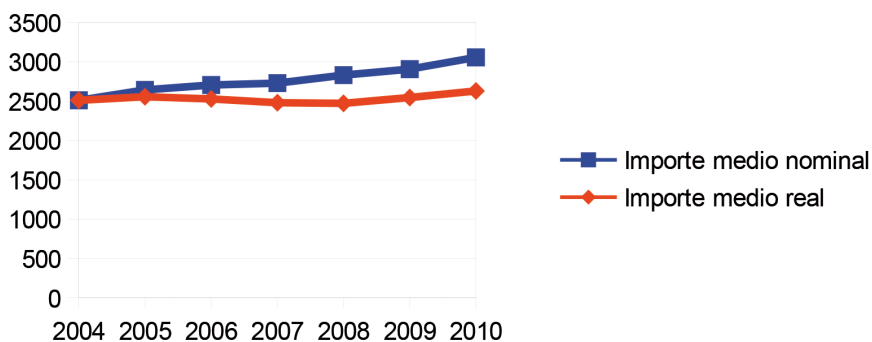
**Gráfico 4.5. Importe medio de las becas en España  
2004-2010 (en euros corrientes)**



Fuente: Ministerio de Educación, INE y elaboración propia.

Sin embargo, los datos anteriores se refieren al importe medio de las becas en términos nominales, al deflactar la serie utilizando el deflactor IPC observamos que en términos constantes la tendencia creciente no es ya tan clara. Así algunos años (2006, 2007 y 2008) el incremento nominal en la cuantía media de las ayudas no fue suficiente para compensar la inflación y el importe medio real de las becas disminuyó. En todo caso en el conjunto del período sí existe un aumento en el importe medio real de las becas, aunque mucho más tímido. En 2004 la cuantía media de las ayudas era de 2510,6 euros, mientras que en 2010 dicho importe medio era de 2629,6 euros constantes de 2004, por lo que en definitiva en el período se produjo un aumento en el importe medio real de las becas del 4,7%, dato que contrasta con el aumento del 21,8% que obteníamos al analizar la serie en términos nominales.

**Gráfico 4.6. Importe medio de las becas en España en términos nominales y en términos reales 2004-2010**



Fuente: Ministerio de Educación, INE y elaboración propia.

De los datos sobre gasto en ayudas para cursar estudios superiores en España se desprende que el sistema de ayudas español tiene su mejor momento durante el período 2004-2010. Sin embargo, la realidad es que pese a que gracias a este impulso la tasa de cobertura se incrementa en 3,6 puntos porcentuales, los datos siguen sin ser esperanzadores pues España continúa muy alejada del resto de países desarrollados encontrándose entre los países con menor tasa de cobertura, otros países como Dinamarca, EE. UU., Países Bajos, Finlandia, Reino Unido, Suecia o Noruega tienen tasas de cobertura superiores al 50% (OCDE, 2013). Respecto al importe medio de las becas veíamos que pese a que es cierto que se produce un importante incremento de su cuantía en términos nominales de más del 21%, el aumento al tener en cuenta la inflación es significativamente más reducido y apenas supera el 4,5%, por lo que, al igual que en el caso de la tasa de cobertura, los datos sobre la evolución del importe medio de las becas tampoco son demasiado positivos. Además respecto al gasto total en becas y ayudas para estudios superiores, veíamos que a diferencia de períodos

anteriores, entre 2004 y 2010 España se suma a las políticas de los países de la OCDE y aumenta el porcentaje del gasto en educación destinado a ayudas para cursar enseñanzas superiores, produciéndose un aumento de 1,6 puntos porcentuales en esta variable al aumentar el gasto en ayudas desde el 7,8% del gasto en educación hasta el 9,4% del mismo, pero ello sin embargo no significará que se produzca convergencia con los países de la OCDE por lo que de nuevo pueden no ser positivos para España, cuestión esta que analizaremos en profundidad en el subepígrafe siguiente<sup>13</sup>.

## 5. ANÁLISIS COMPARADO DEL GASTO EN AYUDAS PARA CURSAR ESTUDIOS SUPERIORES

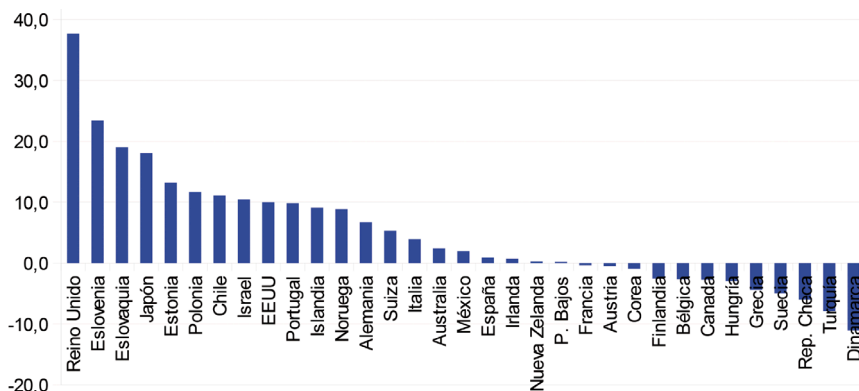
Para analizar la cuestión a la que anteriormente hemos hecho referencia y evaluar la situación del gasto español en ayudas para cursar enseñanzas superiores en el plano internacional ampliaremos nuestro estudio y realizaremos un análisis comparado de los datos para el período 2000-2010 sobre gasto en ayudas para estudios superiores en la OCDE. En primer lugar, examinaremos la evolución del gasto en ayudas en la OCDE, es decir, evaluaremos qué países han llevado políticas de incremento del gasto en ayudas y con qué intensidad, de forma que podremos poner en contexto si el esfuerzo español en incrementar los recursos destinados a su sistema de ayudas ha sido o no sustancial. Habiendo visto datos sobre los esfuerzos que ha llevado a cabo cada país en fortalecer su sistema de ayudas, veremos en qué posición relativa se encuentra cada uno al analizar el gasto público en ayudas para estudios superiores, de forma que podremos determinar si el gasto español en ayudas se encuentra o no muy retrasado respecto a los países desarrollados. Finalmente podremos ya presentar un análisis de la evolución de la diferencia entre el gasto español y el gasto de la

13. El objeto de este trabajo es el estudio del gasto en ayudas para cursar estudios superiores, por ello y para no desviarnos del objeto de estudio no podremos profundizar en el análisis de otras importantes variables como la distribución de las ayudas. Apuntaremos, sin embargo, al hecho de que de diversos estudios que evalúan la distribución de becarios en cada decila de población tales como CALERO (1997) o SAN SEGUNDO (2001) se extrae que el sistema de becas español presenta problemas de equidad al alcanzar en escasa medida a las decilas de población con menos renta. Esto puede explicar que como advierten distintos trabajos tales como los de RIDAO CARLINI (1997) o SALABARU (2003) la educación superior sea fuertemente regresiva, lo cual está relacionado con la existencia de barreras económicas para que los estudiantes menos pudientes accedan a la educación superior, de modo que se ha evidenciado que la probabilidad de acceder a la educación superior tiene disminuye a medida que disminuye la renta; por ello y para evitar así los problemas de equidad que genera que los ingentes recursos en educación tengan carácter regresivo deberían por un lado aumentarse los niveles de gasto en ayudas y por otro diseñar estas ayudas de forma que las mismas tengan una mayor incidencia en las decilas con menos recursos.

OCDE en ayudas para cursar enseñanzas superiores. Todo ello nos ofrecerá pues una perspectiva más certera de la situación real del gasto en ayudas para cursar estudios superiores en España.

En el decenio 2000-2010 han aumentado en general los recursos destinados a financiar ayudas para cursar enseñanzas superiores, sin embargo, el aumento de los recursos del gasto en educación destinados al gasto en ayudas para estudios superiores ha sido desigual en cada país, de forma que mientras algunos han realizado enormes esfuerzos otros incluso han disminuido el porcentaje del gasto público en educación destinado a financiar ayudas para cursar estudios superiores. En España como ya analizamos se produjo una reducción del porcentaje del gasto en educación destinado a ayudas para estudios superiores durante los primeros años de la década, concretamente hasta 2004, el aumento en el gasto en becas que se produciría desde entonces serviría no obstante para corregir la política de esos primeros años y aumentar los niveles de gasto público en becas que en 2010 serían mayores que en 2000. Sin embargo, este aumento del gasto público en ayudas para cursar enseñanzas superiores es en el caso español casi insignificante en comparación con el esfuerzo realizado por otros países desarrollados en el mismo período tal y como se puede comprobar en el siguiente gráfico, donde se recogen los datos para los países de la OCDE.

**Gráfico 5.1. Variación en puntos porcentuales del gasto público en ayudas para estudios superiores (en % del gasto en educación) entre 2000 y 2010\***



Fuente: OCDE y elaboración propia.

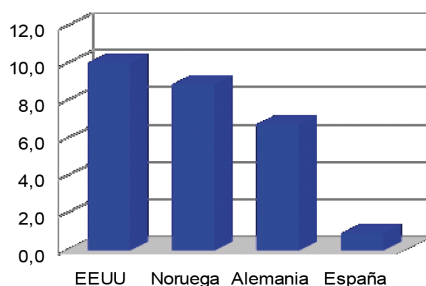
\* Alemania datos de variación entre 2000 y 2009,

Turquia entre 2000 y 2006, Grecia entre 2000 y 2005.

La debilidad del aumento del gasto público en ayudas para cursar estudios superiores en España puede quedar más claramente evidenciada si comparamos a España con otros países desarrollados de referencia. Los países de la OCDE pueden

ser clasificados en función del peso de la financiación pública dentro de su sistema universitario, dicha clasificación es descrita ampliamente por GARCÍA LASO (2009). En un primer grupo estarían los países con un claro predominio de la financiación pública, aquellos en los que la misma tiene un peso relativo superior al 80%; habría un segundo grupo de países que se caracterizan por un sistema universitario donde la financiación privada, sin ser predominante, tiene un importante papel, en los mismos la financiación pública se encuentra comprendida entre el 50 y el 80%; finalmente, existe un tercer grupo de países en los que la predominante es la financiación privada, en ellos la financiación pública siempre supone un porcentaje inferior al 50%. Un claro representante del primer grupo de países es Noruega, donde la financiación pública es muy importante; en cuanto al segundo grupo un representante adecuado puede ser Alemania, donde pese al predominio de la financiación pública, la financiación privada tiene también un importante papel; respecto al tercer grupo quizá su representante por antonomasia es Estados Unidos, país donde la financiación privada del sistema universitario es absolutamente prevalente<sup>14</sup>. Analizando el comportamiento de este grupo de países durante la década 2000-2010 llegamos exactamente a la misma conclusión. En este período es cierto que España ha aumentado su gasto público en ayudas para estudios superiores, sin embargo, dicho aumento ha sido de muy poca entidad en relación con el experimentado por otros países desarrollados.

### Gráfico 5.2. Variación en puntos porcentuales del gasto público en ayudas para estudios superiores (en % del gasto en educación) entre 2000 y 2010\*



Fuente: OCDE y elaboración propia.

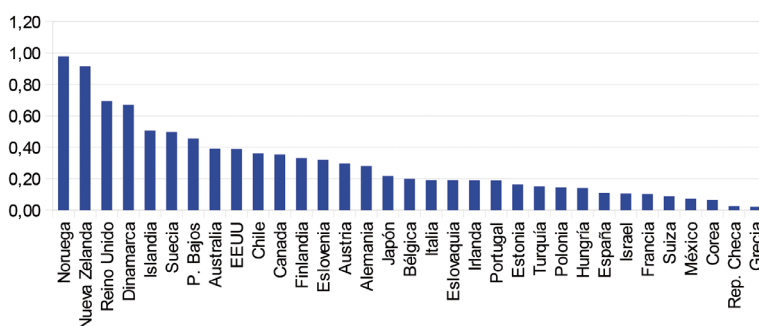
\*Alemania datos de variación entre 2000 y 2009.

14. El predominio de las prescripciones del enfoque teórico relacionado con la teoría del Capital Humano puede explicar que en Estados Unidos se prefiera una financiación eminentemente privada de la educación superior (ya que si los beneficios son considerados como privados, la financiación debería ser fundamentalmente privada); sin embargo, dichos planteamientos no se han materializado en un sistema de ayudas basado exclusivamente en préstamos como



Hemos corroborado ya que entre 2000 y 2010 se produce un aumento del gasto en ayudas para cursar enseñanzas superiores, pero que en todo caso dicho aumento es poco significativo. Ahora pasaremos a analizar cuál es la posición relativa en la que, tras esa política de tímido aumento del gasto en becas, se coloca España en 2010. Para ello se ofrece a continuación un gráfico que recoge el gasto público en ayudas como porcentaje del PIB en cada país de la OCDE. Se observa que España se encuentra claramente a la cola de la OCDE en lo relativo a gasto en ayudas; países como Hungría, Polonia, Estonia o Turquía se encuentran inmediatamente por encima de España en lo que a niveles de gasto se refiere.

**Gráfico 5.3. Gasto público en ayudas para cursar estudios superiores 2010 (en % del PIB)\***



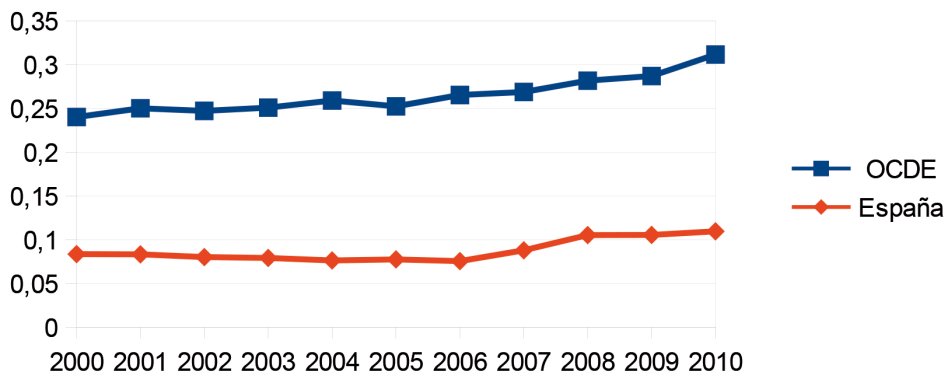
Fuente: OCDE y Elaboración propia.

\* Alemania datos de 2009, Turquía 2006, Grecia 2005.

Finalmente, en el siguiente gráfico se ofrece la evolución del gasto en ayudas para cursar estudios superiores en España y en la OCDE, partiendo de que hemos constatado que España está a la cola de la OCDE en cuanto a gasto en ayudas, con un gasto del 0,11% del PIB frente al 0,33% del PIB de la media de la OCDE, se pretende evaluar ahora si los esfuerzos moderados que se han realizado en aumentar el gasto español durante el período 2000-2010 conducen o no a la convergencia con los valores medios presentes en la OCDE.

sería de esperar, sino que las becas también tienen un peso significativo. Diversos trabajos, como SERRAT ROMANÍ (2011) o TURNER (2012), ofrecen un análisis del sistema de ayudas de EE. UU. en el que destaca la figura de las becas Pell, que se conceden por el Gobierno federal a los alumnos con menos renta.

**Gráfico 5.4. Gasto público en ayudas para cursar estudios superiores 2000-2010 (en % del PIB)**



Fuente: OCDE y elaboración propia.

Observamos que durante todo el período se produce un crecimiento continuado en la diferencia del gasto en España con la media OCDE, con lo que en realidad España se encuentra cada vez más alejada de la OCDE y no se está produciendo convergencia; la diferencia ha aumentado en el período un 25%, pasando de 0,16 a 0,20 puntos porcentuales. El bajo nivel de partida<sup>15</sup> y la falta de un crecimiento suficientemente intenso en el gasto en ayudas para cursar estudios superiores podrían explicar que no se haya producido un acercamiento del gasto español a los valores medios de la OCDE.

## 6. CONCLUSIONES

1. En España no se produce el nacimiento de un sistema de ayudas para cursar estudios superiores con una cierta entidad hasta 1983. Tres Reales Decretos han configurado el sistema de ayudas desde entonces: el RD 2298/1983, el RD 1721/2007 y finalmente el RD 609/2013, aunque todavía no ha pasado tiempo suficiente para realizar un análisis adecuado sobre los efectos de este

15. Dicho bajo nivel de partida puede estar motivado en parte por las políticas de reducción del gasto en ayudas que como veíamos al principio de nuestro trabajo tuvieron lugar desde el año 1996, y sobre todo pueden explicarse también por el tardío nacimiento del sistema español de ayudas, que como ya indicamos no empezó a construirse hasta el año 1983 mediante la aprobación del RD 2289/1983.

último, pese a que efectivamente los primeros indicios acerca de los mismos no parecen en absoluto positivos.

2. Desde 1983 el gasto en ayudas ha atravesado etapas muy diferentes. Entre 1983 y 1996 se produce un crecimiento muy intenso del gasto en ayudas, lo que provoca a su vez que se logren importantes mejoras en variables tales como la tasa de cobertura o la cuantía media de las becas. Desde 1996 se aplica una política de reducción del gasto en ayudas que afecta negativamente a la tasa de cobertura y al importe medio de las becas.
3. En el análisis del gasto en el período 2000-2010 se observan dos tendencias diferenciadas, en el subperíodo 2000-2004 mientras la media de la OCDE lo aumenta, en España se produce un descenso de más del 8% del gasto en ayudas medido en porcentaje del gasto en educación. En cambio en el subperíodo 2004-2010 dicho gasto en ayudas experimenta un aumento superior al 20%, lo que implica mejoras en la tasa de cobertura, que aumenta más de un 28% y en la cuantía media de las becas que aumenta más de un 21%. No obstante, el análisis de estas variables, incluso evaluándolas en el período en el que presentan mayor fortaleza, evidencia que el gasto español en ayudas presenta todavía importantes debilidades: el porcentaje del gasto en educación en España todavía está muy alejado de la media de la OCDE, al igual que la tasa de cobertura, además el incremento en el importe medio de las becas es muy reducido si se tienen en cuenta valores constantes en lugar de corrientes.
4. En el período 2000-2010 la variación en el gasto en ayudas para cursar estudios superiores presenta un saldo positivo, gracias al esfuerzo realizado en el subperíodo 2004-2010. Sin embargo, esta mejora en el gasto en ayudas es muy moderada cuando la comparamos con los países de nuestro entorno. En el año 2010 España sigue estando a la cola de los países desarrollados en lo relativo al gasto en ayudas para cursar estudios superiores, el gasto español es equivalente al 0,11% del PIB, mientras que la media de la OCDE representa casi un 300% del esfuerzo inversor español, ya que esta se sitúa en el 0,31% del PIB. Los datos indican que pese a la moderada mejora de los datos españoles en la década 2000-2010 no se produce convergencia, sino que cada vez España se encuentra más alejada de los países desarrollados, el diferencial España-OCDE ha aumentado un 25% en este período.
5. Este trabajo se ha centrado, por motivos de extensión, en el análisis del gasto en ayudas para cursar estudios superiores. No se ha profundizado en otros importantes aspectos a los que solo se ha podido hacer breve referencia tales como el análisis de la incidencia distributiva de las ayudas o el estudio de la elección óptima entre un sistema basado en becas u otro basado en préstamos. También podría resultar apropiado ampliar el estudio al incluir el análisis de la política de tasas académicas en las Universidades, ya que esta

ha aumentado sustancialmente y de manera continuada desde los años 90, tal y como ya manifestaba OLIVARES SOLINA (1999). Esas tres importantes cuestiones darían una visión más completa de las implicaciones económicas del acceso a la educación superior. Finalmente también conviene poner de manifiesto igualmente las limitaciones que presenta este trabajo, la primera de ellas ya la hemos anticipado, con los datos actuales es difícil realizar un análisis de los efectos de la reforma en el sistema de ayudas implantada por el RD 609/2013, por lo que este trabajo no ha podido considerar el efecto de dicha reforma, que quizá agravaría todavía más los malos resultados de nuestro país. Finalmente otra limitación de este estudio sería la asociada a no haber tenido en cuenta, por razones de operatividad y sencillez, las diferencias regionales en política de ayudas para cursar estudios superiores, esta línea es explorada por CABRERA SÁNCHEZ *et al.* (2009).

## BIBLIOGRAFÍA

### Estudios

- AFONSO CASADO, J. M. 1997: «El sistema de ayudas públicas universitarias en España: antecedentes, situación actual y debate de tendencias futuras». En A. Olaya Iniesta y C. Selva Sevilla (coords.): *Actas de las V Jornadas de la asociación de Economía de la Educación*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 21-38.
- ALDÁS, J. y URIEL, E. 1999: «Equidad y eficacia del sistema español de becas y ayudas al estudio». *Working Papers: Serie EC*, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, 1999, 11: 5-33, <http://www.ivie.es/downloads/docs/wpasec/wpasec-1999-11.pdf> [20 de junio de 2014].
- CABRERA SÁNCHEZ, J. M.; PEÑA VÁZQUEZ, R. y CÁCERES ALVARADO, R. 2009: «Los sistemas de becas universitarias en las comunidades autónomas españolas: un análisis comparado». En VV. AA.: *Actas del XXV Encuentro ARETHUSE*. Universidad de Málaga, <http://www.pe.uma.es/ArETHUSE/13p.pdf> [20 de junio de 2014].
- CALERO MARTÍNEZ, J. 1997: «Incidencia distributiva del gasto público educativo en España». En A. Olaya Iniesta y C. Selva Sevilla (coords.): *Actas de las V Jornadas de la asociación de Economía de la Educación*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 49-60.
- DÍAZ MALLEDO, J. 2009: «Las ayudas públicas al estudio en la enseñanza superior en España, 2004-2008». *Papeles de Economía Española*, 2009, 199: 286-302.
- OLIVARES SOLINA, I. 1997: «Los sistemas de tasas académicas y becas en Europa». En A. Olaya Iniesta y C. Selva Sevilla (coords.): *Actas de las V Jornadas de la asociación de Economía de la Educación*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 39-48.
- RIDAO CARLINI, M. L. 1997: «La cobertura pública de los costes directos de la enseñanza universitaria para la igualdad de oportunidades: una reflexión». En A. Olaya Iniesta y C. Selva Sevilla (coords.): *Actas de las V Jornadas de la asociación de Economía de la Educación*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 117-129.

- SALABURU, P. 2007: «Las ayudas a estudiantes universitarios: EEUU y Europa». *La Cuestión Universitaria*, 2007, 1, <http://catedraunesco.es/lcu/n%C3%BAmeros-publicados.html> [20 junio de 2014].
- SAN SEGUNDO, M. J. 1997: «Préstamos y becas para estudiantes universitarios». En A. Olaya Iniesta y C. Selva Sevilla (coords.): *Actas de las V Jornadas de la asociación de Economía de la Educación*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 355-370.
- SAN SEGUNDO, M. J. 2001: «El impacto regional y nacional del programa de becas». En J. Gómez García (coord.): *Actas de las X Jornadas de la Asociación de Economía de la Educación*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 37-52.
- SERRAT ROMANÍ, M. 2011: «La política universitaria de becas en España, Estados Unidos y Francia: una visión comparada». *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales, 2011, 18, [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos\\_trabajo/2011\\_18.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2011_18.pdf) [20 de junio de 2014].
- TURNER, N. 2012: «Who benefits from student aid? The economic incidence of tax-based federal student aid». *Economics of Education Review*, 2012, 31: 463-481.

## Evidencia empírica

- INE. Varios años: *Estadística de Becas y Ayudas*. Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft13%2Fp012&file=inebase&L=0> [20 de junio de 2014].
- INE. Varios años: *Estadística de Enseñanza Universitaria*. Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t13/p405&file=inebase> [20 de junio de 2014].
- MECD. Varios años: *Estadísticas de la Educación: Becas y Ayudas al Estudio*. Ministerio de Educación Cultura y Deporte, <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/recursos-economicos/becas-ayudas.html> [20 de junio de 2014].
- MECD. 2014: *Datos y Cifras del Sistema Universitario Español: Curso 2013-2014*. Ministerio de Educación Cultura y Deporte, <http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/estadisticas-informes/datos-cifras.html> [20 de junio de 2014].
- OCDE. Varios años: *Education at a Glance*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, [http://www.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance\\_19991487](http://www.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance_19991487) [20 de junio de 2014].

## Legislación

- ESPAÑA. 1961: Resolución de la Comisaría General de Protección Escolar y Asistencia Social por el que se fijan las normas de la convocatoria general de becas para el curso académico 1961-62. *Boletín Oficial del Estado*, 9 de mayo de 1961, 110: 6984-7000.
- ESPAÑA. 1983: Real Decreto 2298/1983 de 28 de julio por el que se regula el sistema de becas y ayudas al estudio de carácter personalizado. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de agosto de 1983, 205: 23578-23580
- ESPAÑA. 1990: LEY Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de octubre de 1990, 238: 28927-28492.

- ESPAÑA. 2000: Orden de 15 de junio de 2000 por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2000/2001, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2000, 162: 24557-25568.
- ESPAÑA. 2000: Orden de 8 de julio por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2000/2001, para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de julio de 2000, 163: 2465-24662.
- ESPAÑA. 2001: Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de octubre de 1990: 28927-28942.
- ESPAÑA. 2001: Orden de 18 de junio de 2001 por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2001/2002, para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de junio de 2001, 155: 23303-23308.
- ESPAÑA. 2001: Orden de 18 de junio de 2001 por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2001/2002, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de junio de 2001, 155: 23308-23320.
- ESPAÑA. 2002: Orden ECD/1802/2002, de 9 de julio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2002/2003, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de julio de 2002, 168: 25732-225743.
- ESPAÑA. 2002: Resolución de 10 de julio de 2002, de la Secretaría de Estado de Educación y Universidades, por la que se convocan becas de movilidad para el curso 2002/2003 para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de julio de 2002, 169: 25939-25944.
- ESPAÑA. 2003: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. *Boletín Oficial del Estado*, 18 de noviembre de 2003, 276: 40505-40532.
- ESPAÑA. 2003: Orden ECD/1877/2003, de 25 de junio, por la que se convocan becas y ayudas de carácter general, para el curso académico 2003/2004, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2003, 161: 26324-26336.
- ESPAÑA. 2003: Resolución de 25 de junio de 2003, de la Secretaría de Estado de Educación y Universidades por la que se convocan becas de movilidad para el curso 2003-2004 para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de julio de 2003, 162: 26726-26731.
- ESPAÑA. 2004: Orden ECI/2296/2004, de 10 de junio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2004/2005, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2004, 167: 25494-25005.
- ESPAÑA. 2004: Orden ECI/2297/2004, de 11 de junio, por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2004/2005, para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2004, 167: 25005-25010.
- ESPAÑA. 2005: Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de noviembre de 2005, 277: 37846-37868.
- ESPAÑA. 2005: Orden ECI/2039/2005, de 17 de junio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2005/2006, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de junio de 2005, 155: 23329-23340.

- ESPAÑA. 2005: Orden ECI/2040/2005, de 17 de junio, por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2005/2006, para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de junio de 2005, 155: 23340-23345.
- ESPAÑA. 2006: Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de mayo de 2006, 106: 17158-17207.
- ESPAÑA. 2006: Orden ECI/2117/2006, de 16 de junio, por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2006-2007, para los alumnos universitarios que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de julio de 2006, 155: 24877-24882.
- ESPAÑA. 2006: Orden ECI/2118/2006, de 16 de junio, por la que convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2006-2007, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de julio de 2006, 155: 24882-24893.
- ESPAÑA. 2007: Orden ECI/2128/2007, de 18 de junio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general, para el curso académico 2007-2008, para alumnos de niveles postobligatorios no universitarios y para universitarios que cursan estudios en su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 2007, 168: 30653-30664.
- ESPAÑA. 2007: Orden ECI/2129/2007, de 20 de junio, por la que se convocan becas de movilidad, para el curso 2007-2008 para los alumnos universitarios, de enseñanzas artísticas superiores y de otros estudios superiores que cursan estudios fuera de su Comunidad Autónoma. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de julio de 2007, 168: 30664-30669.
- ESPAÑA. 2007: Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 2008, 15: 3496-3507.
- ESPAÑA. 2008: Resolución de 2 de junio de 2008, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación, por la que se convocan becas de carácter general y de movilidad, para el curso académico 2008-2009, para alumnado universitario y de otros estudios superiores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de junio de 2008, 152: 28282-28291.
- ESPAÑA. 2009: Resolución de 3 de junio de 2009, de la Secretaría de Estado de Educación y Formación Profesional, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general y de movilidad, para el curso académico 2009-2010, para alumnado que curse estudios postobligatorios y superiores no universitarios. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de junio de 2009, 149: 51713-51737.
- ESPAÑA. 2010: Orden EDU/1781/2010, de 29 de junio de 2010, por la que se convocan becas de carácter general y de movilidad para el curso académico 2010-2011, para estudiantes de enseñanzas universitarias. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2010, 161: 58757-58785.
- ESPAÑA. 2011: Orden EDU/2098/2011, de 21 de julio, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general y de movilidad, para el curso académico 2011-2012, para estudiantes de enseñanzas universitarias. *Boletín Oficial del Estado*, 27 de julio de 2011, 179: 84453-84482.
- ESPAÑA. 2012: Resolución de 2 de agosto de 2012, por la que se convocan becas y ayudas al estudio de carácter general y de movilidad, para el curso académico 2012-2013, para estudiantes de enseñanzas universitarias. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de agosto de 2012, 179: 84453-84482.
- ESPAÑA. 2013 Real Decreto 609/2013, de 2 de agosto, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2013-2014, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre,



por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de agosto de 2013, 56700-56721.

ESPAÑA. 2013: Resolución de 13 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan becas de carácter general para el curso académico 2013/2014. *Boletín Oficial del Estado*, 19 de agosto de 2013, 198: 61070-61105.



# Derecho a decidir y autodeterminación en el caso catalán. Análisis y reflexiones de acuerdo al Derecho Constitucional español

*Right to decide and self-determination in the Catalan case. Analysis and reflection according to the Spanish Constitutional Law*

**Gina Marietta Olcese Schenone**

Máster en Derecho Español para Juristas Extranjeros<sup>1</sup>

Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: 2 de marzo 2015

Fecha de aceptación definitiva: 16 de febrero de 2015

## Resumen

El trabajo analiza el tema del derecho a decidir y autodeterminación en el caso actual de Cataluña desde el punto de vista eminentemente jurídico y dentro del marco constitucional

## Abstract

*The paper analyzes the issue of the right to decide and self-determination in the current case of Catalonia from a legal point of view and within the Spanish constitutional*

1. Este trabajo obtuvo el II Premio de Trabajos Tutelados Fin de Máster del Máster en Derecho Español para Juristas Extranjeros de la Universidad de Salamanca (curso 2013/2014).

*Gina Marietta Olcese Schenone*  
Derecho a decidir y autodeterminación en el caso catalán. Análisis y reflexiones de acuerdo al Derecho...

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 3, junio 2015, 149-180  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

español. Concretamente, el presente análisis explora tres aspectos: a) El derecho a la autodeterminación, aspectos generales y en la Constitución Española; b) El derecho a decidir como consulta autonómica o referéndum según el derecho español; c) Iniciativa de reforma constitucional como una posible vía a la aspiración separatista de Cataluña.

**Palabras clave:** Derecho a decidir; autodeterminación; consulta; referéndum; reforma constitucional; independencia; secesión; Cataluña.

*framework. In particular, this analysis explores three aspects: a) The right to self-determination, general aspects and the Spanish Constitution; b) The right to decide as a regional consultation or referendum under Spanish law; c) Initiative of constitutional reform as a possible way to deal with the separatist aspirations of Catalonia.*

**Keywords:** *Right to decide; self-determination; consultation; referendum; constitutional reform; independence; secession; Catalonia.*

**Sumario:** 1. Introducción.– 2. El derecho a la autodeterminación: aspectos generales y en la Constitución española.– 2.1. Origen, evolución y delimitación del alcance del derecho a la autodeterminación.– 2.2. El derecho a la autodeterminación en el contexto de la Unión Europea.– 2.3. Antecedentes y breve reseña del derecho a la autodeterminación en el debate constituyente.– 2.4. El derecho a la autodeterminación de una Comunidad Autónoma como la Comunidad de Cataluña a la luz de la Constitución española y si es compatible con los principios de ésta.– 3. El derecho a decidir como consulta autonómica dentro del marco de la Constitución española: el referéndum.– 3.1. Análisis de la Declaración de Soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña a la luz del texto constitucional y teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional número 42/2014 del 25 de marzo de 2014.– 3.2. Ley de Cataluña 10/2014 y Decreto 129/2014, a través del cual convoca la consulta soberanista del 9N: recursos de inconstitucionalidad del Gobierno español ante el Tribunal Constitucional contra dichos preceptos autonómicos y suspensión del TC de dichos preceptos autonómicos.– 3.3. Consulta alternativa de 9 de noviembre llevada a cabo por el Govern de Catalunya.– 4. La Reforma Constitucional como una posible vía a la aspiración de autodeterminación del pueblo catalán.– 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hemos escogido el presente tema de actualidad que desata polémicas y pasiones en el marco institucional español apreciando que en varios foros dicho asunto es tratado de manera politizada, y no en términos legales. Es por ello que hemos considerado elaborar el presente trabajo a fin de darle la importancia que se merece y realizar el análisis de su contenido teniendo en cuenta una perspectiva o mirada técnico-jurídica.

En efecto, el derecho a decidir al que hace referencia la Generalitat de Catalunya que, en realidad, ocultaría un derecho a la autodeterminación, el mismo que se ha ido impulsando desde hace varios años, es un asunto de especial relevancia ya que afecta a los fundamentos básicos del Estado Constitucional español.

Es así que, actualmente, se ha desarrollado un debate en torno a la legalidad de dicha consulta de libre autodeterminación para Cataluña. Se indica por aquellos que

plantean su ilegalidad que, bajo el marco constitucional actual, el Gobierno catalán no tiene autoridad para convocar semejante consulta. Para ello, sería necesario enmendar previamente la Constitución española conforme a los procedimientos pertinentes. Por otro lado, también hay personalidades tanto políticas como juristas que sostienen lo contrario, y consideran que dentro del marco jurídico español sí es posible llevar a cabo dicha consulta.

Además, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre dicha declaración a través de la sentencia 42/2014 del 25 de marzo de 2014, en la que afirma que una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España, y declara inconstitucional y nula la declaración de soberanía del pueblo catalán. Y está pendiente recientemente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el mismo que el 29 de septiembre último suspendió por unanimidad la consulta en Cataluña anunciada para el 9 de noviembre tras admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno contra la Ley de Cataluña 10/2014 de 26 de septiembre de 2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana y el Decreto de convocatoria 129/2014, a través del cual convoca dicha consulta. Y además es necesario mencionar que la realización de la consulta alternativa el 9N denominada proceso de participación ciudadana ha presentado algunos cuestionamientos.

Como apreciamos es un tema de especial significación y trascendencia pues se refiere a cuestiones fundamentales dentro del marco jurídico nacional. El ejercicio de una consulta que buscaría un derecho a la autodeterminación por parte de la Comunidad de Cataluña que implicaría una posible desmembración de una parte de España tendría una consecuencia en el Estado Constitucional español, por lo que es necesario un análisis desde el punto de vista del Derecho Constitucional español en el sentido de si cabe la posibilidad de dicha consulta bajo los parámetros expresados por Cataluña y si la Constitución española reconoce el derecho a la autodeterminación como derecho fundamental, aspecto distinto del derecho humano a la autodeterminación desde el punto de vista internacional. Además que se estaría discutiendo una decisión de tal naturaleza que pretendería modificar los pilares estructurales del orden constitucional español, así como las líneas básicas en que se asienta el modelo constitucional de distribución territorial del poder.

El estudio no es meramente descriptivo, sino que incluirá, igualmente, el análisis de la existencia de alguna vía posible como una probable reforma que podría ser defendida dentro del marco de la Constitución que pudiera atender la aspiración de los catalanes «de decidir» su futuro político o, por el contrario, la recomendación a dicha Comunidad Autónoma de desistir de dicha aspiración buscando el diálogo dentro del marco de su competencia y del respeto de la Constitución, siguiendo la tesis de don José ORTEGA Y GASSET expuesta en su discurso sobre el Estatuto de Cataluña en la sesión de las Cortes de 23 de mayo de 1932: «El problema catalán es un problema que

no puede resolverse. Ha existido antes de la unidad peninsular, y seguirá siendo mientras España subsista, por lo que sólo puede conllevarse. No presentéis vuestro afán en términos de soberanía, sino de autonomía, porque entonces no nos entenderemos».

Es así que el presente trabajo explora tres áreas que hemos dividido de la siguiente manera:

1. El derecho a la autodeterminación, aspectos generales y en la Constitución española. En este punto hemos querido analizar si la CE reconoce el derecho a la autodeterminación como derecho fundamental y si es compatible o no con los principios y preceptos de la Carta Magna.
2. El derecho a decidir como consulta autonómica o referéndum. Y si dicha consulta anunciada por el Govern catalán y plasmada en una ley autonómica está planteada o no conforme a derecho.
3. Iniciativa de reforma constitucional como una posible vía o no a la aspiración separatista de Cataluña. En este punto revisaremos si existe una posibilidad de reforma contemplada dentro del marco constitucional a fin de defender la posición independentista, el tipo de aquélla y si es viable en los momentos actuales.

## 2. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: ASPECTOS GENERALES Y EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

### 2.1. *Origen, evolución y delimitación del alcance del derecho a la autodeterminación*

Haremos un recuento de los antecedentes de este derecho de manera resumida para mejor entender su concepto y aplicarlo al caso materia del presente trabajo según el ordenamiento jurídico español.

La doctrina mayoritaria indicaría que sus raíces se encuentran en el principio de las nacionalidades de MANCINI, fundador de la Escuela Italiana del Derecho Internacional<sup>2</sup>, y esa concepción se consideró en las últimas décadas del siglo XIX y en los inicios del siglo XX. Es así «como se recogería en algunos de los tratados que pusieron fin

2. MANCINI, P. S. 1851: *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. Torino: Tipografía Eredi Botta, 1-72. Es necesario indicar que para Mancini la familia y la nación derivan de la naturaleza y no del artificio y supone datos de la constitución natural y necesaria de la humanidad. De esa imagen de nación deriva su concepto de nacionalidad como «sociedad natural de hombres conformados en comunidad de vida y de conciencia social por la unidad del territorio, de origen, de costumbre y de lengua».

a la Primera Guerra Mundial, en relación con la protección de determinadas minorías nacionales»<sup>3</sup>.

Este concepto de autodeterminación fue ganando importancia en la esfera internacional, es así que fue recogido por el presidente estadounidense Woodrow Wilson quien mencionó el concepto de *self-determination* en su Mensaje del 12 de febrero de 1918, entendiendo que el derecho de autodeterminación de los pueblos se sustentaba en los ideales democráticos y en las aspiraciones de los Estados Occidentales y debía ser uno de los ejes en los que habían de basarse las relaciones internacionales<sup>4</sup>. Esa enunciación general de autodeterminación se quedó como aspiración política sin alcance jurídico hasta ese momento, pues no se reflejó en el Pacto de la Sociedad de Naciones (SDN)<sup>5</sup>.

La positivación del derecho a la autodeterminación requirió de un período en la historia hasta ser recogido por la Carta de las Naciones Unidas en los artículos 1 y 55<sup>6</sup> y posteriormente en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en 1966 y que fueron ratificados por España, cuya entrada en vigor de dichos Pactos se produjo el 27 de julio de 1977 por lo que forman parte del ordenamiento jurídico español<sup>7</sup>. En este último caso, el

3. BERMEJO GARCÍA, R. «El derecho de Autodeterminación de los pueblos a la luz del Derecho Internacional», [http://www.wshrw.org/Documentos/español/Análisis/Bermejo\\_Ref\\_UNU\\_Autodet.pdf](http://www.wshrw.org/Documentos/español/Análisis/Bermejo_Ref_UNU_Autodet.pdf), 1.

4. ANAYA, S.J. 1996: *Indigenous Peoples in International Law*. New York: Oxford University Press, 76. Es interesante destacar que Wilson propuso a la conferencia negociadora de los tratados de paz sus famosos catorce puntos como base para una paz justa y duradera en Europa, entre los cuales destacaba el principio de autodeterminación. Se crearon varios nuevos Estados y se organizaron diversos plebiscitos étnicos para adecuar las fronteras estatales a los deseos de la población. La autodeterminación se convirtió también en un concepto importante del sistema de protección de las minorías y del sistema de mandatos de entreguerras.

5. Aunque dicho Pacto, si bien se inspiró en los 14 puntos de Wilson, como ya lo indicamos, no hace una enunciación general del derecho a la autodeterminación y se limita a las referencias indirectas del artículo 23 de dicho Pacto relativo a los mandatos (o sometidos a administración).

6. Artículo 1. «Los propósitos de las Naciones Unidas son: 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal...».

Artículo 55. «Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá...»

7. La especial importancia de los tratados de Derechos humanos en la Constitución española. El art. 10.2 de la Constitución observa que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre

derecho a la autodeterminación pasó al plano positivo de tipo convencional en unos instrumentos jurídicos de carácter vinculante dedicado a los derechos humanos. En efecto, dicho derecho no constituye derecho fundamental en la Constitución española ya que si bien ha sido recogido por los Pactos Internacionales a los que hacemos referencia y ratificados por el Estado español formando parte de su ordenamiento legal, ese reconocimiento de los derechos de dichos tratados es restringido ya que en virtud al art. 10.2 de la CE se aplican en vía de interpretación.

Igualmente se han dedicado a este derecho de autodeterminación numerosas declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas<sup>8</sup>.

En cuanto al concepto del derecho a la autodeterminación, en principio la Carta de Naciones Unidas se refería más bien a los pueblos sujetos a dominación colonial (así está claramente indicado en la Resolución de la Asamblea General de la ONU 1514 [XV] de 1960), sin embargo, el mismo Organismo presentó la Resolución 2625 mencionando que todos los pueblos tienen derecho de autodeterminación dando lugar a una gran polémica a nivel internacional, pues algunos indicaban que no sólo los pueblos sometidos a dominación colonial tenían ese derecho, sino los pueblos de cualquier Estado. Sin embargo, haciendo una interpretación integral de dicho texto, dicho concepto ampliado no tuvo acogida y fue restringido.

En lo referente a los Pactos Internacionales, si bien le dio un carácter de derecho humano y de carácter vinculante al estar regulado por unos Convenios Internacionales, los mismos que al ser firmados y ratificados por los Estados se obligan a cumplir sus disposiciones, éstos no lo detallan, manteniendo solo la afirmación «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural...». Sin embargo, no define el contenido exacto de dicho término, ni especifica el o los titulares de dicho derecho, por lo que la práctica internacional lo irá desarrollando<sup>9</sup>. Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano

---

las mismas materias ratificados por España» y el art. 96.1 de la CE indica que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno... En consecuencia, España debe cumplir los tratados en los que sea parte.

8. Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 14 de diciembre de 1960 en <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/15/ares15.htm>; Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, adoptada el 24 de octubre de 1970 en <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/25/ares2.htm>; Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General adoptada el 11 de diciembre de 1969, la Declaración sobre el Progreso y desarrollo Social; la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, entre otros.

9. Queremos especificar, aunque no es materia del presente trabajo, que este derecho de libre determinación se clasifica como derecho humano de tercera generación. Aunque en la doctrina no queda claro el matiz de ser un derecho colectivo o individual. Para unos, incluida la CIJ en una opinión consultiva consideró como derecho colectivo cuya titularidad corresponde

encargado de interpretar el PIDCP, si bien se ha pronunciado sobre este derecho con la observación general número 12, no ha sabido interpretarla y darle contenido, manteniendo su naturaleza indeterminada.

En este sentido, y en virtud de las diferentes resoluciones y declaraciones de la ONU, el derecho a la autodeterminación en su vertiente externa, que es el derecho de los pueblos a determinar libremente su lugar en la comunidad internacional de Estados que en este caso podría tener la forma de reclamo de un derecho a la independencia o a la secesión unilateral, se limita a los pueblos colonizados y a aquellos pueblos que no son coloniales y están sometidos a regímenes no democráticos o que sufren cualquier tipo de discriminación en el Estado del que forman parte.

Por lo tanto, consideramos que el derecho a la autodeterminación sólo se admitiría en casos muy concretos y específicos como los mencionados anteriormente y, en efecto, el derecho por la vía de actos unilaterales de secesión sólo estaría justificados en las hipótesis referidas a los pueblos coloniales, y teniendo derecho a acceder a la independencia «aquellos pueblos sometidos a discriminación racial, dominio o a la explotación extranjera» como bien afirma Sébastien VAN DROOGHENBROECK<sup>10</sup>; fuera de esas hipótesis no se reconoce internacionalmente el derecho a la secesión y a la formación de un Estado independiente, del mismo parecer es Héctor GROS ESPIELL<sup>11</sup>, quien se ha referido a dichos conceptos.

Esta concepción, en algún sentido, habría sido también considerada por la Corte Internacional de Justicia<sup>12</sup> a propósito de la declaración de independencia de Kosovo,

---

a los pueblos y para otros autores le otorga la característica de ser un derecho individual y otros en cambio señalan que el derecho a la autodeterminación es un derecho individual y colectivo a la vez. Y claro, lo que reviste mayor dificultad es la definición de pueblo.

10. DUMONT, H. y VAN DROOGHENBROECK, S. 2007: «Le Statut de Bruxelles dans l'hypothèse du confédéralisme». *Revue scientifique électronique par les recherches sur Bruxelles*, 15 octubre 2007, n.º 10: 5. Uno de los autores de dicho artículo es Sébastien VAN DROOGHENBROECK, quien es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Saint-Louis en Bruselas y codirector del Centro Interdisciplinario de Investigación en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, además de asesor del Consejo de Estado de Bélgica.

11. GROS ESPIELL, H. 1979: «El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas ONU,E/CN.4/Sub.2/405/». Rev.1, Nueva York: párr. 90, p.14.

Héctor Gros Espiell, relator especial de la subcomisión de prevención de Discriminación y Protección de minorías, indica que «el derecho a la libre determinación de los pueblos, tal como resulta del sistema de Naciones Unidas, existe para los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera, es decir, que no viven bajo la forma jurídica estatal. El derecho a la secesión, con respecto a un Estado existente... no existe como tal en los textos y en la práctica seguida por la Organización porque, si se pretendiera invocarlo para romper la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado, se estaría haciendo una aplicación abusiva del principio de la libre determinación, contraria a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas».

12. Dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15988.pdf>.

la misma que ha estimado que esa declaración unilateral no está amparada por el derecho internacional aunque tampoco es contraria a ella.

Así, entonces, consideramos que ese derecho de autodeterminación está limitado a territorios o dependencias coloniales y conforme a la corriente internacional contemporánea, como hemos anotado, se extiende dicho derecho también a los casos de aquellos pueblos sometidos a discriminación racial, dominio o a explotación extranjera, es decir, donde sus derechos humanos son violados de forma flagrante y no se les permite participar en el gobierno del que forman parte en forma democrática en condiciones de igualdad con el resto de la población. En este sentido, y como referencia, el Tribunal Supremo de Canadá, en su declaración de 20 de agosto de 1998, indicó que la comunidad francófona de Quebec a pesar de considerarse un pueblo como una comunidad religiosa, cultural y lingüística determinada no forma parte de un imperio colonial ni está sometida por un Estado extranjero ni se le discrimina y niega a participar en el gobierno de su Estado en condiciones de igualdad; en consecuencia, no posee el derecho a la autodeterminación y se rechazó su petición de secesión unilateral debiendo realizarse más bien con un acuerdo con el Gobierno, teniendo en cuenta el parecer no sólo de la comunidad de Quebec, sino el derecho de todos los canadienses y especialmente de las minorías, para lo cual la vía correcta sería el inicio de un proceso de reforma constitucional pactado, y solo así se podría llegar a la secesión<sup>13</sup>.

Siguiendo estos fundamentos nos trasladamos a España y respecto de Cataluña, así como otra comunidad autónoma, no se puede afirmar el derecho a la autodeterminación que de manera unilateral pudiera ser aplicado por los argumentos antes vertidos desde el punto de vista internacional; es decir, no son posesiones coloniales, no han sido sojuzgados a discriminación racial, dominio o a explotación extranjera, ni se les prohíbe participar en el gobierno del que forman parte en forma democrática en condiciones de igualdad con el resto de la población; muy por el contrario tienen niveles de participación y de gobierno en las Comunidades Autónomas instauradas en la Constitución española de 1978. Y ni los Pactos Internacionales ratificados por España que recogen dicho derecho a la autodeterminación, y que en virtud del artículo 96.1 de la CE constituyen derecho español, le proporcionan a Cataluña el sustento necesario para su reclamo ya que no se le ha dado el contenido suficiente y menos aún cuando en virtud del art. 10.2 de la CE se les da un reconocimiento restringido en vía de interpretación. Por otro lado, si realizamos un escueto análisis a nivel político, la comunidad internacional en la mayoría de los casos no ampara una decisión de secesión unilateral.

Por lo expuesto, Cataluña no tiene sustento jurídico internacional para ejercer su derecho de autodeterminación.

13. Declaración del Tribunal Supremo de Canadá respecto a la secesión de Quebec del 20 de agosto de 1998, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>.



## 2.2. El derecho a la autodeterminación en el contexto de la Unión Europea

La introducción de este punto es necesaria a fin de verificar si el clima europeo es favorable al derecho a la autodeterminación y a una posible secesión unilateral teniendo en cuenta que España es un Estado miembro de la Unión Europea.

Un aspecto a citar es el caso de Kosovo, que a pesar de alguna aceptación al interior de dicho organismo europeo, como así lo explica Araceli MANGAS MARTIN<sup>14</sup>, es rechazado por varios Estados miembros para evitar crear un precedente que pueda ser perjudicial a su propia integridad territorial. Esas preocupaciones internas explicarían que la independencia de Kosovo no sea hasta ahora reconocida por España, Rumania, Eslovaquia, Malta y Chipre.

Por otro lado, aunque no hay un pronunciamiento formal de algún órgano de la Unión Europea sobre el derecho a la autodeterminación, hubo una declaración del expresidente de la Comisión Europea Romano Prodi, en febrero de 2004, a propósito del caso escocés y él señaló que si una parte de un territorio de un Estado miembro deja de pertenecer a dicho Estado y se convierte en un Estado independiente, los tratados dejan de aplicarse en dicho territorio y se convertiría en un tercer país en relación con la Unión Europea, añadiendo que ese nuevo Estado puede presentar la solicitud e ingresar en la UE sólo si es aceptado por el Consejo por unanimidad<sup>15</sup>.

Asimismo con fecha 15 de abril de 2014 en el diario *El País* un portavoz de la Comisión Europea reitera lo antes mencionado, la potencial independencia de Cataluña tendría una primera repercusión automática: su salida inmediata de la Unión y su consideración como un «país tercero», respondiendo así al informe publicado por el Consejo Asesor para la Transición Nacional según el cual Cataluña seguiría vinculada a la UE por razones de «lógica y pragmatismo».

Como apreciamos desde el punto de vista jurídico de la Unión Europea una hipotética independencia de Cataluña sería inconcebible que se convirtiera en Estado miembro de forma automática, tendría que cumplir los requisitos determinados como el hecho de ser ya miembro de Naciones Unidas y otros de carácter económico-financiero, además que tendría que contar con la unanimidad de los Estados miembros

14. MANGAS MARTIN, A. 2011: «Kosovo y Unión Europea una secesión planificada». *REDI*, 2011, vol. LXIII I: 106. «... la segunda afirmación es implícita, no hay reconocimiento por parte de la UE, lo que evidencia el disenso conocido de cinco Estados miembros que no estaban dispuestos a reconocer que la Declaración Unilateral de Independencia era un acto de Asamblea de Kosovo que violaba la Resolución 1244. Por ello, se afirma que cada Estado, en su calidad de Estado soberano adoptará la postura que estime pertinente».

15. Declaración en el Período Oficial de la Unión Europea del 3 de abril de 2004 CE84/0492 ante la pregunta P-0524 de Eluned Morgan, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2004:084E:FULL&from=EN#CE2004084ES.01032101.doc>.

de la UE y vemos difícil que el Estado español, que tendría derecho de veto en dicho asunto, aprobara tal adhesión.

### 2.3. Antecedentes y breve reseña del derecho a la autodeterminación en el debate constituyente

Si hacemos una revisión de la Constitución española de 1978 no hallamos ningún artículo de ésta que se refiera al derecho a la autodeterminación, concluyendo entonces que ese derecho no está reconocido en la Constitución española de 1978. Además, tal como lo hemos explicado anteriormente, si bien España ha ratificado los Pactos Internacionales que son tratados vinculantes que contienen dicho derecho a la autodeterminación y en virtud de los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución española constituyen derecho español, sin embargo, dicho derecho no constituye derecho fundamental y es solo reconocido de manera restringida por la vía de la interpretación, además que adolece de falta de contenido según dichos Pactos al no haberse proporcionado los mecanismos pertinentes, dejando a la práctica internacional su configuración. En consecuencia, aun existiendo un tratado vinculante en este tema no parecería tener aplicación en España, por lo antes mencionado.

A nivel constitucional internacional encontramos este derecho a la autodeterminación expresamente insertado en la Constitución de Etiopía<sup>16</sup>, sin embargo, este derecho no aparecería en ninguna otra Constitución del mundo.

En este rubro hemos querido conocer los antecedentes de este derecho a la autodeterminación en el debate constituyente para la elaboración de la Constitución española y si se presentó algún planteamiento de incorporar dicho derecho en la Carta magna española. Al revisar los antecedentes hubo algún debate en torno a la autodeterminación como así lo afirma Roberto VICIANO PASTOR<sup>17</sup>, incluso se propuso una enmienda propuesta por el senador vasco Sr. Monreal Zia al artículo 1.1 del Proyecto de la Constitución proponiendo adicionar y poner expresamente el texto siguiente: «La Constitución acepta el principio de que la ordenación presente y futura del Estado se sujetará a lo previsto en los artículos 1 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas y al artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966»<sup>18</sup>. Se quería introducir el

16. El artículo 39 de la Constitución de la República Federal Democrática de Etiopía. «1. Cada Nación, nacionalidad y pueblo en Etiopía tiene un derecho incondicional a la autodeterminación incluyendo el derecho a la secesión».

17. PASTOR, R. V. 1991: «El Derecho de autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: Análisis y problemática». *Revista de Derecho Político*, ISSN 0210-7562, 1991, n.º 34: 154.

18. La enmienda 1094 fue rechazada abrumadoramente en Comisión por 24 votos en contra con una abstención, en *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Constitución, 18 de agosto de 1978, n.º 39: 1576.

derecho a la autodeterminación según el derecho público internacional con las limitaciones que ya hemos indicado.

Asimismo, como afirma el mismo autor, se produjeron otros debates en relación al artículo 1.2 de la Constitución española, se presentaron diversas enmiendas que iban en la dirección de plantear un modelo en el que coexistieran diversas soberanías, lo que posibilitaría, de iure, el ejercicio del derecho a la autodeterminación, expuesto por los nacionalistas vascos, ante lo cual como dijo el mismo autor hubo silencio por parte de los nacionalistas moderados de Cataluña<sup>19</sup>.

De todo ello se desprende que, si bien hubo ciertos planteamientos para la incorporación del derecho a la autodeterminación, provinieron del sector vasco y no catalán y, en todo caso, existió un rechazo expreso y contundente de todas las fuerzas representadas a su constitucionalización como derecho de las colectividades del Estado español ya que como veremos a continuación no cumplían con los principios y valores que inspiran la Constitución española de 1978.

## **2.4. El derecho a la autodeterminación de una Comunidad Autónoma como la Comunidad de Cataluña a la luz de la Constitución española y si es compatible con los principios de ésta**

Queremos subrayar que la Constitución española no se refiere expresamente al Estado autonómico<sup>20</sup>, y han sido la doctrina y el Tribunal Constitucional los que se han referido a esta nueva forma de Estado. Es necesario mencionar la regulación constitucional de la materia (art. 2 y Título VIII) para dar con esta forma de Estado. Tampoco la Constitución impone el Estado autonómico, sino que posibilita que diferentes territorios puedan llegar a constituirse, si así lo desean, en comunidades autónomas. Es así que la Comunidad Autónoma de Cataluña se llegó a constituir.

La Constitución española reconoce el derecho a la autonomía en su artículo 2 y al mismo tiempo en esa disposición el reconocimiento de nacionalidades y regiones queda subordinada a la existencia superior de la nación española.

Analizaremos el artículo 2 de la CE que contiene aspectos importantes. En ese artículo se constitucionalizan los tres principios que rigen la forma de organización territorial del poder en España: el principio de unidad, el principio de autonomía de las regiones y nacionalidades y el principio de solidaridad. Asimismo el autor Alonso DE

19. PASTOR, R. V. «El Derecho...», *op. cit.*, 156. Como se indica en dicho artículo DSCD, Pleno 4 de julio de 1978, n.º 103: 3792.

20. CAZORLA PRIETO, L. M. 2000: *Temas de Derecho Constitucional*. Navarra: Aranzadi Editorial, 280.

ANTONIO<sup>21</sup> coincide con lo anteriormente indicado al mencionar que el artículo 2 diseña un Estado descentralizado territorialmente sobre los principios de unidad, autonomía y solidaridad.

Lo que ha buscado el constituyente español es un Estado con un componente de descentralización política traducido en el derecho a la autonomía de sus nacionalidades y regiones. Y como bien lo indicó el Tribunal Constitucional (TC) dicha autonomía es limitada, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución (STC 4/1981). El constituyente en efecto señala que la unidad del Estado español es patria común e indivisible. Asimismo, en la sentencia 25/1981 indica que el «derecho a la autonomía se da, pues, sobre la base de la unidad nacional»; por otro lado, en la sentencia 37/1981 menciona que «la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos».

La Constitución entonces se fundamenta en la unidad de la nación española, significa que ese principio de unidad tiene prevalencia respecto a otros principios como son la autonomía y solidaridad, es decir, la base es la unidad nacional y la manifestación de ese principio es la soberanía nacional atributo exclusivo del pueblo español (art. 1.2 de la CE) y no de cada uno de sus territorios, tal como lo anotan los autores Enrique ÁLVAREZ CONDE y Rosario TUR AUSINA<sup>22</sup>. Otro aspecto del artículo 2 a considerar es la indisoluble unidad de España, patria común e indivisible de todos los españoles, es decir, estamos anotando el principio de indivisibilidad de la Nación, que se puede deducir de forma clara, que se prohíbe cualquier posibilidad de ruptura interna. Y como último aspecto podemos citar el derecho a la autonomía al garantizar ese derecho de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas, el mismo que se sujeta al dictado de la Constitución española. Dichos aspectos han sido recogidos igualmente por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ<sup>23</sup>, quien también conecta el artículo 2 de la CE con el art.1.2 de la CE.

El reconocimiento que hace Cataluña en el Preámbulo de su Estatuto al artículo segundo de la Constitución de considerarse nacionalidad, así como el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que se pronunció en su sentencia 31/2010 de 28 de junio, en el que aclara que Cataluña queda como una «nacionalidad» y no como una «nación» en su aspecto jurídico interpretativo, apreciamos que se le reconoce entonces a dicha comunidad autónoma, sin duda alguna, ser parte de la «indisoluble unidad de la

21. ALONSO DE ANTONIO, A. L. y J. A. 2006: *Derecho Constitucional Español*. 4.ª edición. Madrid: Editorial Universitas, S.A.: 163.

22. ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. 2013: *Derecho Constitucional*. 3.ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 776.

23. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. 2004: *Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Dykinson, 247.

nación española» y no cabría en dicho contexto ninguna posibilidad del derecho a la autodeterminación o secesión unilateral de dicha comunidad.

Por otro lado, el exmagistrado del Tribunal Constitucional RODRÍGUEZ ZAPATA<sup>24</sup> vinculó dicho artículo 2 a otro artículo de la CE y señaló:

que los pueblos o las nacionalidades históricas de España carecen de poder constituyente resulta del artículo 145.1 de la Constitución. Este precepto al prohibir la federación de comunidades autónomas, excluye todas las visiones que tratan de configurar nuestra Constitución como fruto de un pacto o un contrato entre los diversos pueblos de España. En los debates de la Constitución se reconoció expresamente que el artículo 145.1 tiene el significado de aclarar que las Comunidades autónomas no son portadores de la soberanía ni de un derecho a la autodeterminación que les consienta celebrar alianzas políticas entre sí al margen de la Constitución.

Observamos que dicho autor en virtud de la interpretación de dicho artículo concluye que las comunidades autónomas, si bien tienen cierta autonomía, no son portadores de la soberanía y les niega claramente el derecho a la autodeterminación.

Por otro lado, si analizamos el art. 1.2 de la Constitución española que consagra que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, entonces podemos afirmar que la soberanía nacional reside en el pueblo español y no en cada una de sus comunidades autónomas y al respecto siguiendo este razonamiento los constitucionalistas ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA indican que en este sentido:

parece impedir el reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación. Asimismo dichos autores, manifiestan que en esta materia, al menos existen 2 límites establecidos por el poder constituyente uno, consistente en el rechazo del *ius secesionis* y, otro, la afirmación de que el titular del poder constituyente es únicamente el pueblo español y no los posibles pueblos o naciones que pudiera integrarse en la organización política diseñada por aquel. Por ello, planteamientos tales como los realizados por los parlamentos catalán y vasco en 1989 y 1990 y recientemente por el catalán en 2013, las posturas mantenidas por determinadas fuerzas políticas nacionalistas, así como los intentos habidos en otras comunidades autónomas que no llegan a formalizarse deben ser considerados como declaraciones de voluntad sin ningún efecto jurídico<sup>25</sup>.

Es más contundente el autor Javier PÉREZ ROYO<sup>26</sup>, quien indica que «a fin de evitar malentendidos, conviene subrayar que el principio de unidad como límite del derecho

24. RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. 1988: «Comentario al artículo 145». En Ó. Alzaga (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, tomo XI. Madrid: Edersa, 64.

25. ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. 2013: *Derecho...*, op. cit., 778

26. PÉREZ ROYO, J. 2007: *Curso de Derecho Constitucional*. 11.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 864.

a la autonomía, no supone que el Estado tenga que ser un Estado unitario en el sentido que se le da a esta expresión en contraposición a la de Estado federal, sino quiere decir simplemente que dentro de la Constitución no cabe que ninguna nacionalidad o región pueda constituirse como Estado independiente. Autonomía, sí; independencia, no. Esto es lo que significa unidad en el art. 2 de la Constitución».

Quisiéramos también hacer mención a la importancia del art. 9.1 de la Constitución española, el mismo que establece: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». En efecto, esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo que afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos entre ellos las Comunidades Autónomas, cuya autonomía debe respetar los dictados de la Carta Magna española.

Es evidente que la Constitución, si bien reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades, el Estado español es un Estado descentralizado donde la soberanía es nacional y el poder constituyente es el pueblo español, y dentro de este marco no se le otorga entonces un derecho de autodeterminación a dichas nacionalidades. Además que están sometidas a la Norma Fundamental española.

Así, toda iniciativa política que, en esencia, conlleve la división de España es necesariamente inconstitucional en tanto en cuanto no se reforme previamente la Norma Fundamental, punto que examinaremos posteriormente.

### 3. EL DERECHO A DECIDIR COMO CONSULTA AUTONÓMICA DENTRO DEL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL REFERÉNDUM

¿Se debería autorizar un referéndum en Cataluña para que los catalanes pudieran expresar su deseo de independencia o autodeterminación? Al respecto analizaremos dentro del marco de la Constitución si esa posibilidad se podría dar.

Para resolver esta interrogante planteada apreciaremos qué tipo de consultas populares o tipos de referenda existen en la Carta Magna, los mismos que han sido desarrollados aunque someramente por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. En efecto, los autores Enrique LINDE PANIAGUA y Miguel HERRERO LERA<sup>27</sup> nos indican que pueden distinguirse en la Constitución las siguientes modalidades de referéndum: uno consultivo (art. 92); autonómico o de iniciativa autonómica (integrado, a su vez, por cuatro subtipos: A) referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria

27. LINDE PANIAGUA, E. y HERRERO LERA, M. 1979: «El Referéndum en la Constitución Española de 1978». *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, UNED, 1979, n.º 3: 29.

segunda (art. 151-1); B) referéndum para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2); C) referéndum para modificar los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas que hayan seguido la vía rápida (art. 152-2), en otras palabras, en virtud a dicho artículo se refiere a los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, que fueron aprobados por el procedimiento del art. 151 CE y solo podrán ser «modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes»; y D) referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (disposición transitoria cuarta); para la reforma constitucional (que se integra en dos clases reguladas, respectivamente, en los artículos 167 y 168), y municipal, implícitamente previsto en la Disposición Adicional de la LO 2/1980 y regulado en la LBRL (Ley de bases del régimen local) tal como lo afirma el autor FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN<sup>28</sup>.

Queremos mencionar que hemos revisado la Ley Orgánica 2/1980 de 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum, sin embargo, no desarrolla adecuadamente el contenido de los diferentes tipos de referendos, ya sea por el papel secundario que estos han tenido en España y el escaso interés que los partidos políticos han demostrado hacia esta figura o por los problemas suscitados en los casos independentistas vasco y catalán. De hecho, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, nació con el propósito concreto de poder convocar el referéndum andaluz de iniciativa autonómica y al parecer fue aprobada con gran rapidez y sin una profunda reflexión.

Al revisar el Estatuto de la Comunidad de Cataluña de 2006, observamos el artículo 122 de dicho cuerpo legal, artículo referido a la consulta, el que señala que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución. En este caso es necesario indicar que dicho artículo fue interpretado de manera restringida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010, donde indica que la excepción considerada en el artículo 149.1.32 de la CE se extiende a la institución del referéndum en su integridad y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria (FJ 69), con ello ha ido más allá del *plan Ibarretxe* que vemos más adelante al cerrar toda posibilidad de referéndum en aquel art. 122 EAC. Por otro lado, dicha sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional también dejaría invalidada la Ley catalana 4/2010 de 17 de marzo de 2010 de consultas populares por vía de referéndum

28. BALAGUER CALLEJÓN, F. 2011: *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I. 6.ª edición actualizada. Madrid: Editorial Tecnos, 258



(pendiente de pronunciamiento por parte del TC), que podría haber significado un referéndum autonómico, sin embargo, al afectarse su eficacia por dicha sentencia (STC 31/2010) no tendría mayor relevancia. En el mismo sentido consideramos, dejaría sin efecto parte de la reciente Ley de Cataluña 10/2014 de 26 de setiembre de 2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y el Decreto 129/2014, que en estos momentos están pendientes de pronunciamiento por el Alto Tribunal.

Como apreciamos permite a dicha Comunidad Autónoma ciertas consultas pero estaríamos refiriéndonos a encuestas, audiencias públicas, foros de participación y otros instrumentos de consulta popular en el ámbito de su competencia, pero no así cuando se trata del artículo 149.1.32 de la CE, que determina que el referéndum consultivo es de competencia exclusiva del Estado, como es el caso tratándose de una consulta sobre el derecho de autodeterminación que es lo que la Generalitat plantea.

Analizaremos además de manera concisa el referéndum consultivo contenido en el artículo 92 de la Constitución y observaremos si cabe el derecho a decidir dentro de dicho marco.

El referéndum consultivo se compone de tres fases, propuesta del presidente de Gobierno, autorización del Congreso de los Diputados (con mayoría absoluta según el art. 6 de la LO 2/1980) y convocatoria formal del Rey en virtud al art. 92 de la CE. Está claro que la Comunidad Autónoma entonces no tiene competencia alguna al respecto y como observamos es evidente que la iniciativa corresponde en exclusiva al presidente del Gobierno, la misma que será controlada por el Congreso de los Diputados, que no solo tiene que aprobarla expresamente, sino que tiene que hacerlo además por mayoría absoluta y en cuanto a la intervención del Rey es formal aunque necesaria.

Además quisiéramos referirnos al tema de objeto de la consulta: «las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos». Al respecto el autor Enrique LINDE PANIAGUA al que hace referencia Joan OLIVER ARAUJO<sup>29</sup> indica que «a nuestro juicio, los constituyentes consagraron conscientemente un concepto jurídico-político indeterminado, que evidencia el deseo de dejar en el convocante un margen de libertad de extraordinaria amplitud».

Como observamos el objeto de la consulta es realmente amplio en lo que se refiere a decisiones políticas de especial trascendencia, en el sentido de que no se indica ningún criterio para determinar su contenido, y asimismo lo indican los autores ALONSO DE ANTONIO<sup>30</sup>, quienes señalan que se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se deja a la calificación discrecional del presidente del Gobierno, con el límite de la autorización parlamentaria.

29. OLIVER ARAUJO, O. 1989: «El Referéndum en el sistema Constitucional Español». *Revista de Derecho Político*, ISSN 0210-7562, 1989, n.º 29: 130

30. ALONSO DE ANTONIO, A. L. y ALONSO DE ANTONIO, J. A. 2006: *Derecho...*, *op. cit.*, 243.



Siguiendo entonces el análisis del referéndum consultivo el autor Javier PÉREZ ROYO<sup>31</sup>, en cuanto a su carácter formalmente consultivo indica que es un referéndum potestativo. Sin embargo, otros autores le darían el carácter vinculante como precisan TORRES DE MORAL<sup>32</sup> y LÓPEZ GUERRA, que le darían el carácter vinculante al referéndum del art. 92 de la CE, esos poderes públicos no podrían articular la decisión política en un sentido contrario y ni siquiera distinto de lo que haya aprobado el pueblo en referéndum, como titular de la soberanía. Aunque esta posición es minoritaria de darle el carácter vinculante a dicho referéndum pues la doctrina mayoritaria le niega dicha calidad.

Entonces dentro del marco del artículo 92 en lo concerniente al referéndum consultivo conforme lo hemos evaluado, ¿se podría considerar la propuesta de la consulta sobre la autodeterminación de Cataluña?

En primer lugar, tal como lo hemos anotado la iniciativa no puede corresponder a una Comunidad Autónoma, y además la competencia para autorizar dicho referéndum consultivo corresponde en exclusiva al Estado y la convocatoria solo puede hacerla el Rey, a propuesta del presidente de Gobierno y con aprobación del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. En cuanto al contenido de la consulta, si bien tiene una amplitud el artículo 92 de la CE al referirse a «cuestiones políticas de especial trascendencia», pero a TODOS los ciudadanos, en ese sentido sería incompatible con la consulta de Cataluña referido solo a la población de dicha Comunidad Autónoma. Por otro lado, siguiendo el análisis del contenido del referéndum dentro del marco de dicho artículo, creemos que una consulta sobre el derecho de autodeterminación de Cataluña bajo dicho concepto amplio como es «cuestiones políticas de especial trascendencia» éstas serían determinadas por quienes tienen la iniciativa de su convocatoria, quienes determinarían su ámbito de aplicación. Además que, analizando los puntos anteriores del presente trabajo, habíamos ya concluido que un derecho a la autodeterminación o secesión unilateral de una comunidad autónoma no cabe dentro del marco de la Constitución, por lo que creemos que una consulta sobre dicha posibilidad definitivamente quedaría descartada.

En efecto, la consulta de una Comunidad Autónoma debe ceñirse a su ámbito de aplicación y no enmascarar una consulta popular por vía de referéndum de competencia exclusiva del Estado, por lo que ante dicha situación es necesario la autorización del Estado. Ello se desprende de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencia 103/2008 del 11 de septiembre de 2008, a la que hace referencia Francisco BALAGUER CALLEJÓN<sup>33</sup>. Es así, que, de acuerdo al comentario anterior y asimismo al revisar dicha sentencia, el Tribunal fue contundente al anular la consulta soberanista que el Gobierno

31. PÉREZ ROYO, J. 2007: *Curso de Derecho...*, op. cit., 545

32. ALONSO DE ANTONIO, A. L. y ALONSO DE ANTONIO, J. A. 2006: *Derecho...*, op. cit., 243.

33. BALAGUER CALLEJÓN, F. 2011: *Manual de Derecho...*, op. cit., 258.

vasco pretendía llevar a cabo en dicha fecha. El Tribunal consideró que la población (vasca, en ese caso) si quiere separarse de España implica, de hecho, la «redefinición del orden constituido» y del «fundamento mismo del orden constitucional»; es decir, altera la base esencial de la Constitución, que consiste en que la soberanía reside en el conjunto del pueblo español y que la unidad de España es indisoluble. Esa «redefinición del orden constituido», proseguía la sentencia, puede hacerse, pero solo por un cauce: la reforma de la Constitución. No con un mero referéndum a la población.

Como apreciamos en dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional está claro que descartaba que una autonomía pudiera convocar por sí sola una consulta de ese tenor.

Asimismo, en la misma línea el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña recientemente con fecha 25 de marzo de 2014 y, en dicha sentencia, se descarta contundentemente que «en el marco de la Constitución una comunidad autónoma pueda unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España».

Agrega dicho Tribunal que a dicha conclusión se llegó también en el caso del Tribunal Supremo de Canadá (al que por cierto hacen referencia constantemente los catalanes y al que nos hemos referido en la primera parte de nuestro estudio) en su pronunciamiento de 20 de agosto de 1998, donde se rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de las provincias tanto de acuerdo a su Constitución como a los postulados del Derecho Internacional.

Como observamos de todos los argumentos vertidos dentro del marco de la Constitución española no cabe pues esa posibilidad de convocar unilateralmente un referéndum de autodeterminación para decidir una posible secesión de una Comunidad Autónoma del resto de España.

Además que en la historia de la Constitución española han sido pocas las ocasiones que se ha dado tal situación en las que se han convocado referenda consultivos por lo que deducimos que es difícil que se lleve a cabo aun en condiciones que estén dentro de su ámbito de aplicación; siguiendo al autor Francisco BALAGUER CALLEJÓN<sup>34</sup> indica que hasta el momento se han celebrado en España dos referenda consultivos. En el primero, en 1986, se sometió a referéndum la decisión política del Gobierno de permanecer o solicitar la salida de la OTAN; en el segundo, celebrado en 2005, se ha sometido directamente al cuerpo electoral la posible ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

En consecuencia, podemos concluir que las instituciones catalanas no tienen la competencia para convocar ni menos llevar a cabo un referéndum de autodeterminación de manera unilateral desde el punto de vista constitucional.

34. BALAGUER CALLEJÓN, F. 2011: *Manual de Derecho...*, op. cit., 258.

### 3.1. *Análisis de la Declaración de Soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña a la luz del texto constitucional y teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional número 42/2014 del 25 de marzo de 2014*

Evaluaremos brevemente en el presente punto la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña que fue aprobada por la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, y asimismo revisaremos la sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014 del 25 de marzo de 2014 que se pronuncia sobre dicha declaración tomando en cuenta los argumentos ya vertidos en el presente trabajo.

El texto aprobado por el *Parlament* el 23 de enero de 2013 establecía en su primer artículo, denominado «soberanía», que «el pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano».

Al respecto, el Tribunal Constitucional es contundente al señalar que solo el pueblo español es soberano en virtud del art. 1.2 de la CE, atributo que no puede corresponder al pueblo de una Comunidad Autónoma.

Al respecto, queremos mencionar que hemos analizado por otro lado la STC 103/2008, y en dicha sentencia el Tribunal hace referencia igualmente al artículo 1.2 señalando que la consulta de los ciudadanos en el País Vasco infringía dicho artículo de la CE, por reconocerse un nuevo sujeto soberano al margen del pueblo español.

Por lo que apreciamos, es claro que no se puede considerar que el pueblo de Cataluña es un sujeto político y jurídico soberano por las razones esgrimidas por el TC, así como nuestros comentarios y sobre todo no se puede ignorar el alcance del artículo 1.2 de la Constitución española, que define como titular de la soberanía nacional al pueblo español. El Tribunal Constitucional asimismo, en lo referente al artículo primero de dicha declaración en la que se reconoce al pueblo de Cataluña soberano, indica que ello resulta además incompatible con el art. 2 de la CE. Por otro lado, hemos podido observar que en la STC 103/2008 también concluía señalando que la ley autonómica de la consulta intentada vulneraba el art. 2 de la CE, es decir, era contraria a los principios de unidad y autonomía definidos por dicho artículo tal como lo ha anotado el TC en la presente sentencia, así como lo hemos evaluado en el punto pertinente del presente trabajo.

Consideramos que, en efecto, dicha Comunidad Autónoma en el preámbulo de la Resolución que contiene la declaración a la que hacemos referencia afirma que se fundamenta en los derechos históricos del pueblo catalán pero como dice el pronunciamiento del TC tajantemente, y al que mostramos nuestra opinión concordante, en el que el Estado Autonomo se asienta dentro del marco de la Constitución y esos derechos históricos siempre se deben al poder constituyente.

Otro aspecto importante que pone de manifiesto el TC es la afirmación categórica de que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España.

Al respecto, tal como lo analizábamos en el punto anterior del presente trabajo no se podría realizar un referéndum consultivo establecido por el artículo 92 de la CE tanto en la forma como en el fondo, pues la iniciativa no la tiene la Comunidad Autónoma para este tipo de consulta referida a la autodeterminación, ya que no está dentro de su competencia (competencia exclusiva del Estado según art. 149.1.32 CE) y si bien la Comunidad Autónoma de Cataluña puede celebrar consultas populares de conformidad al artículo 122 de su Estatuto, está limitado a su ámbito de competencia que no incluye dicho tema.

Entonces, el TC resuelve que la cláusula primera de la Declaración de que «el pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano» debe considerarse nula e inconstitucional y menciona que ello es contrario a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC, así como en relación con ellos, a los arts. 9.1 y 168 CE; asimismo tal como mencionáramos dicho Tribunal afirmó categóricamente que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España.

Consideramos que el aspecto de la sentencia en cuanto al derecho a decidir el Tribunal Constitucional lo considera como una aspiración política y ésta deberá encauzarse de conformidad con la Constitución con los nueve principios enunciados por ellos como legitimidad democrática, pluralismo, legalidad, transparencia, diálogo, cohesión social, europeísmo, participación y papel principal del Parlamento. Hasta ahí parecería que sería la vía, pero sólo como dice el Tribunal Constitucional que el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución.

Como apreciamos, si bien la aspiración política así manifestada por parte de la Comunidad Autónoma Catalana sería adecuada, no creemos que ello haya sido así, en efecto, nos parece que en el derecho a decidir se encierra el derecho a la autodeterminación. En efecto, el comportamiento de dicha Comunidad Autónoma tanto a nivel nacional como internacional en diferentes foros y además su insistencia en llevar a cabo dicha consulta a pesar de la decisión del Tribunal Constitucional nos hace ver que se esconde dicho deseo de independencia, al margen de la Constitución.

Como ya lo hemos mencionado en este punto estamos de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que el derecho a decidir como aspiración pueda ser defendible, pero siempre si ello se hace dentro del marco de la Constitución y la actual no lo recoge. Y somos de la opinión concordante con el TC de que mientras no se modifique la vigente Constitución los portadores de ese derecho son los sujetos en los que reside la soberanía nacional, es decir, el pueblo español.

Y así el TC lo ha enunciado contundentemente y al respecto estamos de acuerdo, que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma como la de Cataluña no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España.

Finalmente, la sentencia concluye diciendo que el planteamiento de modificaciones del orden constitucional tiene cabida en el ordenamiento español siempre que se realicen, en todo caso y de manera inexcusable, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución previstos en la misma.

### **3.2. Ley de Cataluña 10/2014 y Decreto 129/2014, a través del cual convoca la consulta soberanista del 9N: recursos de inconstitucionalidad del Gobierno español ante el Tribunal Constitucional contra dichos preceptos autonómicos y suspensión del TC de dichos preceptos autonómicos**

Con fecha 27 de setiembre de 2014 fue publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, la Ley de Cataluña 10/2014 de 26 de setiembre de 2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. Dicha proposición de ley fue aprobada por el Parlamento de Cataluña el 19 de setiembre de 2014. Asimismo, con fecha 27 de setiembre el presidente de la Generalitat firmó el Decreto 129/2014, a través del cual convoca la consulta soberanista del 9N<sup>35</sup>. Teniendo en cuenta la ley y decretos antes anotados de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Gobierno invocó la necesaria intervención del Consejo de Estado, que emitió un dictamen preceptivo por unanimidad con fecha 28 de setiembre de 2014 favorable a la interposición de un recurso de inconstitucional contra determinados preceptos de la Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de setiembre, y el decreto de convocatoria de la consulta soberanista<sup>36</sup>. Los argumentos vertidos en dicho informe coinciden con nuestro razonamiento a lo largo de todo el presente trabajo en el sentido de que no es posible llevar a cabo dicha consulta el 9 de noviembre (que a través de la ley y el decreto antes mencionado se trataría de enmascarar lo que en realidad es un referéndum). En efecto, estamos de acuerdo con lo indicado por el alto organismo asesor que concluyó que el Govern de Catalunya no tiene la capacidad de convocar consultas para que una parte de la población española, en este caso de Cataluña, se pronuncie sobre un asunto

35. Con fecha 27 de setiembre de 2014 se publica en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC)* el Decreto 129/2014, de 27 de setiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

36. Ver Dictamen emitido por el Consejo de Estado en los expedientes número: 964/ 2014 y 965/2014, Presidente del Gobierno.

como la soberanía, que afecta a todos los españoles; excede pues de las competencias autonómicas de ámbito territorial limitado, afectando el orden constitucional establecido y vulnerando los arts. 1.2 y 2 de la CE. Además que la consulta presenta los elementos configuradores típicos de un referéndum que excede de las competencias autonómicas, y hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional teniendo en cuenta las sentencias del TC 103/2008 *Plan Ibarretxe*, la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña y, por último, la sentencia 42/2014 en la que el Tribunal ya advirtió que «en el marco de la Constitución una comunidad autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir su integración en España».

Así con fecha 29 de setiembre de 2014 el Consejo de Ministros del Gobierno de España interpuso dos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC) contra determinados preceptos y disposiciones de la Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de setiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana (Ley de Consultas), concretamente contra el Título II y las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales de dicha ley<sup>37</sup> y contra el Decreto 129/2004, de 27 de setiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña (Decreto de convocatoria), el mismo que venía amparado y habilitado legalmente por la Ley de Consultas<sup>38</sup>.

Es interesante lo que indica el Gobierno como fundamento, que se basa en el Dictamen del Consejo de Estado, que el Govern de Cataluña ha pretendido con dicha consulta esconder un referéndum, cuando en realidad se estaría consultando al cuerpo electoral a través de un procedimiento electoral: «Es un auténtico referéndum con independencia del nomen iuris utilizado y abstracción hecha de la cobertura formal utilizada para encubrirlo»<sup>39</sup> y en consecuencia se cumplen los requisitos que el TC estableció en la STC 103/2008, de 11 de setiembre de 2008, donde declaró inconstitucional el *Plan Ibarretxe* que, mediante una Ley autonómica, pretendía realizar una consulta no vinculante, entendiéndose que la potestad de regulación y autorización de los referendos corresponde al Estado, de acuerdo con el art. 92 y 149.1.32.<sup>a</sup> de la Constitución española, la Ley Orgánica 2/1980 que regula las distintas modalidades de

37. El 30 de setiembre de 2014 se publica en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* el recurso de inconstitucionalidad núm. 5829-2014, contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de setiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

38. El 30 de setiembre de 2014 se publica en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* la impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) núm. 5830-2014, contra el Decreto del presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de setiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos.

39. Parte introductoria de los fundamentos de derecho del recurso de inconstitucionalidad n.º 5829-2014 de 29 de setiembre de 2014.

referéndum y por la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General. Por otro lado, señala el Gobierno que con dicha convocatoria de referéndum se pretende alterar la atribución de la soberanía nacional, que corresponde al pueblo español, y la indisolubilidad de la Nación española, todo de conformidad con los términos recogidos en los arts. 1.2 y 2 de la CE y menciona concretamente que de la propia promulgación del Decreto n.º 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de un referéndum cuya pregunta versa sobre si Cataluña ha de ser un Estado independiente.

Es importante también destacar que el Gobierno no impugna la parte relativa a la referencia que se hace a otras formas de participación como las audiencias públicas y los foros de participación, en la medida en que constituyen el ejercicio de la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma de Cataluña en el artículo 122 de su Estatuto y, consecuentemente, el Título III de la Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, y considera aquellas formas de participación dentro del marco del artículo de dicha norma autonómica que la Generalitat sí tiene competencia en lo referente a «aquellas mediante las cuales se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos de los que cualifican una consulta como referéndum»<sup>40</sup>. Como apreciamos los fundamentos justificados por el Gobierno coinciden con nuestros argumentos a lo largo del presente trabajo.

Por otro lado, quisiéramos subrayar que el Gobierno de Cataluña ha insistido en que se trataría de una consulta conforme a lo indicado por el art. 122 EAC y se enmarcaría dentro del ámbito de su competencia, que la consulta sólo pretende conocer un determinado estado de opinión sobre una determinada cuestión política. Al respecto, dicha posición consideramos que es contraria a lo que hemos expuesto en el presente trabajo sobre la interpretación restringida del art. 122 EAC realizada por la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010 que no acepta un referéndum, la STC 103/2008 del *Plan Ibarretxe* indicando que dicho referéndum debe ser autorizado por el Estado según el artículo 149 CE y la reciente sentencia del TC 42/2014 de 25 de marzo de 2014 en la que se pronunció de manera negativa dentro del marco de la Constitución respecto a que una Comunidad Autónoma no puede en forma unilateral convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España. Y por lo que hemos observado dicha ley y decreto pretenden convocar una consulta en la que estarían implicados solo los ciudadanos de Cataluña, a través de las urnas y censo electoral utilizando los órganos de la Administración Pública y sobre el tema de autodeterminación, vulnerando tanto la Constitución española como su propio Estatuto.

El Tribunal Constitucional acordó, el 29 de septiembre de 2014, la admisión a trámite de los dos recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno español

40. Conclusión decimocuarta del recurso de inconstitucionalidad n.º 5829-2014 de 29 de septiembre de 2014.



e hizo referencia a la invocación por parte del Gobierno del art. 161.2 de la Constitución (CE) por lo que se ha producido la suspensión, que no nulidad, de las disposiciones impugnadas, pero el TC debe «ratificarla o levantarla» en un plazo que no podrá exceder de 5 meses.

Como apreciamos es un caso de suspensión de las disposiciones de carácter autonómico recurridas y el Tribunal Constitucional tiene 5 meses para pronunciarse si las ratifica o las levanta. En consecuencia, la Generalitat de Cataluña no puede realizar la consulta como referéndum ya que el decreto de su convocatoria y la ley catalana que sirve de base para su realización están suspendidas.

Consideramos, en consecuencia, que la consulta del 9N planteada por la Generalitat de Cataluña al margen de la suspensión adoptada por parte del TC (que por cierto debe respetarse) no tiene base legal, ni por la nueva Ley de Cataluña 10/2014 de 26 de septiembre de 2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, ni por la ley anterior de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares vía referéndum, ni de acuerdo al art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y menos dentro del marco de la Constitución por los argumentos antes mencionados. Y somos de la opinión de que el Tribunal Constitucional se pronunciaría de acuerdo a la ya citada jurisprudencia y no admitiría que dentro del marco de la Constitución una comunidad autónoma pueda unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir su integración en España.

### **3.3. Consulta alternativa de 9 de noviembre llevada a cabo por el Govern de Cataluña**

El 31 de octubre de 2014 el Gobierno acordó impugnar las actividades de la Generalitat de Cataluña encaminadas a realizar una consulta alternativa (dejando de lado el referéndum oficial) ante el Tribunal Constitucional basándose en el Informe aprobado el 30 de octubre de 2014 por el Consejo de Estado, indicando que dicha «consulta alternativa está convocada para la misma fecha con la misma pregunta, las mismas papeletas y las mismas urnas». Con fecha 4 de noviembre de 2014 el Tribunal Constitucional admitió a trámite por unanimidad el escrito de impugnación de disposiciones autonómicas y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia presentado por el Gobierno contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria de un «proceso de participación ciudadana el 9 de noviembre», conocido como consulta alternativa y el TC acordó asimismo la suspensión de dichas actuaciones o actos preparatorios de la llamada consulta alternativa<sup>41</sup>. La Generalitat de Cataluña

41. Con fecha 5 de noviembre de 2014 el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* publica la providencia del Tribunal Constitucional (TC) por la que admite a trámite el recurso del Gobierno



presentó el 4 de noviembre de 2014 un recurso contencioso-administrativo contra la decisión del Gobierno de impugnar ante el Tribunal Constitucional su convocatoria, ante el Tribunal Supremo, alegando que esa decisión vulneraba los derechos de participación, de libertad de expresión y de libertad ideológica. Y pidió de manera cautelar que el Tribunal Supremo interviniera suspendiendo a su vez la decisión del Gobierno<sup>42</sup>. El recurso fue rechazado por el Tribunal Supremo.

Al respecto, a pesar de dichos acontecimientos y de la suspensión acordada por el TC, por unanimidad, se llevó a cabo en Cataluña una consulta alternativa el día 9 de noviembre de 2014. En realidad, esta suerte de consulta alternativa no se sitúa como un verdadero referéndum siguiendo el concepto de referéndum extraído de la sentencia del TC 103/2008 de 11 de setiembre de 2008 *Plan Ibarretxe*, pues no se refiere a recabar el parecer del cuerpo electoral, tampoco se da un procedimiento electoral basado en el censo y gestionado por la Administración electoral, ni está asegurado con garantías jurisdiccionales específicas como lo relatado en dicho evento por los medios de comunicación, quienes manifestaron que en dicha consulta alternativa no figuraba un presidente oficial de mesa, ni un organismo para la resolución de quejas, ni el voto fue secreto ya que no había cabinas de votación en varios centros, además de que se advirtieron casos de «electores votando más de una vez en los colegios habilitados para ello», etc.

Por otro lado, no es fácil tampoco situar dicha consulta como un proceso de participación ciudadana de la comunidad catalana pues es la Generalitat la que la organiza y pone a disposición todos sus medios materiales y hasta utilizan centros educativos públicos, si bien legalmente no hay voto pues no hay un censo electoral, ni las autoridades públicas la ejecutan y no se puede considerar como un verdadero referéndum, aunque la consulta mantiene las dos preguntas relacionadas con la autodeterminación. Es a mi punto de vista algo debatible pues no cumple completamente los dispositivos de proceso de participación ciudadana de la Ley 10/2014 de 26 de septiembre ya que no es exactamente una encuesta, tampoco audiencia pública o foro de participación, pero sí cumpliría algunos trazos de dicha ley (que por cierto sus preceptos son muy amplios y no define sus términos de forma clara y precisa) al buscar recabar una opinión de los ciudadanos con relación a una cuestión determinada.

Creemos que la Generalitat ha querido mantener dicha consulta como proceso de participación ciudadana para evitar que sea cuestionable competencialmente por los argumentos antes expuestos. Sin embargo, aun así, hay que tener en cuenta la

---

contra el «proceso de participación ciudadana» previsto para el 9N y lo suspende cautelarmente durante un período de cinco meses.

42. Recurso presentado por la Generalitat de Cataluña obra en el Expediente n.º 905/2014 ante el Tribunal Supremo Sala de lo contencioso-administrativo séptima.

decisión del Tribunal Constitucional que acordó la suspensión de dichas actuaciones o actos preparatorios de la llamada consulta alternativa, la misma que no debió realizarse.

En consecuencia, consideramos que dicha consulta alternativa a pesar de no constituir un referéndum en sentido estricto no debió ejecutarse y debió más bien acatarse la decisión del TC de suspensión de dichas actuaciones preparatorias de la referida consulta. En los momentos actuales se está a la espera de la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que admitió a trámite la querrela de la Fiscalía por la comisión de 4 delitos: desobediencia, prevaricación, malversación y usurpación de funciones, que acusaban al presidente de la Generalitat, a la vicepresidenta y a la consejera de Educación por la convocatoria de la consulta del 9N, así como otras querellas contra dichas autoridades.

#### 4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO UNA POSIBLE VÍA A LA ASPIRACIÓN DE AUTODETERMINACIÓN DEL PUEBLO CATALÁN

Como hemos apreciado a lo largo del presente trabajo, el derecho a decidir (consideramos que encierra más bien el derecho a la autodeterminación) anunciado por la Comunidad Autónoma de Cataluña no es un derecho fundamental reconocido por la Constitución española y la consulta convocada por la Generalitat de Cataluña no cumple con los presupuestos del referéndum consultivo del art. 92 de la CE ni es una consulta dentro del ámbito de aplicación de esa Comunidad Autónoma de conformidad con su EAC y según la Constitución española. Además que ni la Ley Orgánica 2/1980 hace referencia específicamente a esa consulta autonómica, sino que incluye unos subtipos de referendos autonómicos sobre la creación de las Comunidades Autónomas, elaboración y modificación de sus Estatutos (art. 151, 152 de la CE) y tampoco se trata de un referéndum municipal. En vista de ello, y tal como lo propone el Tribunal Constitucional en la sentencia 42/2014 del 25 de marzo de 2014, la aspiración política de los catalanes «de decidir» unilateralmente su futuro político podría ser defendida en el marco de la Constitución solamente mediante una reforma constitucional.

Analizaremos entonces cómo podría darse dicha reforma constitucional teniendo en cuenta que ya el Tribunal Constitucional lo sugiere y bajo que parámetros, es decir, si Cataluña quiere decidir unilateralmente su futuro político, solo se podría llevar a cabo ésta a través de una reforma de la Constitución.

Sobre el particular, consideramos que el TC lo que sugiere es que la aspiración del pueblo de Cataluña requiere una reforma constitucional de forma agravada establecida por el art. 168 de la CE ya que se modificaría el fundamento mismo del orden

constitucional y a la vez indica que la iniciativa de dicha reforma constitucional le corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud a los artículos 87.2 y 166 de la CE.

Apreciamos que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene la iniciativa de la reforma constitucional y en atención al art. 87.2 de la CE tal como lo indicó el Tribunal Constitucional dicha Comunidad Autónoma deberá formular una propuesta en tal sentido y el Parlamento español deberá entrar a considerarla.

La Constitución española articula dos mecanismos de reforma, el procedimiento no agravado u ordinario del artículo 167 de la CE y el reforzado o agravado del artículo 168 de la CE.

Al respecto, en el presente caso del derecho a decidir en Cataluña (que como ya hemos hecho mención encierra más bien el derecho a la autodeterminación) requeriría modificaciones estructurales de la Constitución sobre todo de los artículos 1.2 y 2 de la CE, por lo que en atención al mismo artículo 168 de la CE es necesaria una reforma agravada o reforzada ya que afectaría a su Título Preliminar. Y no se aplicaría en el presente caso el procedimiento ordinario de reforma establecido en el art. 167 de la CE, que será utilizado, más bien, cuando se trate de revisar parcialmente cualquiera de las partes de la Constitución que no estén sometidas al procedimiento agravado.

El procedimiento parlamentario a seguir en dicha reforma se caracteriza por determinadas fases como se desprende del artículo 168, y a las que hace referencia el autor Javier PÉREZ ROYO<sup>43</sup>, quien explica el procedimiento de reforma constitucional del art. 168 de la CE aunque lo denomina revisión, entendemos que es la reforma constitucional agravada o reforzada. En esa reforma, como bien dice, se requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de cada Cámara, es decir, una mayoría considerable y además se pronunciarán sobre la conveniencia de esa reforma, si es factible. De ser el caso, dice el autor, si se aprueba por mayoría de dos tercios, las Cámaras quedan automáticamente disueltas.

Y luego se apelaría al pueblo español que, tras una campaña electoral en la que cada partido propusiese sus candidaturas legítimas, elegiría una Asamblea Constituyente, con el fin de que elaborase la nueva Constitución en virtud al art. 168.2 CE. Su texto debería ser sometido a referéndum de conformidad con el art. 168.3 CE, para la ratificación definitiva por el pueblo español. Desde el punto de vista sustancial, éste es un procedimiento realmente complejo, pero que garantiza, junto al principio democrático, el respeto de la supremacía de la Constitución y a los principios que ésta incorpora. Asimismo, el autor Francisco BALAGUER CALLEJÓN<sup>44</sup> hace un comentario sobre el carácter de esta reforma agravada de la Constitución mencionando que el procedimiento no puede ser merecedor de una valoración positiva por cuanto establece condiciones excesivamente rígidas que convierten la reforma en una operación muy

43. PÉREZ ROYO, J. 2007: *Curso de Derecho...*, op. cit., 156.

44. BALAGUER CALLEJÓN, F. 2011: *Manual de Derecho...*, op. cit., 124.

difícil de realizar en la práctica. Asimismo, el autor Pedro DE VEGA<sup>45</sup>, que critica que se establecen condiciones innecesarias (como el referéndum final, toda vez que el pueblo ya se ha pronunciado sobre la reforma en el momento de la elección de las nuevas Cortes, en la que dicho autor y otro sector de la doctrina critican la existencia de dos consultas populares). También Tomas VILLARROYA, mencionado por CAZORLA PRIETO<sup>46</sup>, denomina al procedimiento agravado de reforma de la Constitución de «rigidez rigurosa» y Pedro DE VEGA GARCÍA<sup>47</sup>, mencionando que el procedimiento agravado es considerado como un complejísimo mecanismo del artículo 168, que parece pensado para no ser nunca usado.

Se podría pensar que, en virtud del art. 168, para realizar dicha reforma constitucional se necesitaría un consenso igual o mayor que el que dio lugar a la Constitución española de 1978. También queremos agregar que hubo un informe del Consejo de Estado favorable en relación a una reforma de la Constitución relativa a cuatro modificaciones en la que hubo amplio consenso, sin embargo, permanece ahí y tal vez es debido a que el procedimiento de la reforma es todo menos sencillo: implica un amplio acuerdo de las Cámaras, unas elecciones y un referéndum.

En base a lo mencionado en los párrafos precedentes podemos observar que la aspiración de la Comunidad Autónoma de Cataluña en lo referente al derecho a decidir (o, mejor dicho, derecho a la autodeterminación) tendría que respetar el marco de la Constitución, y de poder ejercer dicha aspiración se tendría que recurrir a la vía de la reforma constitucional agravada establecida por el artículo 168 de la CE como el Tribunal Constitucional parece sugerir. En tal caso, como observamos, requeriría un fuerte compromiso y apoyo de las Cortes así como del pueblo español, que no creemos que se pueda dar en los momentos actuales, teniendo en cuenta que es un procedimiento tan rígido que ha sido algo criticado por diversos constitucionalistas.

Creemos que dicha Comunidad Autónoma debería buscar el diálogo y tratar de llegar a soluciones dentro del marco de su competencia, del respeto de la Constitución, del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que los mismos han establecido en garantía de todos los ciudadanos.

## 5. CONCLUSIONES

Consideramos que la Comunidad Autónoma de Cataluña al hacer referencia al derecho a decidir, que no existe en derecho constitucional ni en el derecho internacional,

45. DE VEGA GARCÍA, P. 1985: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 50 y ss.

46. CAZORLA PRIETO, L. M. 2000: *Temas de...*, *op. cit.*, 103.

47. DE VEGA GARCÍA, P. 1985: *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, 59.

se refiere más bien al derecho a la autodeterminación cuando afirma el deseo del pueblo catalán a la independencia en innumerables foros e incluso sus dirigentes al acercarse a las instituciones internacionales y a la comunidad internacional en su conjunto a fin de conseguir apoyo en su aspiración separatista, además de la insistencia al realizar una consulta alternativa a pesar de la suspensión del Alto Tribunal. Todo el discurso y las actitudes políticas demuestran su verdadera finalidad, por lo que es en ese sentido en el que le hemos dado significado a dicho concepto.

Se desprende en este trabajo que el derecho a la autodeterminación no es un derecho constitucional, ni más aún un derecho fundamental reconocido por la Constitución española, sino que es más bien un derecho humano consagrado en el Derecho Internacional Público. Por otra parte, de acuerdo a las previsiones de los artículos 96 CE y especialmente del art. 10.2 CE nos hemos preguntado si ese derecho de autodeterminación se podría integrar al menos en vía interpretativa en la Constitución española. Pero ni los Pactos Internacionales ratificados por España que recogen dicho derecho a la autodeterminación, y que en virtud del artículo 96.1 de la CE constituyen derecho español, le proporcionan a Cataluña el sustento necesario para su reclamo ya que no se le ha dado el contenido suficiente y menos aún cuando en virtud del art. 10.2 de la CE se les da un reconocimiento restringido en vía de interpretación.

Ahora bien, también hemos demostrado a lo largo del trabajo que el derecho de autodeterminación reconocido a nivel internacional tiene un contexto muy restringido: el contexto colonial. Incluso en el caso de que entendiéramos que el derecho de autodeterminación se reconoce en la Constitución española a tenor del artículo 10.2 CE, tendría una interpretación muy laxa de esta previsión, así concebido ese reclamo de secesión no puede ser realizado de manera unilateral por el pueblo catalán en el sentido de que no es una dependencia colonial, no ha sido sojuzgado a discriminación racial, dominio o a explotación extranjera, ni se le prohíbe participar en el gobierno del que forma parte en forma democrática en condiciones de igualdad con el resto de la población, muy por el contrario tienen niveles de participación y de gobierno en las Comunidades Autónomas instauradas en la Constitución española de 1978.

Por otro lado, no habría un contexto favorable a nivel de la UE y una hipotética independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña sería inconcebible que se convirtiera en Estado miembro de forma automática al tener que cumplir ciertos presupuestos legales obligatorios que hacen difícil tal adhesión.

Además que es claro que los derechos históricos a los que constantemente se hace referencia solo tienen su razón de ser en virtud de la Constitución española de 1978.

El derecho a la autodeterminación como el derecho unilateral de secesión de una Comunidad Autónoma son incompatibles con los principios y dispositivos de la Constitución de 1978 referidos a que la soberanía nacional reside en el pueblo español, así como que la nación española es la patria común e indivisible de todos los españoles y

el derecho a la autonomía se da, pues, sobre la base de la unidad nacional (art. 2 de la CE). Ese principio de unidad tiene prevalencia, es decir, la base es la unidad nacional y la manifestación de ese principio es la soberanía nacional, atributo exclusivo del pueblo español (art. 1.2 de la CE) y no de cada uno de sus territorios.

No hay una previsión constitucional o legal que reconozca y regule la celebración de un referéndum consultivo autonómico. Además que no está dentro de su competencia (la competencia del referéndum consultivo es exclusiva del Estado según el art. 149.1.32 CE), lo que sí existe es el referéndum consultivo del art. 92 de la CE a nivel nacional, pero que no es aplicable al caso de la consulta de autodeterminación de Cataluña debido a que de acuerdo al ordenamiento jurídico español la iniciativa de dicho referéndum no la tiene dicha Comunidad Autónoma y la convocatoria solo puede hacerla el Rey, a propuesta del presidente de Gobierno y con aprobación del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. Incluso aunque se reconociera, como una parte de la doctrina entiende, que las comunidades autónomas pueden regular el referéndum consultivo autonómico, éste se debe autorizar por el Estado según el artículo 149 CE y tendría como objeto asuntos de interés de la comunidad autónoma. Y, en este caso, la consulta supera el interés propio de la CA y trasciende a todo el Estado.

Por otro lado, el art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se refiere a otras formas de participación en cuanto a la consulta popular, como encuestas, audiencias públicas y foros de participación, y dicho artículo fue interpretado de manera restringida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2010 (que a su vez dejaba inutilizada la Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum) sobre la modificación del Estatuto de Cataluña del 2006, el mismo que considera que el art. 122 no prevé la institución de referéndum. Igualmente dicho referéndum consultivo, del art. 92 indica que será sometido a todos los ciudadanos españoles y no solo a los catalanes, con lo que apreciamos que la consulta de la Generalitat no cumple dicho presupuesto al considerar sólo al pueblo catalán, además que dicho referéndum consultivo al no tener la calidad de vinculante, considerado así por la mayoría de la doctrina, no se podría asegurar su eficacia aun llevándose a cabo según los presupuestos legales establecidos.

Además que, por otro lado, ya hay una doctrina del Tribunal Constitucional y ratificada por la sentencia del TC 42/2014 del 25 de marzo de 2014 a la que hacemos referencia, en la que se pronunciaron negativamente respecto a la convocatoria en forma unilateral de tal referéndum o consulta, conclusión a la que llega asimismo el Tribunal Supremo de Canadá, en el que rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias tanto a su Constitución como a los postulados del Derecho Internacional, pronunciamiento interesante ya que la CA de Cataluña alude constantemente al caso de Quebec para justificar el derecho a decidir de los catalanes.

Igualmente, el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia mencionada en el párrafo precedente ha declarado nulo el denominado principio de soberanía del pueblo de Cataluña cuestionando dicha Declaración de Soberanía y derecho a decidir del pueblo de Cataluña, aunque no niega que «el derecho a decidir» sea una aspiración que puede ser defendida siempre dentro del marco de la Constitución, sugiriendo su realización en tanto se efectúe una reforma constitucional. Es en ese sentido que al analizar dicha reforma que sólo admite en su calidad de agravada según el art. 168 de la CE tal aspiración apreciamos que es una vía difícil de lograr al tener la Constitución española una característica de rigidez ya apreciada en la doctrina.

La consulta del 9N planteada en un inicio por la Generalitat de Cataluña como referéndum autonómico al margen de la suspensión adoptada por parte del TC (que por cierto debe respetarse) no tiene base legal para llevarse a cabo, ni por la nueva Ley de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre de 2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, ni por la Ley anterior de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares vía referéndum, ni de acuerdo al art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ni dentro del marco de la Constitución por los argumentos antes mencionados en el presente trabajo.

La consulta alternativa que consideramos una especie de híbrido no se sitúa como un verdadero referéndum siguiendo el concepto de referéndum extraído de las sentencia del TC 103/2008 de 11 de septiembre de 2008 *Plan Ibarretxe* pues no se refiere a recabar el parecer del cuerpo electoral, tampoco se da un procedimiento electoral basado en el censo y gestionado por la Administración electoral ni está asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, como hemos podido notar de los hechos relacionados. Creemos que la Generalitat ha querido mantener dicha consulta como proceso de participación ciudadana para evitar que sea cuestionable competencialmente por lo antes expuesto. Sin embargo, aun así, hay que tener en cuenta la decisión del Tribunal Constitucional, que acordó la suspensión de dichas actuaciones o actos preparatorios de la llamada consulta alternativa, la misma que no debió realizarse.

En consecuencia, la Comunidad Autónoma de Cataluña debería buscar el diálogo y tratar de llegar a soluciones dentro del marco de su competencia, del respeto de la Constitución, del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que han sido establecidos en garantía de todos los ciudadanos.

En conclusión, el pueblo de Cataluña no tiene sustento jurídico dentro del marco de la Constitución española para ejercer su derecho de autodeterminación ni la consulta en forma de referéndum que fuera convocada por los argumentos vertidos en el presente trabajo.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, A. L y J. A. 2006: *Derecho Constitucional Español*. 4.ª edición. Madrid: Editorial Universitas, S.A.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. 2013: *Derecho Constitucional*. 3.ª edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- ANAYA, S. J. 1996: *Indigenous Peoples in International Law*. New York: Oxford University Press.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. 2011: *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I. 6.ª edición actualizada. Madrid: Editorial Tecnos.
- BERMEJO GARCÍA, R. «El derecho de Autodeterminación de los pueblos a la luz del Derecho Internacional», [http://www.wshrw.org/Documentos/español/.../Bermejo\\_Ref\\_UNU\\_Autodet.pdf](http://www.wshrw.org/Documentos/español/.../Bermejo_Ref_UNU_Autodet.pdf).
- CAZORLA PRIETO, L. M. 2000: *Temas de Derecho Constitucional*. Navarra: Aranzadi Editorial.
- DE VEGA GARCÍA, P. 1985: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- DUMONT, H. y VAN DROOGHENBROECK, S. 2007: «Le Statut de Bruxelles dans l'hypothèse du confédéralisme». *Revue scientifique électronique par les recherches sur Bruxelles*, 15 octobre 2007, n.º 10: 01-19.
- GROS ESPIELL, H. 1979: «El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas, ONU/E/CN.4/Sub.2/405/». Rev.1, Nueva York, 1979, párr. 90, p.14.
- LINDE PANIAGUA, E. y HERRERO LERA, M. 1979: «El Referéndum en la Constitución Española de 1978». *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, UNED, 1979, n.º 3: 17-48.
- MANCINI, P. S. 1851: *Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti*. Torino: Tipografía Eredi Botta.
- MANGAS MARTÍN, A. 2011: «Kosovo y Unión Europea una secesión planificada». *REDI*, 2011, vol. LXIII: 101-122.
- OLIVER ARAUJO, O. 1989: «El Referéndum en el sistema Constitucional Español». *Revista de Derecho Político*, ISSN 0210-7562, 1989, n.º 29: 95-148.
- PASTOR, R. V. 1991: «El Derecho de autodeterminación en nuestra reciente vida constitucional: Análisis y problemática». *Revista de Derecho Político*, ISSN 0210-7562, 1991, n.º 34: 143-188.
- PÉREZ ROYO, J. 2007: *Curso de Derecho Constitucional*. 11.ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. 1988: «Comentario al artículo 145». O. Alzaga (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*, tomo XI. Madrid: Edersa.
- SANTAOLALLA LOPEZ, F. 2004: *Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Dykinson.



**———— CRÓNICA DE LEGISLACIÓN ————**  
(JULIO-DICIEMBRE 2014)

**COORDINADORA:**

**Antonia DURÁN AYAGO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*

*Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación en este número:**

**María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL*

**María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

**Mercedes IGLESIAS BÁREZ**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL*

**Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público. USAL*

**Cristina POLO SÁNCHEZ**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL*

**José Luis SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL*

**Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

**Estrella TORAL LARA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [BOE n.º 162, de 4-VII-2014], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
2. Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos [BOE n.º 163, 5-VII-2014], por Marcos M. FERNANDO PABLO
3. Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa [BOE n.º 226, de 17-IX-2014], por M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
4. Real Decreto-Ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares [BOE n.º 241, de 4-X-2014], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
5. Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil [BOE n.º 289, de 29-XI-2014], por Amador FERNÁNDEZ NIETO
6. Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales [BOE n.º 293, de 4-XII-2014], por Miren SARASÍBAR IRIARTE
7. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas [BOE n.º 294, de 5-XII-2014], por Amador FERNÁNDEZ NIETO
8. Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología [BOE n.º 309, de 23-XII-2014], por Clara Isabel VELASCO RICO
9. Ley 33/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado [BOE n.º 313, de 27-XII-2014], por Clara Isabel VELASCO RICO

## CONSTITUCIONAL

---

10. Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas [DOUE L 317, de 4-XI-2014], por Mercedes IGLESIAS BÁREZ
11. Reglamento (UE, Euratom) n.º 1142/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 en lo que respecta a la financiación de los partidos políticos europeos [DOUE L 317, de 4-XI-2014], por Mercedes IGLESIAS BÁREZ

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

12. Ley 16/2014, de 30 de septiembre, por la que se regulan las tasas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [BOE n.º 238, de 1-X-2014], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
13. Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias [BOE n.º 288, de 28-XI-2014], por Isabel GIL RODRÍGUEZ
14. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades [BOE n.º 288, de 28-XI-2014], por Marcos IGLESIAS CARIDAD

15. Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias; la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la 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 288, de 28-XI-2014], por M.ª Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
16. Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad [DOUE L 359, de 16-XII-2014], por Isabel GIL RODRÍGUEZ
17. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 [BOE n.º 315, de 30-XII-2014], por Rosa M.ª ALFONSO GALÁN
18. Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico [BOE n.º 315, de 30-XII-2014], por Marcos IGLESIAS CARIDAD

## INTERNACIONAL PÚBLICO

---

19. Instrumento de adhesión a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, hecho en Nueva York el 21 de mayo de 1997 [BOE n.º 161, de 3-VII-2014], por Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ
20. Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010 [BOE n.º 227, de 18-IX-2014], por Fernando VAL GARIJO
21. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales [BOE n.º 288, de 28-XI-2014], por Gattas ABUGATTAS

## MERCANTIL

---

22. Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público [BOE n.º 186, de 1-VIII-2014], por M.ª Mercedes CURTO POLO
23. Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE [DOUE L 257, de 28-VIII-2014], por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO
24. Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima [BOE n.º 180, de 25-VII-2014], por Alfredo Ávila de la Torre/Javier SÁNCHEZ BOYANO
25. Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal [BOE n.º 217, de 6-IX-2014], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
26. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial [BOE n.º 238, de 1-X-2014], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
27. Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo [BOE n.º 293, de 4-XII-2014], por Eva M.ª DOMÍNGUEZ PÉREZ

28. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea [DOUE L 349, de 5-XII-2014], por Juan ARPIO SANTACRUZ
29. Crónica normativa de banca y del mercado de valores (2.º semestre de 2014), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

## PROCESAL

---

30. Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE n.º 169, de 12-VII-2014], por María Amparo RENEDO ARENAL
31. Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia y se crea el fondo documental de requisitorias [BOE n.º 173, de 17-VII-2014], por Julio PÉREZ GAIPO
32. Instrumento de ratificación del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010 [BOE n.º 196, de 13-VIII-2014], por Adán CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL
33. Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE n.º 263, de 30-X-2014] y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea [BOE n.º 282, de 21-XI-2014], por Lorenzo M. BUJOSA VADELL
34. Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea [BOE n.º 275, de 13-XI-2014], por M.ª Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS

## TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

35. Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo [BOE n.º 307, de 20-XII-2014], por Fernando MORENO DE VEGA Y LOMO
36. Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social [BOE n.º 314, de 29-XII-2014], por María José NEVADO FERNÁNDEZ

### Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [BOE n.º 162, de 4-VII-2014]

#### RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Considerada en su conjunto, la normativa ambiental pretende llevar a cabo el desarrollo del mandato constitucional recogido en el artículo 45 CE que contempla el derecho de todo ciudadano a disfrutar de un medio ambiente adecuado, previendo, además, que el incumplimiento de la obligación del uso racional de los recursos naturales y la conservación de la naturaleza llevará aparejada la reparación del daño causado, todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que pudieran imponerse.

Precisamente, para cumplir con este objetivo, existen diversos métodos de responsabilidad cuyo objeto es la prevención eficaz de los posibles daños medioambientales o, en caso de que aquella no resulte suficiente, que permitan, en la medida de lo posible, una reparación de forma rápida y adecuada que asegure la devolución del medio a su estado natural inicial.

En efecto, la legislación ambiental, mediante las oportunas leyes sectoriales, ha determinado un marco legal para la oportuna protección de los recursos naturales mediante la adecuada tipificación de las conductas u omisiones que constituyen una infracción, sea esta de carácter administrativo o penal.

En este sentido, la [Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental](#) –LRM, en adelante–, que traspuso a nuestro ordenamiento la [Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004](#), complementó esta responsabilidad objetiva con obligaciones concretas para los operadores con independencia de que en su actuación mediara dolo, culpa o negligencia. Con ello, se pretendía hacer mucho más efectivos los ya clásicos principios ambientales de «prevención» y «quien contamina paga».

Precisamente, bajo el régimen administrativo de la LRM, se prevé que los operadores que ocasionen este tipo de daños medioambientales o amenacen con causarlos están obligados a prevenirlos o, en el caso de que se hubieran producido, a comunicarlo a la autoridad competente y a repararlos. Estamos ante una responsabilidad ilimitada y distinta de la responsabilidad civil, que consiste en la obligación de devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes que deriven de las pertinentes acciones, fueren estas preventivas o reparadoras.

Otra de las novedades de la LRM consistió en la obligación de constituir una garantía financiera por parte de determinadas actividades profesionales con

una incidencia ambiental manifiesta. De esta manera, se aseguraba el que pudiera disponerse de los recursos necesarios para sufragar los costes que deriven de la adopción de las oportunas medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños medioambientales.

Pues bien, la modificación de la LRM por parte de la Ley 11/2014, de 3 de julio, se justifica, de un lado, por la necesidad de reforzar su papel preventivo, así como por la pretensión de simplificar, mejorar la aplicación del marco normativo y racionalizar la exigencia de la garantía financiera respecto de sólo aquellas actividades que tuvieren una mayor incidencia ambiental. De otra parte, se aprovecha dicha modificación, también, para llevar a cabo la incorporación a nuestro ordenamiento de distintas previsiones contempladas en normas comunitarias.

En esencia, pues, las principales modificaciones introducidas por la Ley 11/2014 podrían resumirse en las siguientes:

Desde la aplicación de la LRM, se puso de manifiesto que resultaba necesario el reforzamiento de sus rasgos preventivos. Por ello, se ha considerado adecuado el que se impulse el uso de los análisis de riesgos ambientales como herramienta importante para su gestión. Así el nuevo artículo 17 bis exige que las autoridades competentes adopten medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales entre aquellos operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños medioambientales, como medida adecuada para minimizar y gestionar el riesgo medioambiental.

Se amplía la protección del medio ambiente, al ampliarse la responsabilidad a los daños causados en el estado ecológico de las aguas marinas en todo lo que no estuvieran previamente cubiertas por el Texto Refundido de la Ley de Aguas. Así, la responsabilidad medioambiental será exigible en los daños causados a especies silvestres, hábitats, las aguas –superficiales, subterráneas o marinas–, la ribera del mar y de las rías y el suelo. Con ello, se trasponen las exigencias de la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro.

En relación con la garantía financiera, debe señalarse que la modificación del artículo 24.2 permite la agilización del procedimiento para la determinación de aquella, de forma que serán los operadores obligados a constituirla –los que lleven a cabo actividades incluidas en su Anexo III, siendo voluntario para los demás– quienes determinen la cuantía de la misma, partiendo del análisis de los riesgos medioambientales de su actividad. Dichos operadores deberán comunicar a la autoridad competente su constitución. De otro lado, el artículo 28 incluye los criterios en los que deberán basarse las exenciones a la constitución de la garantía financiera obligatoria de determinados operadores de actividades, que se determinarán reglamentariamente. En concreto, dichos criterios se basarán en el escaso potencial de generar daños medioambientales y el bajo nivel de accidentalidad de las mismas. Por último, también se amplían

los sujetos garantizados por la garantía financiera (art. 27), ya que van a incluirse los titulares de las instalaciones en las que se realice la actividad que pueda ocasionar los daños medioambientales.

Pues bien, la modificación de la LRM por parte de la Ley 11/2014, de 3 de julio, se justifica, de un lado, por la necesidad de reforzar su papel preventivo, así como por la pretensión de simplificar, mejorar la aplicación del marco normativo y racionalizar la exigencia de la garantía financiera respecto de sólo aquellas actividades que tuvieren una mayor incidencia ambiental. De otra parte, se aprovecha dicha modificación, también para llevarse a cabo la incorporación a nuestro ordenamiento de distintas previsiones contempladas en normas comunitarias.

En esencia, pues, las principales modificaciones introducidas por la Ley 11/2014, podrían resumirse en las siguientes:

Desde la aplicación de la LRM, se puso de manifiesto que resultaba necesario el reforzamiento de sus rasgos preventivos. Por ello, se ha considerado adecuado el que se impulse el uso de los análisis de riesgos ambientales como herramienta importante para su gestión. Así el nuevo artículo 17 bis, exige que las autoridades competentes adopten medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales entre aquellos operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños medioambientales, como medida adecuada para minimizar y gestionar el riesgo medioambiental.

Se amplía la protección del medio ambiente, al ampliarse la responsabilidad a los daños causados en el estado ecológico de las aguas marinas en todo lo que no estuvieran previamente cubiertas por el Texto Refundido de la Ley de Aguas. Así, la responsabilidad medioambiental será exigible en los daños causados a especies silvestres, hábitats, las aguas –superficiales, subterráneas o marinas), la ribera del mar y de las rías y el suelo. Con ello, se transponen las exigencias de la [Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro](#).

En relación con la garantía financiera, debe señalarse que la modificación del artículo 24.2 permite la agilización del procedimiento para la determinación de aquélla, de forma que serán los operadores obligados a constituirla –los que lleven a cabo actividades incluidas en su Anexo III, siendo voluntario para los demás-, quienes determinen la cuantía de la misma, partiendo del análisis de los riesgos medioambientales de su actividad. Dichos operadores deberán comunicar a la autoridad competente su constitución. De otro lado, el artículo 28 incluye los criterios en los que deberán basarse las exenciones a la constitución de la garantía financiera obligatoria de determinados operadores de actividades, que se determinaran reglamentariamente. En concreto, dichos criterios se basarán en el escaso potencial de generar daños medioambientales y el bajo nivel de accidentalidad de las mismas. Por último, también se amplían los sujetos garantizados por la garantía financiera (art. 27), ya que van a incluirse los titulares



de las instalaciones en las que se realice la actividad que pueda ocasionar los daños medioambientales.

Con la modificación, se incluyen en su ámbito de aplicación los daños ocasionados por obras públicas de interés general, competencia de la Administración General del Estado, si bien únicamente por los daños ocasionados a las especies y hábitats protegidos y siempre y cuando medie culpa o negligencia por parte del operador. Se prevé que las Comunidades Autónomas puedan incluir en sus legislaciones correspondientes preceptos análogos en las obras públicas de interés equivalente a las del interés general del Estado.

Se mejoran las normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental. Así, se delimitan los trámites de inicio de dicho procedimiento (art. 41) y se modifica el plazo (art. 45) para su resolución a seis meses, ampliable hasta otros tres meses en casos científica y técnicamente complejos. Dicho plazo no tiene carácter de legislación básica por lo que las Comunidades Autónomas podrían variarlo en sus respectivas legislaciones.

Para concluir, debe recordarse que, esté o no sometida a garantía financiera obligatoria, cualquier actividad que incurra en daño medioambiental podrá ser requerida con arreglo a lo dispuesto en la LRM, pues las obligaciones de prevenir y gestionar los riesgos ambientales o reparar los daños causados sí están en vigor y son exigibles desde el año 2007.

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[miguelin@usal.es](mailto:miguelin@usal.es)

**Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos**  
**[BOE n.º 163, 5-VII-2014]**

**TRATAMIENTO DE CÉLULAS Y TEJIDOS HUMANOS**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de 30 de mayo de 2014 anuló el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecían normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprobaban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, que había traspuesto al derecho interno la normativa europea aplicable (substantialmente, la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos, y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos).

La razón de aquel pronunciamiento fue, exclusivamente, que la norma impugnada y anulada no cubría las exigencias de la reserva de ley, porque, estando en juego el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), el Real Decreto no estaba autorizado por norma con rango suficiente. A tal efecto, el Tribunal descartó que las Directivas europeas en cuestión pudieran cubrir la reserva de ley pues, además de que la incorporación a derecho interno debe realizarse de conformidad con el sistema de fuentes propio de cada Estado, su contenido no era lo suficientemente preciso y dejaba a los Estados miembros decisiones normativas de gran importancia, entre las que la Sentencia destaca que «el tratamiento de la Directiva 2004/23/CE, sobre el almacenamiento de células del cordón umbilical, ha de transponerse al derecho interno únicamente en el caso de que el Estado *decida regular y autorizar estas actividades mediante establecimientos privados que puedan preservar esas células y tejidos* (singularmente la sangre del cordón umbilical) para un eventual uso autólogo. Pero, desde luego, ni resulta obligatoria su trasposición en ese punto, pues efectivamente algunos países de la Unión Europea, como es el caso de Francia e Italia, no permiten dichas actividades privadas, ni una vez decidida la trasposición ello significa que no puedan adoptarse

medidas más restrictivas... hay una decisión medular previa, y es abordar o no su regulación, es decir, permitir o no la intervención privada en este tipo de donaciones y almacenamiento». La Exposición de Motivos, en efecto, señalaba: «Esta norma prevé, además, la posibilidad de que existan establecimientos entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo. Aunque no existe una base científica actual ni respaldo de las instituciones europeas a dicha práctica, se ha considerado necesario regularla dada la presencia y progresiva implantación de este tipo de establecimientos en los países de nuestro entorno. Este Real Decreto establece las condiciones que tales establecimientos deben cumplir».

Tal decisión, primera y esencial, corresponde al legislador y a ello responde el Real Decreto-Ley comentado que, con el rango suficiente, cubre las exigencias de la reserva de ley en este crucial punto. Así, su articulado, manteniendo los principios de gratuidad y carácter no lucrativo, permite, sin embargo, la actividad privada en este campo, regulando el sistema de acreditación y las exigencias de los centros privados que actúen en el sector, así como el controvertido carácter autólogo de la donación-trasplante.

Decisiones todas ellas que, en efecto, escapan al ámbito material de una norma reglamentaria que se presentaba como «reglamento independiente» en el sistema de fuentes interno, aunque se mencionaran referencias aisladas a la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y la propia Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

El manejo del sistema de fuentes sigue siendo defectuoso pues, como el Consejo de Estado destacaría posteriormente (Dictamen 1007/2014 de 23/10/2014): «Al dictarse ese Real Decreto-ley se ha pasado sin embargo por alto que la Directiva 2006/17/CE fue modificada por la Directiva 2012/39/UE, de 26 de noviembre de 2012. Esta Directiva no ha sido por ello transpuesta». Por tanto, aprovechando que la disposición final tercera faculta al ministro de Sanidad para «modificar los anexos de este Real Decreto-ley con el fin de adecuarlos al avance de los conocimientos científicos y técnicos o para adaptarlos a la normativa comunitaria», se procedió a introducir las correspondientes modificaciones impuestas por la citada Directiva, a través de la Orden SSI/2057/2014, de 29 de octubre. El riesgo de pasar de la reserva de ley a la deslegalización parece así patente.

Marcos M. FERNANDO PABLO  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca  
[macfer@usal.es](mailto:macfer@usal.es)

**Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización  
del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa  
[BOE n.º 226, de 17-IX-2014]**

**RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

El preámbulo de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa (LRSP) señala expresamente que «El sector público debe ser sostenible en el tiempo y garantizar la eficiencia en la gestión de sus recursos», buscando la eficiencia en el gasto, la simplificación en su funcionamiento y la eliminación de duplicidades.

De la lectura de su articulado podemos observar que existen dos tipos de normas, unas relativas a la reforma del Estado y otras que afectan más directamente a los particulares y a empresas (notificaciones, empleo público, subvenciones, firma electrónica, contratación pública). Sin perjuicio de que haya medidas relativas a la reforma del Estado que también les afecten como la reducción del gasto público, aunque de una forma indirecta.

Entre las diferentes actuaciones podemos destacar:

1. Modificaciones normativas dirigidas a la reordenación de organismos públicos y a la adecuación de las estructuras de determinados departamentos ministeriales de modo que sus funciones, y sobre todo la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se lleven a cabo en un menor número de entidades y órganos colegiados.

La ley opta por la extinción, disolución, supresión o concentración de organismos como es en el ámbito educativo la concentración en un único organismo público de las funciones de evaluación y acreditación del profesorado universitario (ANECA) que antes se encontraban repartidas en dos (ANECA y CNEAI). Se prevé además la suscripción de convenios de colaboración entre el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) y la Corporación RTVE para promover y difundir la música a nivel nacional e internacional; en materia de igualdad se acuerda la integración de las competencias de la DG para la igualdad de oportunidades dentro de los cometidos y estructura del Instituto de la Mujer, y se suprime el Consejo Rector del Instituto de la Mujer, etc.

Se produce una racionalización de las estructuras públicas en aquellos ámbitos donde existen competencias compartidas entre distintas Administraciones Públicas, a través de modificaciones legislativas para adecuar las estructuras de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte; Empleo y Seguridad Social; y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de forma que sus funciones y fundamentalmente las de observación, análisis, evaluación e impulso de la cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas se

lleven a cabo en un menor número de entidades y organismos colegiados con una visión más global e integradora y con un menor coste para los ciudadanos. Se presta una atención especial a los Consorcios (arts. 12 a 15 LRSP) o al Tribunal de Cuentas (art. 22 LSP).

2. Medidas relativas al régimen de los empleados públicos con la finalidad de ampliar el número de días reconocidos en la normativa vigente para la atención de asuntos particulares pasando a ser 5 días al año; flexibilizando la dependencia funcional de los funcionarios interinos al establecer un límite a la contratación de funcionarios interinos al señalar la ley que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de función pública (art. 10.1 EBEP) y señalando la posibilidad de movilidad en las funciones prestadas por el personal interino (nuevo parr. 6 art. 10 EBEP) cuando su designación es consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal; y se adoptan ciertas medidas que pretenden fomentar la movilidad de los empleados públicos y reducir el gasto público, destinando más recursos a aquellas unidades deficitarias y haciendo posible que personas que trabajan en la Administración tengan otras vías de desempeño profesional para completar su carrera administrativa.

3. Simplificación de procedimientos para ciudadanos y empresas, reduciendo trabas burocráticas e impulsando la administración electrónica.

Para cumplir tal finalidad se le otorga una nueva configuración al *BOE* como auténtico diario oficial de toda la Administración Pública, ya que no sólo la Administración del Estado puede insertar sus anuncios (como hacía hasta ahora) sino que la Administración autonómica y local se pueden beneficiar de este servicio de carácter gratuito a fin de evitar solapamientos y duplicidades (arts. 25 a 27 LRSP). En este sentido, el preámbulo de la Ley 15/2014 señala que «de esta manera, el ciudadano sabrá que, mediante el acceso a un único lugar y con la garantía y seguridad jurídica que supone el *BOE*, puede tener conocimiento de todos los anuncios para ser notificado que le puedan afectar, independientemente de cuál sea el órgano que los realiza o la materia sobre la que versan». El artículo 25 LRSP da una nueva redacción al artículo 59 de la Ley 30/92 de tal forma que se modifica lo relativo al párr. 5 (que a su vez se había modificado por Ley 24/2011) que hace referencia a que cuando los interesados de un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de ese artículo, o bien intentada la notificación no se hubiese podido practicar, la notificación en estos casos se deberá hacer por medio de un anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

Conectada con esta medida se encuentra la modificación de la Ley General Tributaria y la del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario en materia

de notificaciones (arts. 26 y 27 LRSP), que pretende incluir entre las notificaciones del Tablón edictal único, respectivamente, las notificaciones en los procedimientos tributarios y aquellas correspondientes a los procedimientos catastrales de valoración colectiva. Estas últimas tienen actualmente, dadas sus singularidades de volumen y plazos, un sistema específico de anuncio para la notificación por comparecencia, consistente en la publicación en el diario oficial correspondiente al ámbito territorial de competencia del órgano que dictó el acto. Con la modificación del apartado b) del artículo 29.4 del TRLCI en lo relativo a la supresión de la publicación de edictos en otros boletines oficiales distintos, se unifica en el *BOE* la publicación de los anuncios correspondientes a todas las notificaciones catastrales, deriven del procedimiento que deriven, en aras de la simplificación de trámites, y de la coordinación normativa con el resto de notificaciones tributarias y administrativas.

Esta unificación en un emplazamiento electrónico único de todas las notificaciones por edictos o por comparecencia merece una valoración positiva, ya que concentra la publicación de miles de procedimientos autonómicos y locales en un único medio, aunque debemos señalar que sería adecuado el mantenimiento de los tablones de edictos de los ayuntamientos para las notificaciones municipales o los residentes en el extranjero, sobre todo cuando nos encontramos con que más de un 30% de los hogares españoles no cuentan con Internet.

El impulso de la administración electrónica se ve reflejado fundamentalmente en la firma electrónica, ya que se modifica la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, para asegurar el uso de una única relación de certificados electrónicos reconocidos en todas las Administraciones Públicas (Preámbulo IV) de manera que se liberen recursos para otros fines más productivos y se eliminen los costes y cargas que su aceptación en cada Administración Pública supone para los prestadores de servicios. Las Administraciones deberán admitir todos los certificados reconocidos incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación establecidos en España» y que mantiene el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En materia de contratación pública y eficiencia energética la LRSP establece una serie de principios u objetivos genéricos, y unos mandatos vinculantes. De esta forma el Ministerio de Industria, Energía y Turismo impulsará actuaciones encaminadas a conseguir que por las distintas entidades del sector público autonómico y local se adquieran bienes, servicios y edificios con alto rendimiento energético (Disposición adicional Decimotercera Ley 15/2014). Se contiene un mandato claro de que las Administraciones Públicas solamente pueden adquirir bienes, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente, según lo indicado en el anexo de esta Ley.

La LRSP modifica la Ley 10/1990, del Deporte, con el objeto de suprimir la distinción existente entre licencias deportivas nacionales y autonómicas. Se implanta la licencia deportiva única que, una vez obtenida, habilita a su titular para participar en cualquier competición oficial; y se refuerza la potestad sancionadora en materia de dopaje, ya que hasta ahora no existía un mecanismo de la extensión de los efectos de las sanciones de una federación autonómica a otra por lo que comportamientos de este tipo podían quedar impunes. En este sentido se señala que «estarán inhabilitados para obtener una licencia deportiva... los deportistas y demás personas que hayan sido sancionados por dopaje, tanto en el ámbito autonómico como el estatal y el internacional, mientras se encuentren cumpliendo la sanción respectiva» (art. 23 Ley deporte).

En materia de transparencia es de destacar la modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones, incidiendo en los requisitos de los beneficiarios para la subvención y la publicidad de las subvenciones. Se prevé que la Base de Datos Nacional de Subvenciones funcione como sistema nacional de publicidad de subvenciones con el fin de servir como instrumento para la planificación de las políticas públicas, mejorar la gestión y colaborar en la lucha contra el fraude de subvenciones y ayudas públicas. También es de destacar el mayor control de las cuentas corrientes en las que se sitúan fondos del Tesoro Público, una contratación centralizada que va a permitir un mejor control de los fondos. No se trata de centralizar por centralizar sino de centralizar cuando hay causa más que justificada.

Estas son entre otras las más destacadas actuaciones llevadas a cabo por la LRSP, que ha tenido su entrada en vigor al día siguiente de su publicación, el 18 de septiembre, salvo para los preceptos concretos que enuncia su disposición final undécima –nueva redacción del artículo 32 de la Ley del Deporte y nueva redacción del artículo 112 de la Ley General Tributaria– que lo harán en 2015.

M.<sup>a</sup> Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS  
*Profesora Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[mgbustos@usal.es](mailto:mgbustos@usal.es)

Real Decreto-Ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan  
medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad  
de centrales nucleares  
[BOE n.º 241, de 4-X-2014]

**LA REFORMA DEL SECTOR GASISTA Y EL ASUNTO CASTOR**

El Real Decreto-Ley 13/2014, de 3 de octubre, adopta medidas urgentes en relación con el sistema gasista, destacando que se hibernan definitivamente las instalaciones del almacenamiento subterráneo de gas natural «Castor», se declara extinta la concesión correspondiente de la Ley del Sector de Hidrocarburos y se asigna la gestión del almacenamiento a la empresa ENAGÁS TRANSPORTE SAU.

El Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, del Gobierno del presidente Rodríguez Zapatero, otorgó a ESCAL UGS, S.L., la concesión de explotación para el almacenamiento subterráneo de gas natural denominado «Castor», que se integraría en el sistema gasista como infraestructura básica, y como tal fue recogido en el Documento de «Planificación de los sectores de la electricidad y del gas 2008-2016», aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008. Dicho Real Decreto fue modificado mediante Real Decreto 1383/2011, de 7 de octubre, para establecer la inversión máxima retribuable por el sistema gasista.

Este Real Decreto concretaba algunas especificidades del almacenamiento entre las que cabe destacar el régimen de extinción de su artículo 14, que establecía la posibilidad de renuncia de la concesión de explotación por el titular así como la determinación de la compensación a percibir en dicha eventualidad. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de mayo de 2012, ya del Gobierno del presidente Rajoy Brey, declaró la lesividad para el interés público del inciso final del mencionado artículo por entender incompatible una compensación a la empresa concesionaria en caso de caducidad o extinción de la concesión si concurre dolo o negligencia de la misma, con el criterio de la gratuidad de la reversión de las instalaciones estipulado en el artículo 29-1.º de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998. El Tribunal Supremo dictó la Sentencia 4911/2013, de 14 de octubre, en la que afirmó que la previsión genérica de gratuidad en la reversión de las instalaciones contenida en el precepto citado de la Ley del Sector de Hidrocarburos debía entenderse «a reserva de previsiones específicas en el otorgamiento de cada concesión concreta», concluyendo por ello, en relación con el citado artículo 14 del Real Decreto 855/2008, de 16 de mayo, «que dicha previsión no choca con el tenor del artículo 29.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y que, por consiguiente, no podemos declarar su nulidad».

Por otra parte, el Real Decreto 855/2008, citado, habilitaba a su titular para emplear la estructura subterránea como almacenamiento subterráneo, pero exigía, al mismo tiempo, la obtención de autorización administrativa de sus instalaciones necesarias. Realizada la evaluación de impacto ambiental (Resolución de 23 de octubre de 2009,



de la Secretaría de Estado de Cambio Climático), posteriormente, por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 7 de junio de 2010, se otorgó autorización administrativa y reconocimiento de la utilidad pública de las instalaciones y servicios necesarios para el desarrollo del proyecto de almacenamiento subterráneo «Castor», y, una vez finalizados los trabajos de construcción, la Dependencia del Área de Industria y Energía de la Subdelegación del Gobierno en Castellón emitió, el 5 de julio de 2012, el acta de puesta en servicio provisional para el conjunto del almacenamiento que, además de habilitar para la inyección del gas colchón, estableció el inicio del devengo de la retribución regulada de la instalación.

La inyección de dicho gas colchón estaba programada en varias fases, que de forma gradual la primera tuvo lugar entre el 14 y el 25 de junio de 2013 y la segunda, entre el 19 y el 23 de agosto de 2013, etapas que tuvieron lugar sin incidencias significativas; pero durante la tercera fase de inyección, en septiembre de 2013, la red sismográfica de monitorización del propio almacenamiento detectó una serie de eventos sísmicos, que generaron una notable alarma social, lo que motivó la suspensión temporal de la operación del almacenamiento, decretada inicialmente por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de septiembre de 2013 y prorrogada posteriormente por Resolución de 18 de junio de 2014.

Debido a dichos sucesos, se encargaron informes al Instituto Geográfico Nacional y al Instituto Geológico y Minero de España, los cuales no permitieron emitir una conclusión definitiva sobre las eventuales consecuencias de una vuelta a la operación, sino que, por el contrario, recomiendan la realización de una serie de estudios adicionales que permitirían disponer de una base sólida y coherente sobre la que tomar una decisión sobre el futuro de la instalación que prime de manera determinante la seguridad de las personas, los bienes y del medio ambiente.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, con fecha de 31 de octubre de 2012, ESCAL UGS, S.L. solicitó el inicio de los trámites para la inclusión del almacenamiento en el régimen retributivo del sistema gasista, y, posteriormente, el 18 de julio de 2014, presentó en el registro del Ministerio de Industria, Energía y Turismo un escrito en el que comunica su decisión de ejercer el derecho a la renuncia a la concesión, con forme al Real Decreto 855/2008.

Ante esta situación, el Real Decreto-Ley 13/2014 (art. 1) somete las instalaciones de almacenamiento subterráneo «Castor» a hibernación, ya que no existe certeza en las eventuales consecuencias de volver a ponerlo en operación, evitando, así, poner en riesgo la seguridad de las personas, los bienes y el medio ambiente. Durante la hibernación no se realizará ninguna inyección o extracción de gas natural en las estructuras geológicas del subsuelo que conforman el almacenamiento subterráneo (excepto las imprescindibles para mantener las instalaciones), y se establece que, de acuerdo a los resultados de los correspondientes estudios técnicos sobre la seguridad de la instalación y atendiendo a la evolución de la demanda de gas natural, se podrá poner término

a la hibernación por el Consejo de Ministros, que acordará bien el desmantelamiento del almacenamiento o, en su caso, la integración de las instalaciones en una concesión de explotación del almacenamiento.

Por otra parte, el Real Decreto-Ley (arts. 2 a 6, Disp. Ad. 1.<sup>a</sup> y DT 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>) extingue la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de gas natural «Castor» y prevé el abono a ESCAL UGS, S.L., de la indemnización prevista, quedando extinguidas todas las obligaciones económicas derivadas de la concesión de explotación y cualquier derecho retributivo a esta empresa. La administración de las instalaciones se asigna a ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U.; que será titular de todos los derechos y obligaciones asociados a las instalaciones durante la hibernación, se encargará de las operaciones necesarias para el mantenimiento y la operatividad de las instalaciones y de su posible desmantelamiento, y deberá abonar la indemnización prevista, en concreto 1.350.729 miles de euros. Tras efectuar el pago, la sociedad ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., tendrá un derecho de cobro por parte del sistema gasista con cargo a la facturación por peajes de acceso y cánones del sistema gasista durante 30 años; cobro que se abonará independientemente de que subsista o no la hibernación.

Finalmente, la Disp. Ad. 2.<sup>a</sup>-RD-L 13/2014 procede a la adaptación de la titularidad de las centrales nucleares a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley sobre Energía Nuclear de 1964, modificada posteriormente varias veces.

El Real Decreto-Ley 13/2004, de acuerdo con el artículo 86-2.º de la Constitución española, fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 3 de octubre de 2014.

Finalmente, el Real Decreto-Ley ha sido objeto de tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno y el Parlamento catalanes y por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

**Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal  
de la Guardia Civil**  
**[BOE n.º 289, de 29-XI-2014]**

**REGULACIÓN GUARDIA CIVIL**

La Guardia Civil, como Instituto armado de naturaleza militar perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 104 CE), se ha regulado desde la aprobación de la Constitución por diversas normas, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional; la Ley 28/1994, de 18 de octubre, por la que se completa el régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil; la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil; la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Esta nueva legislación, además de configurar el régimen de personal basándose en las normas anteriormente citadas, incorpora a su legislación específica, adaptándolas, las normas de aplicación general al resto de funcionarios públicos, recogidas principalmente en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Como grandes hitos debemos destacar, en primer lugar, la realización de evaluaciones periódicas para verificar la aplicación del principio de igualdad de género, que será desarrollado mediante un reglamento, con medidas para facilitar la incorporación y promoción profesional de la mujer, así como una especial protección para la mujer embarazada o de parto en el momento de realización de las pruebas físicas, y el derecho preferente a ocupar destino que posee la mujer víctima de violencia de género que se vea obligada a cesar del puesto que ocupa, y a las víctimas del terrorismo, con la exención de la publicación del nuevo destino para estos casos.

En segundo lugar, y siempre teniendo en cuenta los valores tradicionales del Cuerpo de la Guardia Civil, se incluyen una serie de reglas esenciales de comportamiento, diseñando un código de conducta con carácter orientador respecto a los niveles de responsabilidad, de exigencia personal y de profesionalidad.

En tercer lugar, con esta nueva Ley el personal de la Guardia Civil se agrupa en las escalas de oficiales, suboficiales y de cabos y guardias, quedando relegada la figura de alférez únicamente para los alumnos de los centros de formación. Del mismo modo se incluyen las funciones genéricas para cada una de las cuatro categorías existentes en las tres escalas: oficiales generales, con asignación de alta dirección; oficiales, con acciones directivas de mando y coordinación; suboficiales, con acciones ejecutivas y en su caso directivas; y, por último, los cabos y guardias civiles, con la realización de tareas. Esta nueva estructura orgánica se basa en la ordenación de sus miembros por

empleo, salvaguardando el orden jerárquico y buscando una optimización de personal, dotando a la gestión de los recursos humanos de mayor flexibilidad.

En cuarto lugar, se aproxima la regulación de las enseñanzas de la Guardia Civil en el marco legislativo español, aproximándolas al Espacio Europeo de Educación Superior. Asimismo se articulan las enseñanzas en cinco elementos clave: proceso de selección y acceso, planes de estudio y titulaciones, centros docentes, alumnado y profesorado.

En quinto lugar, y desarrollada en el título V de la norma, la carrera profesional sufre un cambio al tener en cuenta los historiales profesionales y las evaluaciones de personal, a través de los informes personales de evaluación. Se pretende potenciar el mérito y la capacidad para los ascensos, limitando la antigüedad solo al primero de los oficiales y suboficiales. Estas evaluaciones tienen cuatro posibles finalidades:

- Aptitud para el ascenso al empleo superior.
- Selección de un número limitado de asistentes a los cursos en que así se establezca.
- La insuficiencia de facultades profesionales.
- La insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Debemos destacar la posibilidad de dotar, por parte del Gobierno en la convocatoria de plazas de nuevo ingreso, un número de plazas superior de acceso a los centros docentes que el que se fije para el acceso posterior a las escalas, con el objetivo de mejorar la selección.

En las disposiciones adicionales se prevé la integración de los miembros de las escalas superior de oficiales, de oficiales, facultativa superior y facultativa técnica en una nueva y única escala de oficiales, estableciéndose la posibilidad de que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan seguir ocupando destinos en la Guardia Civil, y se encuadra en la nueva estructura jerárquica a quienes de forma transitoria sigan ostentando las categorías extinguidas.

Como cualquier norma de regulación de personal, es necesario conocer la regulación reglamentaria posterior, y de la aplicación de ambos los problemas que se susciten.

Esta nueva ley nace con vocación de permanencia, de acercar al instituto armado a la sociedad y a la regulación de la Administración Civil, sin perder su naturaleza militar, todo un reto.

Amador FERNÁNDEZ NIETO  
*Doctorando en Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[amadorn@usal.es](mailto:amadorn@usal.es)

**Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales**  
**[BOE n.º 293, de 4-XII-2014]**

**PARQUES NACIONALES**

Como reza su propia Exposición de motivos, la excepcionalidad y el simbolismo que conllevan los Parques Nacionales, sumados a su riqueza natural, un reconocimiento social generalizado y unos valores estéticos, culturales, educativos y científicos destacados, hacen que merezcan una atención preferente en cuanto al régimen jurídico de conservación y protección de los mismos y la declaración de interés general del Estado. De hecho, esta implicación estatal tuvo como resultado la creación de la Red de Parques Nacionales.

España cuenta con 15 Parques Nacionales que ocupan un 0,76% del territorio español, con una extensión que se ha incrementado un 10% desde 2012 tras la incorporación a la red del Parque de la Sierra de Guadarrama y la ampliación del de las Tablas de Daimiel.

Con esta Ley se deroga su predecesora, la Ley 5/2007, de 3 de abril, y se pretende, con la ampliación de 17 artículos, mejorar su marco normativo básico y el sistema de relaciones necesario para su funcionamiento. Para ello, se supera la desconexión entre parques y Red y se contempla conceptos territoriales, residentes locales y titulares de derechos con la visión económica necesaria para lograr la integración y aceptación de los Parques Nacionales en su territorio.

Asimismo, se refuerza la coordinación del Estado y de las Comunidades Autónomas para garantizar su correcta conservación, respetando la gestión ordinaria por parte de las Comunidades Autónomas. De forma novedosa, se prevé la intervención estatal en los Parques Nacionales, coordinada con las Comunidades Autónomas, en caso de catástrofes o situaciones extraordinarias que pongan en peligro su riqueza natural. La presente Ley revisa el procedimiento de declaración, de manera que la iniciativa pueda corresponder al Gobierno de la Nación o a las Comunidades Autónomas en las que se encuentre comprendido el espacio, y a partir de dicha iniciativa, formalizada en una propuesta conjunta, articula un procedimiento en el que intervienen ambas administraciones y que concluye con el informe favorable del Consejo de la Red y posterior declaración mediante ley.

En relación con el desarrollo sostenible en las comarcas donde se ubican los Parques Nacionales, se mantiene el sistema de ayudas técnicas, económicas y financieras a los municipios de sus zonas de influencia e introduce como novedad la puesta en marcha de programas piloto que activen la economía sostenible en estas zonas y prevean la creación de «empleo verde».

Se pretende que los parques nacionales deben suponer hoy, además de un modelo de conservación de la naturaleza, un ejemplo de gestión más participativa y de aplicación de los principios de colaboración, coordinación y cooperación con el objetivo

de asegurar la preservación de sus valores. Es por ello que se da un impulso mayor a la figura de los Patronatos, como lugar de encuentro de la sociedad, y se busca la integración de sectores, colectivos y población local residente en las actividades de gestión. A esta figura, la Ley incorpora el Comité Científico de Parques Nacionales, cuya función genérica es el asesoramiento científico sobre cualquier cuestión planteada por el Organismo Autónomo «Parques Nacionales», bien a iniciativa de éste o bien a petición de las administraciones gestoras de los parques nacionales.

Asimismo, para potenciar la coordinación, se crea una Comisión de Coordinación en cada uno de los Parques Nacionales supraautonómicos y un Comité de Colaboración y Coordinación, que reunirá periódicamente a los responsables técnicos de todos los parques junto con los de la Red. En esta misma línea, la Ley considera relevante la existencia de instrumentos de colaboración y cooperación con otras redes similares en el ámbito internacional.

Por otro lado, la Ley es exigente con los requisitos que debe cumplir un territorio para ser declarado parque nacional y, una vez declarado, las actuaciones que se realicen son calificadas de utilidad pública o interés social. Por este motivo, se resaltan las actividades prohibidas, como son la pesca deportiva y recreativa, la caza deportiva y comercial; la tala con fines comerciales; aprovechamientos hidroeléctricos, vías de comunicación y redes energéticas; las explotaciones y extracciones mineras, de hidrocarburos, áridos y canteras, y el sobrevuelo a menos de 3.000 metros de altura. Cabe destacar que este asunto ha sido el más comentado y polémico de la tramitación y posterior publicación de esta Ley.

En este punto, en su disposición adicional séptima, se incorpora como novedad en la Ley, fruto de una polémica enmienda 278, que las Administraciones públicas adoptarán, en un plazo máximo de seis años a partir de la entrada en vigor de la Ley, las medidas precisas para adecuar la situación de los Parques Nacionales ya declarados. En los casos en que la adecuación afecte a derechos de terceros, las Administraciones públicas promoverán la celebración de acuerdos voluntarios o, en su defecto, aplicarán los procedimientos de expropiación forzosa o rescate de los correspondientes derechos.

Este precepto fue muy criticado tanto por la oposición como por parte de distintos grupos ecologistas ya que, de esta manera, se prorrogan las actividades prohibidas por la Ley hasta finales de 2020. En su opinión, la Ley prioriza los intereses de empresarios y terratenientes sobre el interés común en la protección ambiental de estos espacios y la vida de los animales. Se expone igualmente que se da entrada al mantenimiento de cotos privados de caza descuidando la protección de las características innatas de estos espacios.

Esto resulta contradictorio con lo dispuesto en el artículo 7.3 a) de la Ley, que obligaba a las administraciones, en los casos de Parques Nacionales en los que todavía esté autorizada la caza, a la adopción de medidas para su eliminación, antes de 2017,

siguiendo las premisas ya establecidas en la Ley predecesora de 2007, que dio un margen de diez años (es decir, hasta 2017) para la eliminación absoluta de la caza en Parques Nacionales.

La Ley, en teoría, en un intento de controlar las actividades que se puedan realizar, prevé la creación del Plan Director de la Red de Parques Nacionales como documento de más alto rango en la planificación de estos Parques. Incluirá las grandes directrices para su planificación, gestión y conservación, al tiempo que simplifica su procedimiento de elaboración y singulariza y potencia los efectos de las directrices básicas de conservación.

En conclusión, es de esperar que la prioridad de la Ley y de todos los sujetos implicados resida, en todo caso, en la preservación y protección de estos espacios, que, como se ha dicho, se caracterizan por su especial riqueza en fauna y flora.

Miren SARASÍBAR IRIARTE  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo*  
*Universidad Pública de Navarra*  
[miren.sarasibar@unavarra.es](mailto:miren.sarasibar@unavarra.es)

**Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre,  
de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas**  
**[BOE n.º 294, de 5-XII-2014]**

**RÉGIMEN DISCIPLINARIO FUERZAS ARMADAS**

La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, impone la obligación de elaborar una ley de reforma del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que tenga en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales del ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar y la necesaria adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que le vienen señaladas en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

Esta potestad disciplinaria que ejerce la Administración está justificada en la salvaguardia del interés público y defensa de los valores esenciales de las Fuerzas Armadas, aplicándose con las distinciones necesarias entre el ámbito sancionador disciplinario y el penal militar. En relación con estos ámbitos se mantiene la compatibilidad entre la responsabilidad disciplinaria, la civil, la penal y la disciplinaria judicial, sin vulneración del principio *non bis in ídem* ya que no puede recaer sanción penal y administrativa cuando hubiere identidad del bien jurídico protegido.

Las faltas se clasifican en faltas leves, graves y muy graves, unificando con la clasificación tripartita consolidada en el ordenamiento jurídico sancionador español, y abandonando la clasificación anterior; las faltas muy graves corresponden a la reiteración en comportamientos sancionables y la tutela especial que merece la disciplina, los deberes del mando y del servicio, como valores esenciales a las Fuerzas Armadas.

Las infracciones del derecho internacional aplicables en los conflictos armados también se tipifican como faltas, al sancionarse la inobservancia por imprudencia de las normas humanitarias y el incumplimiento por el superior de su deber de garante de la conducta de sus subordinados, siendo en ambos casos este reproche disciplinario complementario de la conducta dolosa constitutiva de delito militar o común. Importancia también debemos darle a la inclusión de la infracción específica de encubrimiento.

En relación a las sanciones, y partiendo de la base del artículo 25.3 de la Constitución española que permite establecer sanciones que impliquen privación de libertad, se ha reducido la extensión máxima del arresto por faltas leves a un máximo de catorce días, siendo anteriormente de treinta. Se introduce la sanción económica de 1 a 15 días para faltas leves, con pérdida de retribuciones durante ese tiempo, excepto para los alumnos de los centros docentes militares de formación, sobre quienes se podrá imponer una sanción de privación de salida de uno a ocho días.



Para las sanciones aplicables a las faltas graves se ha reducido del mismo modo la extensión máxima del arresto, de dos meses a treinta días, incorporando la sanción económica y manteniendo las sanciones clásicas del régimen disciplinario militar, tales como la pérdida de destino o la baja en el centro docente militar de formación.

Las sanciones que son de aplicación a las faltas muy graves son básicamente las sanciones de suspensión de empleo, separación del servicio, la resolución de compromiso y el arresto con extensión máxima de sesenta días.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público también tiene su influencia en la presente norma, ya que los plazos de prescripción de faltas graves y muy graves se identifican con los regulados en el EBEP. Del mismo modo, la prescripción de las faltas leves establecida en dos meses se justifica en la necesidad de una reacción inmediata y en las características del procedimiento para su imposición, preferentemente oral.

Las autoridades y mandos con potestad disciplinaria son modificados, residiendo para las faltas muy graves en el Ministro de Defensa, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. El Ministro de Defensa sigue siendo el único que puede imponer la separación del Servicio.

Para las faltas graves, y con el fin de agilizar el procedimiento y alcanzar la inmediatez en la valoración, se extiende la competencia a los oficiales generales con mando o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo.

Esta competencia recae en relación a las faltas leves en los jefes de regimiento y comandantes de las unidades, sobre quienes recae el núcleo competencial del sistema disciplinario militar.

Las especialidades relativas al ejercicio de la potestad disciplinaria a bordo de los buques de guerra o sobre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que desempeñan funciones judiciales y fiscales, así como sobre los miembros del Cuerpo Militar de Intervención en funciones interventoras, se mantienen.

Las medidas cautelares son reguladas con detalle, estableciéndose una compensación económica para los supuestos de terminación sin responsabilidad del procedimiento por inexistencia de infracción, garantizándose la tutela judicial a través del recurso contencioso-disciplinario militar.

Una peculiaridad que recoge la norma es la regulación del régimen disciplinario aplicable a las unidades y personal destacados en zona de operaciones, atribuida la potestad disciplinaria a los militares españoles que hayan sido designados comandantes, jefes o responsables de una fuerza, contingente, representación, unidad o agrupamiento táctico y tengan bajo sus órdenes a otros militares españoles, pudiendo imponer sanciones para las faltas leves y graves, excepto la pérdida de destino.

El procedimiento sancionador está presidido por los principios de legalidad, imparcialidad, publicidad, impulso de oficio, celeridad, eficacia y contradicción. Se establece

una simplificación de trámites, pudiendo utilizarse medios electrónicos y recabando el apoyo de los órganos de las Administraciones Públicas, para cumplir con los principios anteriormente enumerados.

Las fases del procedimiento disciplinario se unifican con las establecidas para el procedimiento administrativo común, eliminándose la figura del pliego de cargos, incluyendo como novedad la cancelación de oficio de las anotaciones por faltas disciplinarias, a excepción de las de separación de servicio y resolución de compromiso, que a instancia de parte se valorará la cancelación.

Por último en las disposiciones adicionales se regula la aplicación de este régimen disciplinario a la Guardia Civil cuando actúe en misiones de carácter militar o integrado en unidades militares.

En consecuencia, nos encontramos con una norma extensa y completa, que cubre y rectifica (a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2011 de 8 de noviembre) algunos vicios y defectos de la aplicación de las anteriores normas. Se pretende dotar de una mayor armonización con la normativa de funcionarios del Estado, teniendo en cuenta la profesionalización de las Fuerzas Armadas y las misiones constitucionales que tiene encomendadas.

Amador FERNÁNDEZ NIETO  
*Doctorando en Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[amadorfn@usal.es](mailto:amadorfn@usal.es)

**Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología**  
**[BOE n.º 309, de 23-XII-2014]**

**METROLOGÍA**

La nueva Ley de Metrología contiene 26 artículos divididos en seis capítulos, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y seis Disposiciones Finales. La Ley entró en vigor el 24 de diciembre de 2014 y deroga de forma expresa la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología [BOE n.º 67, de 19-III-1985]; el Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, por el que se modifica la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, y se establece el control metrológico CEE [BOE n.º 155, de 30-VI-1986]; el artículo 11 de la Ley 25/2009, de 25 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio [BOE n.º 308, de 23-XII-2009], y el Capítulo VI del Real Decreto 889/2006, de 21 de julio, que regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida [BOE n.º 183, de 02-VIII-2006].

La Ley de Metrología se dicta al amparo del artículo 149.1.12.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación sobre pesas y medidas y la determinación de la hora oficial. Quedan fuera de este paraguas competencial el artículo 14 (Exportación de determinados objetos metrológicos), anclado en el 149.1.28.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, y la DF 3.<sup>a</sup>, que se dicta en ejercicio de la competencia atribuida al Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica por el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la CE. El propósito del legislador, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, es el de dotar a los operadores jurídicos de un texto de nuevo cuño, en sustitución de la Ley de Metrología de 1985, cuyo texto ha sufrido múltiples modificaciones y adaptaciones a la normativa europea a lo largo de sus años de vigencia, para que éstos puedan aplicar el régimen previsto de forma más ágil y con mayor seguridad jurídica.

Abordando ya el contenido de la Ley, cabe destacar que el primer Capítulo (Disposiciones generales) contiene solo un artículo que se ocupa de establecer el objeto de la Ley, que no es otro que «(...) el establecimiento y la aplicación del Sistema Legal de Unidades de Medida, así como la fijación de los principios y de las normas generales a las que debe ajustarse la organización y el régimen jurídico de la actividad metrológica en España» (art. 1). A continuación, el Capítulo II (arts. 2 a 6) se centra en la regulación del sistema legal de unidades de medida. Así, en el artículo 2 se dispone el sistema y unidades legales de medida y sus reglas de escritura para la medición de la longitud (metro, m); de la masa (kilogramo, kg); del tiempo (segundo, s); de la intensidad de corriente eléctrica (amperio, A); de la temperatura termodinámica (kelvin, K); de la cantidad de sustancia (mol, mol); y de la intensidad lumínica (candela, cd.). A

continuación, en el artículo 3 se dispone que el Gobierno, «(...) mediante real decreto y de conformidad con las resoluciones de la Conferencia General de Pesas y Medidas y con la normativa de la Unión Europea», determinará «el establecimiento de las definiciones de las unidades básicas y derivadas, sus nombres y símbolos, de las escalas de tiempo y temperatura, de las reglas de escritura de los símbolos y nombres de las unidades y de las reglas de expresión de los valores de las magnitudes y para la formación de los múltiplos y submúltiplos de las unidades». Seguidamente, en el artículo 4 se regulan los patrones nacionales y diseminación de las unidades de medida, mientras que en el artículo 5 se precisan las características de los materiales de referencia. El Capítulo se cierra con la determinación las normas de utilización del sistema legal de unidades de medida (art. 6).

El Capítulo III establece el régimen jurídico del Control Metrológico del Estado. Para ello, en el artículo 7 se define esta materia como «el conjunto de actividades que contribuyen a garantizar la certeza y corrección del resultado de las mediciones, regulando las características que deben tener los instrumentos, medios, materiales de referencia, sistemas de medida y programas informáticos relacionados con la medición; los procedimientos adecuados para su utilización, mantenimiento, evaluación y verificación; así como la tipología y obligaciones de los agentes intervinientes». A continuación, la norma determina qué elementos quedan sometidos al control metrológico del Estado (art. 8) y se establecen las fases en las que se desarrolla dicha actividad (art. 9). Además, se atribuyen a las Administraciones públicas con competencias en la materia las potestades de vigilancia e inspección respecto de todos los elementos, sistemas, instrumentos y materiales que caigan bajo el control metrológico del Estado (art. 10.1). Dichas potestades deberán ser ejercidas por personal funcionario al servicio de las AA. PP. Éstos quedan investidos de la condición de autoridad (art. 10.2).

Las actividades de los particulares dedicados a la reparación o modificación de instrumentos de medida quedan sometidas, según el artículo 11, al régimen de declaración responsable. La presentación de una única declaración ante la Administración competente permite el desarrollo de la actividad en todo el territorio del Estado y los particulares establecidos en otros Estados miembro de la UE que desarrollen sus actividades en régimen de libre prestación de servicios están exentos de presentar una nueva declaración. Finalmente, el Capítulo se ocupa de establecer qué debe entenderse como «Reparación o modificación de instrumentos sometidos al control metrológico del Estado» y como debe desarrollarse (art. 12) y de determinar el régimen de los «Productos preenvasados» (art. 13).

El Capítulo IV está compuesto por un único artículo (art. 14) dedicado a la regulación de la «Exportación de determinados objetos metrológicos». Seguidamente, el Capítulo V (arts. 15 a 19) establece el régimen jurídico de la organización administrativa dedicada al control metrológico. En el artículo 15 se opera la distribución de competencias en la materia entre el Estado y las CC. AA. A estas últimas, la Ley les reserva las

competencias ejecutivas de control metrológico que les hayan sido transferidas por el Estado y a ellas corresponde determinar, en uso de su potestad de autoorganización, a qué órgano le corresponde ejercerlas.

En el ámbito de la Administración General del Estado los órganos y organismos con competencias en la materia son: en primer lugar, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (art. 15); en segundo lugar, el Consejo Superior de Metrología, órgano colegiado interministerial adscrito al Ministerio precitado (art. 16), y el Centro Español de Metrología, organismo autónomo adscrito al mismo departamento ministerial (art. 17). Los artículos 18 y 19 se ocupan respectivamente del «Registro de control metrológico» y de «Los organismos designados», es decir, de las entidades que colaboran con las Administraciones en el ejercicio del control metrológico.

El último Capítulo de la Ley, el VI, está dedicado al establecimiento de un régimen sancionador en la materia. Por ello, en el artículo 20 se determinan quiénes son los infractores y en el artículo 21 se regulan las infracciones. A continuación, se establece una gradación de estas últimas (leves, graves y muy graves) (art. 22) y se dispone el catálogo de sanciones que lleva aparejadas cada una de las conductas antijurídicas tipificadas por la Ley (art. 23). Seguidamente, se atribuye la competencia para resolver los procedimientos sancionadores (art. 25) y se determina el régimen jurídico del procedimiento administrativo sancionador, con una remisión al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 26).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Ley modifica los artículos 4, 16.2, 33.1.b) y 33.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico [BOE n.º 310, de 27-XII-2013] y los artículos 4.5, 8.11, 13.1.b), 15, 16, 18, 31 y 34.1 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria [BOE n.º 176, de 23-VII-1992].

Clara Isabel VELASCO RICO  
*Profesora Lectora de Derecho Administrativo*  
*Universidad Pompeu Fabra*  
[clara.velasco@upf.edu](mailto:clara.velasco@upf.edu)

[Ley 33/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica  
la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado  
\[BOE n.º 313, de 27-XII-2014\]](#)

**PESCA MARÍTIMA**

La Ley 33/2014, de 26 de diciembre, modifica la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado [BOE n.º 75, 28-III-2001]. La norma modificada ha estado en vigor durante trece años y a lo largo de ellos ha sufrido varias modificaciones de calado. Sin embargo, la aprobación de nueva normativa europea y la necesaria adaptación a la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en la materia han obligado al legislador a introducir modificaciones sobre varios aspectos importantes de la regulación del sector. La Ley 33/2014 consta de un artículo único. Dicho artículo se acompaña de tres disposiciones transitorias: la primera, relativa a la aplicación de la legislación sancionadora más favorable; la segunda, referida a la aplicación, desde la entrada en vigor de la norma, de la nueva reducción de la cuantía de las sanciones pecuniarias, en caso de ser pagadas éstas, previa renuncia expresa del infractor a la interposición de los recursos pertinentes; y la tercera, reguladora de los registros autonómicos de buques que faenen exclusivamente en aguas interiores y los auxiliares de las instalaciones de acuicultura.

En cuanto a los objetivos perseguidos con la reforma, cabe destacar, en primer lugar, que la modificación de la Ley de Pesca Marítima del Estado pretende vincular la regulación estatal con la política pesquera común de la Unión Europea y la gestión de la pesca marítima con la debida protección de los recursos pesqueros y el desarrollo sostenible del sector. En otro orden de cosas, y a continuación, el legislador ha detectado la necesidad de introducir medidas para el fomento de la igualdad de género y para reforzar la prohibición de discriminación por cualquier circunstancia en el sector regulado. Asimismo, la Ley del 2001 se ha adaptado para incorporar nuevos medios de gestión con objeto de garantizar la protección de los recursos pesqueros, ajustándose la norma a los avances previstos por el Derecho de la Unión en materia de comunicación de documentos y llevanza de registros por medios electrónicos y a las Directivas específicas del sector de la pesca, como la Directiva relativa a la pesca ilegal. Ello ha comportado la necesidad de regular nuevos instrumentos de gestión de la flota pesquera y se ha modificado el tratamiento del Registro de Buques.

De igual modo, la modificación de la Ley de Pesca Marítima del Estado ha abordado la necesaria regulación de actividades con cada vez mayor incidencia en la pesca marítima como la denominada «pesca recreativa». Igualmente, el legislador ha modernizado y ajustado el aparato sancionador de la Ley respecto a determinadas cuestiones que no quedaron bien resueltas en la legislación anterior. En último lugar, debe destacarse que la nueva ley ajusta sus previsiones a la jurisprudencia constitucional que permite declarar la precedencia de la habilitación competencial del artículo 149.1.13.ª. Ésta atribuye al Estado la competencia de ordenación básica de la

actividad comercial a los efectos de regular la obligatoria trazabilidad de los productos y de asegurar su control.

Al poner el foco específicamente en el contenido de las modificaciones introducidas por la Ley –en los diferentes apartados de su artículo único– es preciso destacar, en primer lugar, que se introducen cambios en las definiciones contenidas en el artículo 2 y se incluye un nuevo artículo 3 bis sobre las actuaciones de necesaria implementación en materia de igualdad de trato y oportunidades. También, se da una nueva redacción a los artículos 14 y 15 de la Ley, que tratan respectivamente las «reservas marinas» y los «arrecifes artificiales». En segundo lugar, y en cuanto a los instrumentos que permiten controlar el número de operativos que se dedican a la explotación pesquera de los recursos marítimos y sus actividades, se regulan, de nuevo, el censo de la Flota Pesquera Operativa, previsto en el artículo 22 de la Ley de Pesca Marítima del Estado, y el «diario de pesca» establecido en el artículo 33. Asimismo, se dispone en la nueva redacción del artículo 38 de la Ley modificada que los inspectores de pesca marítima en aguas exteriores tendrán la condición de autoridad en el desempeño de su actividad inspectora y, adicionalmente, se añade un nuevo artículo 40 relativo al control de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada. A continuación, la norma introduce modificaciones en relación con el Registro General de la Flota Pesquera (art. 57 de la Ley modificada) y se ajusta el contenido del artículo 58 relativo a los «Programas de construcción, modernización y reconversión» y del artículo 59 sobre «Nuevas construcciones» de buques pesqueros.

Debe enfatizarse también la nueva regulación sobre «Medidas de diversificación pesquera y acuícola» contenida en el Capítulo VI de la Ley modificada. Al citado Capítulo se le han añadido los artículos 74 *bis* y *ter*, en relación con la «Coordinación y fomento de la diversificación económica el sector pesquero y acuícola» y con las «condiciones de la pesca-turismo», así como se establecen prohibiciones de comercialización de productos derivados de la pesca en determinados supuestos (art. 79). Además, la norma de modificación de la Ley de Pesca Marítima del Estado altera notablemente, como se ha adelantado, el contenido del Título V de la misma, sobre «Infracciones y sanciones» en la materia, distribuyéndose, a la vez, el ejercicio de las competencias sancionadoras en el sector entre las diversas autoridades potencialmente competentes. La nueva regulación establece un listado graduado de infracciones y sanciones y criterios para identificar a los responsables de la comisión de las conductas antijurídicas contempladas por la norma.

Sobre el anclaje competencial que permite al Estado regular diversos aspectos de esta actividad, es preciso mencionar que se modifica la Disposición adicional de la Ley de Pesca Marítima del Estado de 2001 para establecer que:

1. Constituyen legislación de pesca marítima y se dictan al amparo del artículo 149.1.19ª de la Constitución, el título I y los artículos 57 (y concordantes reguladores del Registro General de la Flota Pesquera), 89 a), 90 en el ámbito de sus competencias, 95 en el ámbito de la pesca marítima en aguas exteriores, 97 a 101, 105 a 110, 112, 114, disposiciones adicionales primera y sexta y disposición transitoria única.

2. Constituyen legislación básica de ordenación del sector pesquero y se dictan al amparo del artículo 149.1.19<sup>a</sup> de la Constitución el título II, salvo el artículo 57 (y concordantes reguladores del Registro General de la Flota Pesquera), el capítulo V en materia de trazabilidad y control, y el capítulo VI; y los artículos 89 b), 90 en el ámbito de sus competencias, 102 a 106, 111.1, 113 y disposición adicional quinta.
3. Constituyen legislación básica de ordenación de la actividad comercial y se dictan al amparo del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución, el título III y los artículos 89 b), 103 a), c), d), j), m) y q), 104 a) y c), 105 apartado 1 letras a), b), c), e), g), h), i) y l), y apartados 2 y 3, 106, 111.2, 113 y disposición adicional quinta. El capítulo V del título II se dicta al amparo del mencionado artículo 149.1 en su regla 13.<sup>a</sup> en materia de trazabilidad y control, y conjuntamente con la 19.<sup>a</sup>, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de ordenación del sector pesquero, en el ámbito de sus competencias.

Finalmente, debe señalarse que la Ley 33/2014, de 26 de diciembre, deroga expresamente las siguientes normas: la Ley 144/1961, de 23 de diciembre, sobre reorganización de las Enseñanzas Náuticas y de Pesca [BOE n.º 311, de 23-XII-1961]; la Ley 147/1961, de 23 de diciembre, sobre renovación y protección de la flota pesquera [BOE n.º 311, de 29-XII-1961]; la Ley 156/1961, de 23 de diciembre, sobre dotaciones del Profesorado de las Escuelas de Náutica y de Pesca [BOE n.º 311, de 29-XII-1961]; la Ley 23/1964, de 29 de abril, sobre dotación de las Escuelas de Náutica y de Formación Náutico-Pesquera [BOE n.º 107, de 04-V-1964]; la Ley 28/1965, de 4 de mayo, sobre ampliación de las modalidades de títulos que ha de poseer el Profesorado de las Escuelas Oficiales de Náutica y el de las de Formación Profesional Náutico-Pesquera [BOE n.º 107, de 05-V-1965]; la Ley 71/1978, de 26 de diciembre, de desarrollo de la pesca en Canarias [BOE n.º 9, de 10-I-1979]; la Ley 33/1980, de 21 de junio, sobre creación de un Fondo de Regulación y Organización del Mercado de Productos de la Pesca y Cultivos Marítimos (FROM) [BOE n.º 154, de 17-VI-1980]; la Ley 20/1995, de 6 de julio, de medidas relativas a la conservación y comercialización de los productos pesqueros [BOE n.º 167, de 07-VII-1995]; la Ley 23/1997, de 15 de julio, de Ordenación del Sector Pesquero de Altura y Gran Altura que Opera Dentro de los Límites Geográficos de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste [BOE n.º 169, de 16-VII-1997]; y la Ley 9/2007, de 22 de junio, sobre regulación y actualización de inscripciones de embarcaciones pesqueras en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el Censo de la Flota Pesquera Operativa [BOE n.º 150, de 23-VI-2007], con fecha 31 de julio de 2015. Con la misma fecha se deroga también el Título VI de la Ley 3/2001, de 26 de marzo [BOE n.º 75, 28-III-2001].

Clara Isabel VELASCO RICO  
*Profesora Lectora de Derecho Administrativo*  
*Universidad Pompeu Fabra*  
[clara.velasco@upf.edu](mailto:clara.velasco@upf.edu)



**Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas**  
**[DOUE L 317, de 4-XI-2014]**

**HACIA LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS  
Y DE SUS FUNDACIONES POLÍTICAS EN LA UNIÓN EUROPEA:  
EL ESTATUTO JURÍDICO Y LA FINANCIACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS  
Y DE SUS FUNDACIONES POLÍTICAS AFILIADAS**

Decía Kelsen en su obra *Esencia y valor de la democracia* que sólo por dolo o ignorancia puede negarse el trascendental papel que cumplen los partidos políticos en las democracias actuales. La «integración democrática» de la Unión Europea, sin duda, requiere también de la regulación del estatuto y el régimen de financiación de los partidos políticos europeos y de sus fundaciones afiliadas; unos entes que, sin duda, van a desempeñar un papel clave «en la articulación de la voz de los ciudadanos a escala europea colmando el vacío entre la política en el plano nacional y en el plano de la Unión».

La experiencia de estos años ha mostrado las innatas limitaciones reguladoras del Reglamento (CE) n.º 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo y, por ello, el Reglamento (UE, EURATOM) n.º 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, que sustituye a la anterior regulación, se aprueba con la principal finalidad de mejorar el marco legal y financiero de los partidos políticos europeos y de sus fundaciones, una regulación, en fin, que permita crear unas entidades más «visibles e intervenir con eficacia en el sistema político de varios niveles de la Unión».

La nueva normativa se estructura en seis Capítulos, que en cuarenta y un artículos regulan jurídicamente los aspectos esenciales de los dos principales agentes de participación política europeos: los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, tanto en lo que se refiere a su estatuto y reconocimiento jurídico, como a su financiación.

El Capítulo I (arts. 1 y 2) establece unas disposiciones generales que, en primer término, aclaran la naturaleza privada de los partidos políticos, al concebirllos como «asociación de ciudadanos». Atrás quedan, pues, los antiguos debates que también tuvieron lugar en España sobre la naturaleza pública de los partidos políticos. Por otra parte, y a diferencia de nuestra Ley 6/2002, de Partidos Políticos, el Reglamento

recoge los conceptos de partido político europeo y fundación política europea. Así, el partido político europeo sería una «coalición de partidos políticos que persigue objetivos políticos y que está registrado ante la Autoridad» y la fundación una «entidad afiliada formalmente a un partido político europeo, que está registrada ante la Autoridad y/o que a través de sus actividades... apoya y complementa los objetivos del partido político» (art. 2). Resulta destacable, pues, la necesidad de que el partido político y la fundación estén registrados, así como que la fundación es una entidad política ligada al partido político y condicionada en su devenir por el partido al que esté afiliada.

Es canónica la triple distinción del contenido del derecho de asociación política en libertad de creación de partidos políticos, libertad interna o de autoorganización y libertad de actuación partidaria.

El artículo 3 del Reglamento establece los requisitos que deben cumplir los partidos políticos europeos y sus fundaciones para su creación. Ésta y el reconocimiento de su personalidad jurídica deriva de su inscripción (valor constitutivo) en un registro. En ambos casos, además de exigirse una serie de elementos formales y materiales (sede, representatividad, participación en las elecciones al Parlamento Europeo y no tener ánimo de lucro, en el caso de los partidos políticos, o bien la vinculación a un partido político europeo registrado, complementar los objetivos del partido o una composición transnacional de sus órganos de dirección, para el supuesto de las fundaciones), se añade una exigencia programática, que afecta a la propia ideología del partido y de la fundación, a la manera de las democracias militantes: debe respetar (tanto el partido como la fundación), en particular en su programa y actividades, los valores en los que se basa la Unión, enunciados en el artículo 2 del TUE, a saber, el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (artículos 3.1 c y 3.2.c). No cabe duda de que en este aspecto el régimen de constitución de los partidos políticos europeos se aleja del sistema español, anclado en la democracia formal y donde el registro realiza un mero control de verificación reglada de los requisitos formales del partido (STC 85/1986). Además, en el registro deben incluirse los estatutos de los partidos y de las fundaciones. La normativa requiere un contenido mínimo de los estatutos, que puede ser ampliado por las propias entidades, de acuerdo a la regulación propia de los Estados miembros. En los estatutos se desarrolla aunque en sus aspectos básicos la exigencia de democracia interna de los partidos que debe ser conciliada con su libertad de autoorganización. La carga de la democracia interna (art. 4.2) incluye normas tanto en lo que se refiere a su estructura interna como al estatus de sus afiliados.

El control del registro de partidos políticos europeos y de sus fundaciones corresponde a un organismo que crea el nuevo Reglamento: la Autoridad (art. 6). A este organismo se le atribuyen las funciones de registro, control y la potestad sancionadora. Tiene su sede en el Parlamento Europeo y goza de un estatus de independencia. Su

director será nombrado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión por un período de cinco años no renovable y está sometido a un severo régimen de inelegibilidad e incompatibilidad y cada año debe presentar un Informe ante los organismos que lo han nombrado, que refleje las actividades que ha realizado. En sus decisiones debe respetar el derecho de asociación y el pluralismo político y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para revisar sus decisiones. No sólo decide sobre la inscripción en el registro de un partido y una fundación, sino que también le compete la verificación *a posteriori* del cumplimiento de las condiciones y requisitos del registro. La Autoridad no lleva a cabo un mera verificación reglada, al estilo español, de los requisitos del registro, sino que debe controlar que el partido o la fundación respetan los valores de la Unión Europea, bien en la fase del registro, constatando que estas entidades presenten una declaración formal que se adjunta como anexo al Reglamento, bien en el momento de funcionamiento y actividades del partido y las fundaciones. La Autoridad es competente, pues, para no registrar a un partido o fundación que no cumpla tanto con los requisitos formales exigidos por el Reglamento como que no respete los valores de la Unión, pero también *motu proprio* o a instancia del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión puede decidir sobre la baja de estas entidades del registro cuando no respeten los valores de la Unión. En este último supuesto nos hallaríamos ante una suerte de «ilegalización administrativa» por razones ideológicas, absolutamente prohibida para el caso español, que como es conocido sólo permite la ilegalización judicial, y el control alcanza sólo a las actividades y no a la ideología del partido (STC 48/2003). No obstante, y para el supuesto especial del control ideológico del partido o la fundación la decisión de la Autoridad está sometida a una serie de garantías (artículo 10): debe ser motivada, proporcionada, pues sólo se producirá en caso de «incumplimiento manifiesto y grave», sometida a un procedimiento con las necesarias garantías procesales y cuya última decisión en esta fase compete al Parlamento Europeo y al Consejo. Además y sólo para el caso del incumplimiento de los valores de la Unión, la Autoridad se ayudará del Dictamen de un nuevo organismo que se crea: el Comité de Personalidades Independientes (artículo 11). Un decisión de la Autoridad sobre la negación o cancelación del registro del partido alcanza también a las fundaciones afiliadas a ese partido.

El Capítulo IV del Reglamento (arts. 17 a 22) contiene las disposiciones relativas a la financiación de los partidos políticos europeos y sus fundaciones afiliadas.

El artículo 17 establece la posibilidad de que los partidos y fundaciones obtengan financiación pública con cargo al Presupuesto General de la Unión Europea. Para acceder a estas subvenciones públicas se exige, en el caso de los partidos, que estén registrados, no estén en situación de exclusión y que ostenten una representatividad y en el caso de las fundaciones que estén afiliadas a un partido, registradas y no estén en situación de exclusión. El artículo 17.4 establece un límite a estas subvenciones, que no pueden superar el 85% de los costes anuales reembolsables indicados en el

presupuesto del partido o en los que haya incurrido una fundación, y el apartado quinto determina los gastos que son reembolsables. Por otra parte, el artículo 19 establece un doble criterio de concesión y distribución de estas subvenciones: una cantidad fija y otra variable en función de la representatividad del partido y también se extiende a las fundaciones.

El artículo 20 regula la financiación privada, mediante donaciones y aportaciones. En cuanto a las donaciones se permiten las donaciones de personas físicas y jurídicas con un límite de 18.000 euros por año y donante, y en el apartado quinto se prohíben las donaciones anónimas y aquellas procedentes de los grupos políticos del Parlamento Europeo, de poderes públicos, de cualquier Estado, de empresas públicas o sometidas a su control, o de empresas privadas o particulares de terceros países que no tengan derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. Las donaciones están sometidas a un régimen de información, especialmente aquellas llevadas a cabo en los seis meses previos a las elecciones europeas, así como de publicidad. Por otra parte, se permiten también las aportaciones de los miembros a los partidos y fundaciones (y en el caso de las fundaciones de los partidos, a excepción de los fondos recibidos por el partido del Presupuesto del Parlamento Europeo) con un límite del 40%. Por último, el Reglamento permite las contribuciones de los ciudadanos que sean miembros por un valor de hasta 18.000 euros por miembro y año cuando se hagan en su propio nombre, y se excluye del límite máximo a determinados miembros.

Los artículos 21 y 22 establecen la financiación prohibida, ya que no se permite la financiación de campañas en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo, que se rige por la normativa de los Estados, ni la financiación de otros partidos y, en particular, de partidos o candidatos nacionales, ni campañas de referendos.

La efectiva garantía del cumplimiento de la regulación del estatuto y financiación de partidos políticos europeos y sus fundaciones requiere un sistema de control e imposición de sanciones para supuestos de incumplimiento, que se reconoce en el Capítulo V (arts. 23 a 30).

En este sentido, el control se ejerce por la Autoridad, el ordenador del Parlamento Europeo y los Estados miembros competentes (art. 24) y en el artículo 23 se establece un deber de información y de colaboración, cuyo control corresponde a la Autoridad. La ejecución y control en relación a la financiación de la Unión (art. 25) corresponde también al Tribunal de Cuentas y a la OLAF, que ostentan poderes de investigación.

El artículo 27 establece las causas que provocan una declaración de baja del registro por la Autoridad: cuando el partido haya participado en actividades ilegales en detrimento de los intereses financieros de la Unión, cuando no cumple los requisitos legales para su reconocimiento o cuando un Estado miembro presente una solicitud de baja por grave incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho interno. Asimismo, la Autoridad impone sanciones financieras de acuerdo al principio de tipicidad de las infracciones, diferenciando entre las infracciones financieras las no cuantificables y las

cuantificables, y el ordenador del Parlamento Europeo también puede imponer la exclusión de la financiación de la Unión de cinco o diez años si el partido o la fundación incurren en algunas de las infracciones no cuantificables. En todo caso, las sanciones también se someten al principio de tipicidad y proporcionalidad. El plazo de prescripción de las infracciones es de cinco años.

También se contienen en este Capítulo el deber de cooperación entre la Autoridad, el ordenador del Parlamento Europeo y los Estados miembros (art. 28), medidas correctoras y de buena administración (art. 29) y la competencia del ordenador del Parlamento Europeo para anular o revocar cualquier acuerdo o decisión sobre financiación de la Unión y la recuperación de los fondos de la Unión Europea.

Finalmente, el Capítulo VI (arts. 31 a 41) incluye el deber de información a los ciudadanos; medidas de transparencia y publicidad, que se deben conciliar con el respeto a la protección de los datos personales, y garantías procesales como el derecho de audiencia (art. 34) y el derecho al recurso (art. 35) frente a las decisiones de la Autoridad o bien del ordenador del Parlamento Europeo.

Mercedes IGLESIAS BÁREZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Salamanca*  
[merche@usal.es](mailto:merche@usal.es)

Reglamento (UE, Euratom) n.º 1142/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 en lo que respecta a la financiación de los partidos políticos europeos [DOUE L 317, de 4-XI-2014]

**APUNTES SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EUROPEOS MEDIANTE LAS CONTRIBUCIONES DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA**

El Reglamento (UE, EURATOM) n.º 1142/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 tiene como objeto inmediato la modificación del Reglamento (UE, EURATOM) n.º 966/2012 (en adelante, Reglamento financiero), que permite así su adaptación al Reglamento (UE, EURATOM) n.º 1141/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas.

El Reglamento consta de dos artículos: el artículo uno modifica el Reglamento Financiero en sus artículos 121.2 y 125, y añade el Título VIII Contribuciones a los partidos políticos europeos, mientras que el artículo segundo dispone la entrada en vigor y aplicación de la nueva normativa.

Tras la aprobación del Reglamento n.º 1142/2014, que establecía un nuevo régimen de financiación de los partidos políticos europeos, era necesaria la modificación del Reglamento Financiero, especialmente en aquellos aspectos que regulaban la financiación pública de los partidos europeos mediante las contribuciones a cargo del Presupuesto General de la Unión Europea.

En este sentido, y entre otras cuestiones, se requería una normativa más flexible que la establecida en la anterior normativa en cuanto a los plazos para poder utilizar estas contribuciones por los partidos, regular esta contribución de una forma más específica mediante previsiones que se ajustaran mejor a las necesidades propias de los partidos, o bien establecer la obligación de presentar por los partidos un programa de trabajo anual.

Al mismo tiempo, la nueva regulación atiende a la necesidad de que el Ordenador competente verifique que los fondos o contribuciones recibidos por los partidos se han utilizado para los fines previstos, es decir, atienden a los gastos reembolsables, conforme a lo establecido en la convocatoria de contribuciones y dentro de los plazos fijados en el Reglamento; o que las contribuciones se utilicen como máximo al término del ejercicio siguiente al de su concesión. De la misma forma la nueva normativa prevé que los fondos de la Unión concedidos para financiar los costes de funcionamiento de los partidos políticos europeos no se utilicen para fines distintos de los establecidos en el Reglamento n.º 1141/2014 y, en particular, no es posible emplearlos para financiar directa o indirectamente a otras entidades como, por ejemplo, partidos políticos nacionales (art. 240 ter).

Las contribuciones a los partidos se debe regir por los principios de transparencia, igualdad de trato y *non bis in ídem*. Las convocatorias de las contribuciones deben ser públicas, anuales, y el partido debe presentar una solicitud previa con un presupuesto estimativo para reembolsar sus gastos (art. 204 quinquies). Además, los partidos políticos europeos deben utilizar las contribuciones para pagar un porcentaje de los gastos actuales y futuros, y no gastos o deudas contraídos antes de la presentación de sus solicitudes de contribuciones.

La nueva normativa también simplifica la concesión de las contribuciones y se adapta a las peculiaridades de los partidos políticos europeos. Se establece, así, un procedimiento garantista de concesión donde se incluyen los criterios de exclusión, y la decisión de la concesión o de su denegación corresponde al Ordenador competente, que podrá estar asistido por un Comité (art. 204 sexies). La decisión del Ordenador deberá estar motivada y frente a la misma cabe recurso administrativo y/o judicial (art. 204 septies). Además la nueva normativa establece un régimen más sencillo, suprimiendo criterios de selección, estableciendo un pago íntegro único de prefinanciación como regla general (art. 204 decies) y permitiendo la posibilidad de utilizar una financiación basada en cantidades fijas únicas, tipos fijos y costes unitarios (art. 204 octies y nonies).

Establece también un régimen de suspensión de las contribuciones, así como un régimen de sanciones. Por una parte, prevé que las contribuciones del Presupuesto General de la Unión deben ser suspendidas, reducidas o canceladas en caso de que los partidos políticos europeos incumplan las obligaciones establecidas en el Reglamento n.º 1141/2014 y, por otro lado, las sanciones basadas tanto en el Reglamento Financiero como en el Reglamento n.º 1141/2014 deben imponerse de manera coherente y respetando el principio *non bis in ídem* (art. 204 quindecies).

Finalmente, también establece el deber de conservar los registros y la documentación por parte del partido durante cinco años (art. 204 sexdecies), y las normas de selección de organismos de auditoría o expertos externos (art. 204 septdecies).

Mercedes IGLESIAS BÁREZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Salamanca*  
[merche@usal.es](mailto:merche@usal.es)

### Ley 16/2014, de 30 de septiembre, por la que se regulan las tasas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [BOE n.º 238, de 1-X-2014]

#### TASAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

La Ley 16/2014, de 30 de septiembre, entró en vigor el día 1 de enero de 2015 y tiene por objeto establecer el régimen jurídico de las tasas aplicables por la realización de actividades y la prestación de servicios por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), creada por el artículo 13 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Las tasas establecidas en esta nueva Ley con aplicación en todo el territorio nacional representan, entre otros, los recursos de la CNMV dotados de naturaleza de ingresos presupuestarios, en plena concordancia con lo establecido en el artículo 24.b) de la Ley 24/1988.

A tales efectos, pretende garantizar la suficiencia financiera de la CNMV, modificando hechos imponderables de tasas preexistentes, incorporando otros nuevos y, como consecuencia de ello, generando nuevos sujetos pasivos y nuevos ajustes en los tipos de gravamen y cuotas tributarias. Vamos a exponer a continuación cuáles han sido las principales modificaciones incorporadas.

Hasta su fecha de entrada en vigor, las tasas de la CNMV se encontraban reguladas en el Real Decreto 1732/1998, de 31 de julio, sobre tasas aplicables por las actividades y servicios prestados por la CNMV, que agrupaba las tasas en cinco secciones para un total de veintidós tipos de gravamen. Actualmente, la nueva Ley agrupa las tasas en siete secciones y establece un total de ochenta y cuatro tipos de gravamen y cuotas tributarias, que debido a su extensión no detallaremos en esta reseña.

En su **Capítulo II sección primera**, artículos 7-22, establece tres grupos de tasas, siendo estas: tasas por examen de la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de los requisitos para la admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales; tasas por examen de la documentación necesaria para el registro de folletos informativos y documentos de registro en sus distintas modalidades; y tasas por examen de la documentación necesaria para la verificación y registro o inscripción de la constitución de fondos de titulización y de fondos de activos bancarios y de sus modificaciones y nuevas incorporaciones de activos. El legislador configura como elemento esencial y unificador de esta sección un nuevo hecho imponible, que recae en el *examen de la documentación necesaria para la verificación del cumplimiento de requisitos legales, registro o inscripción* por parte de la CNMV (arts. 7, 13, 18). Anteriormente, el Real Decreto 1732/1998, que regulaba en secciones separadas estos tres grupos de tasas, establecía como hecho imponible



el acto de inscripción en los Registros oficiales de la CNMV tanto de los folletos informativos como de los documentos constitutivos de fondos de titulización. Esto refleja la primera diferencia introducida con la nueva ley, donde el registro *per se* del folleto o de actos constitutivos no devengará tasa si la documentación presentada prevé la admisión a negociación de valores, a registro o inscripción, liquidándose únicamente la tasa por la verificación o examen de la documentación. Otra modificación establecida para estos tres grupos de tasas es el cálculo de la base imponible, a cuyos efectos clasifica los valores en dos bloques, participativos y no participativos. Para los primeros, establece que la base imponible será el valor efectivo de los valores de la oferta pública que vayan a ser admitidos a negociación y solo en caso de que no haya habido oferta pública previa la base imponible será su valor nominal; para los segundos, su cálculo será a la inversa (art. 9); a diferencia de la regulación anterior que preveía el Real Decreto 1732/1998 que establecía, como regla general, que la base imponible se constituía por el valor nominal de las emisiones salvo dos excepciones concretas.

La sección segunda, artículos 23-33, regula las tasas destinadas a las ofertas públicas de adquisición de valores, en adelante OPA, agrupadas en dos; la primera relativa a tasas por examen de la documentación necesaria para la admisión a trámite y autorización de OPA y de sus modificaciones; y la segunda, de nueva creación, referida a tasas para el otorgamiento de dispensa o exención de la obligación de formular OPA. Al igual que en la sección anterior, el hecho imponible de ambos grupos de tasas recae en *el examen de la documentación necesaria para la admisión a trámite y autorización* por parte de la CNMV (arts. 23, 29). Para el primer grupo de tasas, las principales modificaciones incluyen, en primer lugar, el hecho imponible que anteriormente se constituía en *la autorización de OPA* y, en segundo lugar, el cálculo de la base imponible para OPA que se formule como permuta o como combinación de compraventa y permuta. Así, la nueva ley establece que la base imponible será el valor efectivo de los valores calculado en base a la multiplicación del precio en efectivo equivalente que aparezca en el folleto de la oferta por el número de valores a los que se dirija la misma, y no la multiplicación de la media de las cotizaciones de los valores a los que se dirige la oferta en los tres meses anteriores desde su fecha de presentación como preveía el Real Decreto 1732/1998.

En cuanto a la nueva tasa para el otorgamiento de dispensa o exención de la obligación de formular OPA, es menester señalar que se establece como una cuota fija y los sujetos pasivos sujetos al pago de la misma serán la persona o entidad a cuyo favor se solicite la dispensa o exención.

La sección tercera, artículos 34-38, inserta un nuevo tipo de tasas por examen de la documentación necesaria para la autorización y registro de mercados secundarios oficiales, sistemas multilaterales de negociación, sistemas de registro o liquidación de valores, entidades de contrapartida central y de actos relacionados con dichas

entidades, estableciendo 6 cuotas fijas en función del tipo de documentación a examinar. Incluye en su hecho imponible no solo el *examen de la documentación para autorización y registro* de los sistemas y entidades arriba señaladas, sino, también, *la autorización y subsiguiente registro de modificaciones de los reglamentos* de las infraestructuras de los mercados; *modificación de estatutos, autorización de operaciones societarias, autorización de participaciones societarias, la autorización del nombramiento de miembros del consejo de administración, directivos y asimilados* de las entidades relacionadas en el artículo 84.1.a) y b) de la Ley 24/1988; y *la emisión de la notificación y certificado para la adquisición de la condición de miembro o entidad participante* en las infraestructuras de mercados por las entidades prestadoras de servicios de inversión (art. 34).

La **sección cuarta**, artículos 39-48, detalla las tasas de cuantía fija aplicables al examen por la CNMV de la documentación necesaria para la autorización o declaración de no oposición de determinadas personas o entidades y de actos relacionados con las mismas. El hecho imponible recae, al igual que en las tasas anteriores, en el *examen de la documentación* por parte de la CNMV (art. 39). Estas tasas afectan, en primer lugar, a la creación y a determinados actos de Empresas de Servicios de Inversión, en adelante ESI; Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva, en adelante SGIIC; Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo, en adelante SGEER; Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización, en adelante SGFT, y a las ESI y SGIIC no comunitarias o no sometidas a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de julio de 2009, que presten servicios en España mediante sucursal o en régimen de libre prestación. Y en segundo lugar la inscripción en los registros oficiales de la CNMV, de las ESI, SGIIC, SGEER, SGFT, Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante IIC), Depositarios de IIC, IIC extranjeras comercializadas en España, Entidades de Capital Riesgo (en adelante ECR) y Sucursales y Agentes en España de ESI y SGIIC extranjeras, así como de actos relacionados con dichas entidades. La novedad de esta sección de la nueva Ley en contraposición con la regulación anterior del Real Decreto 1732/1998 radica en la incorporación de las directrices marcadas por la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, a fin de aproximar en el plano comunitario las condiciones de competencia entre estos organismos y conseguir una protección más eficaz y uniforme de los partícipes en los mercados de valores.

En la **sección quinta**, artículos 49-53, siguiendo el espíritu comunitario e internacional de la sección anterior fija de manera novedosa, respecto de la regulación establecida en el Real Decreto 1732/1998, las tasas por comprobación del cumplimiento de los requisitos de comercialización en España (art. 49). Tasas de cuantía fija de devengo anual, cuyo hecho imponible lo constituye *la comprobación permanente por la*

CNMV del cumplimiento de los requisitos de comercialización de las IIC extranjeras en España, estableciendo la distinción entre aquellas entidades sometidas a la Directiva 2009/65/CE. Convirtiéndose, por tanto, en sujetos pasivos todas las IIC extranjeras comercializadas en España, inscritas en los registros oficiales de la CNMV a la fecha del devengo.

La **sección sexta**, artículos 54-78, versa sobre las tasas por supervisión e inspección de determinadas personas o entidades inscritas en los registros oficiales de la CNMV, que realizan actividades de prestación de servicios de inversión; emisoras de valores, que integran los mercados secundarios oficiales de valores; sistemas multilaterales de negociación; entidades de contrapartida central, y las entidades autorizadas a gestionar sistemas de registro o liquidación de valores. Entre éstas se encuentran ESI, SGFT, IIC y sus entidades depositarias, ECR, SGEGR, SGIC y Entidades de Crédito, en adelante EC, tanto nacionales como extranjeras habilitadas para prestar servicios de inversión y auxiliares, y de Estados no miembros de la Unión Europea autorizadas para prestar servicios de inversión en España en régimen de libre prestación sin sucursal.

A diferencia de la regulación que establecía el Real Decreto 1732/1998 para este tipo de tasas, la nueva Ley regula los hechos imponible y las cuotas tributarias no en razón de la persona o entidad a supervisar o inspeccionar, sino en razón de la actividad inspeccionada. Así establece que están sujetas a inspección con el correspondiente pago de tasa, los *requisitos de solvencia y actividad que permanentemente realiza la CNMV* sobre las entidades (mediante el examen de documentación remita por las entidades, inspecciones in situ, etc.) con devengo anual; la *supervisión de las normas de conducta* en la prestación de servicios de inversión, igualmente de devengo anual; la *actividad de los miembros de los mercados secundarios y de los propios mercados, sistemas multilaterales de negociación, entidades de contrapartida central*, de devengo semestral; y la *supervisión de la obligación de remisión de información a la CNMV*, también de devengo semestral.

La **séptima y última sección del Capítulo II**, artículos 79-83, establece las tasas por expedición de certificados, cuyo hecho imponible resulta invariable con respecto a la anterior legislación. Sin embargo, la nueva Ley modifica la cuota tributaria convirtiéndola en una cuota fija a diferencia de la regulación del Real Decreto 1732/1998 que constituía la base imponible en la suma una cuota fija y una cuota extra por el número de páginas superior a seis de que constara el certificado estableciendo un tipo de gravamen por página.

Finalmente, en el **Capítulo III**, se incorporan mejoras en las normas de gestión establecidas, se reducen las cargas y costes vinculados a los procedimientos de liquidación y recaudación que pesaban sobre los sujetos pasivos, al eliminar las reglas de remisión de información a la CNMV a efectos de cálculo de las bases imponibles que establecía el artículo 26 del Real Decreto 1732/1998. Con la nueva Ley, la obtención

de información la realizará la propia CNMV con base en la información que la misma dispone en sus registros, e introduce una nueva modalidad de pago conforme a los modelos oficiales aprobados por el Ministerio de Economía y Competitividad que se recogen en la Orden Ministerial ECC/51/2015, de 22 de enero.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA  
*Becaria del Programa de Formación  
del Profesorado Universitario del MECD-FPU  
Adscrita al Área de Derecho Financiero  
y Tributario de la Universidad de Salamanca  
nrodriguezp@usal.es*

Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias [BOE n.º 288, de 28-XI-2014]

**IRPF**

La reforma que plantea esta ley afecta principalmente al IRPF, aunque también se han realizado algunos cambios en la regulación del IRNR y de otras normas.

Se mantiene la estructura básica del IRPF, pero se introducen importantes modificaciones en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en adelante LIRPF. La familia, los trabajadores por cuenta ajena y propia y el ahorro son los tres pilares sobre los que pivota la reforma. En la *exención por indemnizaciones percibidas en caso de despido o cese del trabajador* se establece un límite exento de 180.000 euros, aplicable a despidos que se produzcan a partir del 1 de agosto de 2014, salvo en casos de despidos que traen causa en expedientes de regulación de empleo o despidos colectivos. Se declaran *exentas las becas otorgadas por fundaciones bancarias* para cursar estudios reglados e investigación. Los *rendimientos de capital mobiliario que traen causa en los nuevos Planes de Ahorro a Largo Plazo* se declaran *exentos* siempre que el contribuyente no disponga del capital resultante del Plan durante cinco años desde su apertura. Las prestaciones en forma de renta percibidas por *personas con discapacidad* y las aportaciones a patrimonios protegidos de estas mismas personas están exentas en el IRPF, teniendo como límite, en cada caso, tres veces el IPREM. Se *suprime la exención de 1.500 euros anuales* aplicable a los dividendos y participaciones en beneficios.

A partir del 1 de enero de 2016, las *sociedades civiles con objeto mercantil* dejarán de aplicar el régimen de atribución de rentas del IRPF y pasarán a estar sujetas al Impuesto sobre Sociedades. El *régimen especial de los trabajadores desplazados a territorio español* se extiende a personas físicas que adquieren su residencia habitual en territorio español por su condición de administrador de una entidad en cuyo capital no participe o cuando dicha participación no determine que reúne la condición de entidad vinculada.

En las reglas de individualización de rentas relativas a los *rendimientos de capital mobiliario*, se sustituye la remisión a la Ley del Impuesto sobre Patrimonio por su contenido. Y en las *ganancias patrimoniales* se acude a las normas sobre titularidad jurídica establecidas para los rendimientos del capital mobiliario. Las *ganancias patrimoniales procedentes de ayudas públicas* se deberán imputar en el período impositivo en que tenga lugar su cobro, sin perjuicio de la posibilidad de imputar por cuartas partes algunas ayudas públicas concretas. Siempre que concurren determinadas circunstancias,

se establece la posibilidad de imputar en distintos períodos impositivos las *pérdidas patrimoniales por créditos vencidos y no cobrados*.

En rendimientos del trabajo personal, cabe aplicar, con carácter general, un *nuevo gasto deducible de 2.000 euros anuales*, que podrán duplicar aquellos que acepten un nuevo puesto de trabajo en otro municipio (que exija el traslado de su residencia habitual) e incrementar las personas con discapacidad. Este nuevo gasto deducible hace *desaparecer la reducción general por obtención de rendimientos del trabajo, que sólo se mantiene para aquellos que cuenten con rentas del trabajo inferiores a 14.450 euros*. Se reduce el listado de supuestos catalogados como rentas no consideradas *rendimientos en especie*, que pasan a ser calificados como rentas exentas.

Con relación a los *rendimientos de capital inmobiliario que traen causa en el arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda* cabe aplicar una *única reducción del 60%* a los rendimientos netos positivos declarados. La *distribución de la prima de emisión de valores no admitidos a negociación* tributa como rendimientos íntegros de capital mobiliario del artículo 25.1 LIRPF. Se recoge alguna particularidad para determinar el rendimiento del capital en *seguros percibidos en forma de capital diferido que combinan la contingencia de supervivencia con las de fallecimiento o incapacidad*. Por otra parte, no se computará el *rendimiento del capital mobiliario negativo procedente de la donación de activos financieros*. Se configuran los *Planes de Ahorro a Largo Plazo*, como nueva fórmula de ahorro dirigida a pequeños inversores. La realización de aportaciones limitadas a 5.000 euros al año permitirá aplicar una exención en los rendimientos positivos que se generen siempre que exista una permanencia de al menos 5 años desde la primera aportación.

Los *arrendamientos de bienes inmuebles* son rendimientos de actividades económicas cuando, para la ordenación de la actividad, se utilice al menos una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa. Desaparece el requisito previsto anteriormente de la existencia de un local destinado a llevar la gestión de la actividad. En *Estimación Directa Simplificada*, se establece el límite máximo de 2.000 euros anuales como cantidad a deducir en concepto de provisiones y gastos de difícil justificación. En *Estimación Objetiva*, se revisan sus requisitos cuantitativos y cualitativos, reduciéndose las actividades que se podrán acoger a este sistema. Por otra parte, se alteran los *porcentajes de reducción aplicables por el ejercicio de determinadas actividades económicas* en consonancia con el nuevo tratamiento de los gastos deducibles y de la reducción por obtención de rendimientos del trabajo personal.

Para todas las rentas en las que es posible aplicar la *reducción por obtención de rendimientos irregulares*, el porcentaje reductor pasa del 40% al 30%. Se simplifican los requisitos para su aplicación en rendimientos del trabajo personal. Y en el resto de rentas, se igualan los límites para su aplicación. La cuantía del rendimiento neto sobre la que se ha de aplicar la citada reducción no podrá superar 300.000 euros anuales.

Se considera que *no existe ganancia o pérdida patrimonial* en supuestos de reducción de capital con devolución de aportaciones de valores no cotizados, ni en casos de extinción del régimen de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges. *Se suprime la posibilidad de aplicar coeficientes de actualización* al valor de adquisición en la transmisión de bienes inmuebles. Las *normas específicas de valoración* de algunas ganancias patrimoniales se modifican. Por otra parte, se declara como *ganancia patrimonial exenta un nuevo supuesto de reinversión*, es decir, la generada por la transmisión de elementos patrimoniales (no es necesario que sean inmuebles) por mayores de 65 años siempre que, en el plazo de 6 meses, reinviertan en la constitución de una renta vitalicia asegurada, cuya cuantía máxima no podrá superar los 240.000 euros. Se recoge un *nuevo supuesto de tributación de las ganancias patrimoniales que se puedan producir por cambios de residencia fiscal a otro país*. Se suprimen los coeficientes de abatimiento *del régimen transitorio* aplicable a las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos antes del 31 de diciembre de 1994. En las *imputaciones de rentas inmobiliarias*, el tipo del 1,1% se aplica a los valores catastrales revisados en los 10 períodos impositivos anteriores y al resto el 2%. La *imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal* se acomoda a la nueva normativa del IS.

Las ganancias y pérdidas patrimoniales por transmisión, generadas en un período inferior a un año, vuelven a la base imponible del ahorro. Algunos rendimientos de capital mobiliario del artículo 25.2 LIRPF se incluirán ahora en la base general. El porcentaje máximo de compensación de las ganancias y pérdidas patrimoniales de la base imponible general es del 25%. Se podrán compensar, bajo determinadas limitaciones, rentas y ganancias patrimoniales de la base del ahorro.

*Desaparece la posibilidad de aplicar la reducción por cuotas de afiliación a partidos políticos*. Con relación a la posible *reducción aplicable por primas satisfechas a planes de previsión asegurados*, se amplía el derecho a la prestación anticipada de los derechos consolidados. Se unifican y aproximan los *límites* aplicables a las reducciones por aportaciones a Planes de pensiones y sistemas de previsión social y para las efectuadas *a favor del cónyuge* se eleva el límite máximo de reducción. Las cuantías de los *mínimos* se incrementan. En el mínimo por descendientes, se mantiene el requisito de la convivencia, asimilándose dicha convivencia a la dependencia económica, salvo que existan anualidades por alimentos a favor de dichos hijos. A partir del 2015 ya no habrá gravamen complementario, los tramos de la escala general pasan a ser 5 y los tipos marginales disminuyen. También minoran los tipos marginales del ahorro. En ambos casos, la rebaja en los tipos marginales se intensifica en el 2016.

*Se mantiene la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación* (sólo aplicable para el cálculo de la C.L. estatal). *Se suprime la deducción por cuenta ahorro empresa*. Se establecen *novedades con relación a las deducciones*



*en actividades económicas. Se crea una nueva deducción en la cuota íntegra por cuotas de afiliación a partidos políticos, que reemplaza a la anterior reducción en la base imponible. Se redefine la deducción por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla. Se suprime la deducción por alquiler de vivienda habitual, aunque se mantiene transitoriamente para aquellos que pudieron aplicarla antes del 1 de enero de 2015. Con relación a las deducciones aplicables a la cuota líquida total, se suprime la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas y el régimen transitorio de compensaciones fiscales aplicables a determinados rendimientos de capital mobiliario. Se mantiene la deducción por maternidad en sus mismos términos, que va a convivir con nuevas deducciones establecidas a favor de contribuyentes que trabajen fuera del hogar y que tengan a su cargo ascendientes o descendientes con discapacidad y/o que formen parte de una familia numerosa. El límite en la obligación de declarar o cuantía a partir de la cual se considera que el trabajador es contribuyente neto del impuesto se eleva a 12.000 euros. En 2015, disminuyen los tipos de retención aplicables a las distintas categorías de renta, intensificándose la rebaja a partir del 2016.*

En el IRNR, se modifican las excepciones aplicables a la *exención a favor de las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles*, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la UE o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otros Estado miembro de la UE. *Se modifican las cláusulas antiabuso*, en cuanto a la no aplicación de la exención de los beneficios distribuidos por sociedades residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la UE y los cánones pagados por sociedades residentes en territorio español a sus sociedades asociadas residentes en otros Estados miembros. En la misma línea que en el IRPF, *se suprime la exención por obtención de dividendos*. Por otra parte, el contribuyente no residente podrá quedar *exento de gravamen por la ganancia patrimonial que obtenga por la transmisión de su vivienda habitual en territorio español, siempre que reinvierta* en la adquisición de una nueva vivienda. La base imponible se determinará por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable, en supuestos de *rentas obtenidas mediante establecimiento permanente situado en territorio español en caso de cese de su actividad o en supuestos en que los elementos patrimoniales se transfieran al extranjero*. En el supuesto en que un residente obtenga ganancias patrimoniales por cambio de residencia por la transmisión de acciones o participaciones que ya hayan tributado en el IRPF, la ganancia patrimonial que se genere se calculará tomando como valor de adquisición el valor de mercado de las acciones o participaciones, según se haya tenido en cuenta en el IRPF. Para las *rentas obtenidas por residentes en otro Estado miembro de la UE sin establecimiento permanente* se establecen reglas especiales en la determinación de la base imponible. En caso de personas físicas, podrán deducir de sus rendimientos los gastos previstos



en la normativa del IRPF. Y en caso de personas jurídicas, los gastos establecidos en la normativa del IS. Estas reglas especiales también serán de aplicación para residentes en un Estado miembro del Espacio Europeo con el que exista efectivo intercambio de información tributaria. Los *tipos de gravamen* también han experimentado variaciones a la baja para *no residentes sin establecimiento permanente*, que se intensifica para los residentes en otro Estado miembro de la UE o del Espacio Europeo con el que exista efectivo intercambio de información tributaria. En caso de *no residentes con establecimientos permanentes*, el tipo de gravamen aplicable se establece por remisión a la normativa del IS. Y para las *entidades en régimen de atribución de rentas con presencia en territorio español*, se fija el tipo de gravamen en el 25%. Se establece la posibilidad de solicitar a la Administración Tributaria un *borrador de declaración*, exclusivamente, con relación a rentas inmobiliarias imputadas y por cada inmueble que las genere. Las personas físicas con rentas bajas, que sean residentes en otro Estado miembro o en un Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo con el que exista un efectivo intercambio de información tributaria, podrán optar por tributar en calidad de contribuyente por el IRPF. Se establecen *reglas especiales* para supuestos en que, por aplicación de un convenio para evitar la doble imposición suscrito por España, se permita, a efectos de determinación de la renta de un establecimiento permanente situado en territorio español, deducir los gastos estimados por operaciones internas realizadas con su casa central o con alguno de sus establecimientos permanentes situados fuera del territorio español.

Por último, se han realizado modificaciones puntuales a otras normas. 1. Se establece un *régimen singular que permite regularizar voluntariamente*, mediante la presentación de autoliquidaciones complementarias y hasta el 30 de junio de 2015, las *deudas tributarias correspondientes a pensiones obtenidas en el extranjero y que no han sido declaradas en España*, sin exigencia de recargos, intereses, ni sanciones. Quedan *condonados*, además, los recargos e intereses y sanciones que, en su caso, se deriven de actuaciones de la Administración ya concluidas. 2. Se modifica el *Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, al objeto de adaptar los límites financieros de aportación a planes de pensiones a los nuevos límites establecidos en las reducciones a la base imponible del IRPF. Asimismo, se establece, para determinados instrumentos de previsión social, la posibilidad de disponer anticipadamente del importe de los derechos consolidados que se correspondan con aportaciones con al menos 10 años de antigüedad. 3. Se modifican los *criterios* incluidos en la *Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal* que se han de tener en cuenta para considerar que un determinado país o jurisdicción tiene la consideración de *paraíso fiscal*, incluyendo tanto la existencia de un intercambio de información efectivo como los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información. 4. Se modifica la *Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, al objeto de adecuarla

a la STJUE de 3 de septiembre de 2014 y ofrecer un mismo tratamiento, en ambos impuestos, a residentes en territorio español y residentes en otros Estados de la UE o del Espacio Económico Europeo. 5. Y con el mismo propósito, se modifica la *Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*.

Isabel GIL RODRÍGUEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[isabelgil@usal.es](mailto:isabelgil@usal.es)

**Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades**  
**[BOE n.º 288, de 28-XI-2014]**

**REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

Como se sabe, el Impuesto sobre Sociedades (IS) constituye una pieza clave de nuestro sistema impositivo a pesar de que en los últimos años ha sufrido una crisis recaudatoria. La Ley 27/2014, que comentamos, aprueba una nueva Ley reguladora de tal impuesto, aunque mantiene la misma estructura que se venía sosteniendo desde el año 1996, siendo, como advierte la Exposición de Motivos, el resultado contable el «elemento nuclear de la base imponible y constituye un punto de partida clave en su determinación».

Varios son los aspectos principales que la nueva Ley introduce o modifica respecto del texto refundido de la LIS aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004. Sólo indicaremos los más importantes.

Se introduce el concepto de actividad económica para adecuarlo en esencia al concepto que se sostiene para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o IRPF. También se introduce el concepto de entidad patrimonial para sociedades dedicadas principalmente a la gestión de un patrimonio inmobiliario o mobiliario.

Sobre los contribuyentes, comienzan a sujetarse como tales al IS las sociedades civiles con objeto mercantil, que antes sólo los socios lo hacían individualmente en el IRPF.

También en materia de imputación temporal hay novedades, adaptando el principio del devengo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad y en el Plan General de Contabilidad de PYMES. Aceptar el principio del devengo implica que los ingresos y gastos derivados de transacciones y hechos imposables se imputan al período impositivo en el que tiene lugar el devengo no rigiéndose por un criterio de caja, es decir, no cuando verdaderamente sean pagados.

Se procede asimismo a la simplificación de las tablas de amortización, eliminándose el límite anual máximo fijado para la deducibilidad de la amortización de los elementos de inmovilizado intangible con vida útil.

Sobre la base imponible, lo más trascendente es la introducción de la reserva de capitalización, que deja al margen de tributación efectiva la parte de los beneficios que se destinen a una reserva indisponible con el fin de estimular la capitalización empresarial. Así, quienes tributen al 25 por ciento quienes sean entidades de nueva creación y las que tributen al 30 por ciento podrán reducirse en la base imponible el 10 por ciento del importe del incremento de sus fondos, siempre que se den por cumplidos determinados requisitos.

Destacable es la compensación de bases imposables negativas permitiendo su aplicación en un futuro sin limitación temporal, aunque se establece como limitación el 70 por ciento de la base imponible previa –que no será aplicable en caso de entidades

de nueva creación para los tres primeros ejercicios en los que se genere una base imponible positiva previa a la compensación– y un importe mínimo de 1 millón de euros.

Sobre la doble imposición, también la reforma entra a modificarla mediante la incorporación de un régimen de exención general para participaciones significativas, con determinados requisitos.

Destaca sobre todos los aspectos las reformas en los tipos de gravamen. Como se sabe, el IS se articula de forma proporcional y no de forma progresiva, sin que ello frustre el mandato de progresividad del artículo 31.1, pues el Tribunal Constitucional lo predica del sistema tributario en su conjunto y no de todas y cada una de las figuras que lo integran. Se reduce el tipo de gravamen de forma transitoria del 30 al 25 por ciento (en 2015 será del 28 para dar paso al 25 en 2016), aunque para entidades de nueva creación el tipo sigue en el 15 por ciento para el primer período impositivo y en el siguiente en el que se parta de una base imponible positiva. Se elimina también la diferencia entre el tipo de gravamen ordinario o general y el que afecta a las PYMES. Se considera por el legislador que el hecho de que éstas tributen con tipos reducidos constituye un obstáculo al crecimiento y expansión de la empresa dado que tal proceso se ve perjudicado por un aumento del tipo. Se mantiene el tipo del 30 por ciento para casos excepcionales, como para las entidades de crédito.

Sobre los beneficios fiscales, la reforma pretende simplificar el impuesto retirando parte de éstos. Así se retira la deducción por inversiones medioambientales, por reinversión de beneficios extraordinarios y la de reinversión de beneficios dada la creación de una reserva de capitalización, como se ha indicado. Se mejoran las deducciones por investigación, desarrollo e innovación tecnológica, por creación de empleo y por contratación de personas con discapacidad, también por inversiones en producciones cinematográficas y series audiovisuales.

En cuanto a los regímenes especiales destacan los aspectos relativos al régimen de consolidación fiscal, al aplicable a las operaciones de reestructuración y de entidades de reducida dimensión. En cuanto al primero, se redetermina qué se entiende por grupo fiscal, para lo que se exige la mayoría de los derechos de voto de las entidades que se incluyan en la consolidación, igual que se amplían las entidades que pueden formar parte del grupo, las entidades indirectamente participadas. También el grupo fiscal pasa a considerarse como única entidad con repercusiones en la conformación de la base imponible.

Sobre el régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración, éste se establece como general para las operaciones de reestructuración, por lo que desaparece la opcionalidad que hasta ahora existía. También desaparece el tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión, por la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno. Se establece también la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles generadas por una rama de actividad, cuando sea objeto de transmisión por otra entidad.

El régimen de entidades de reducida dimensión se sigue configurando sobre el importe neto de la cifra de negocios y se elimina la escala de tributación de este régimen.

Marcos IGLESIAS CARIDAD

*Personal Investigador en Formación, adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, bajo financiación del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*

[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias; la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la 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 288, de 28-XI-2014]

## IVA

La Ley 28/2014, de 27 de noviembre, de título inmenso, justifica tal extensión por la gran reforma que encierra, ya que modifica cuatro leyes de gran calado: 1- la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; 2- la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias; 3- la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y 4- la 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. Una vez más el legislador incluye modificaciones relevantes sobre distintas materias (desde IVA a fiscalidad ambiental) en un mismo texto legal, que, como ya hemos advertido en otras ocasiones, no nos parece la manera más adecuada de transmitir a la ciudadanía los cambios normativos.

Vamos a referenciar brevemente los cambios que supone la entrada en vigor de las distintas reformas que encierra esta Ley 28/2014, de 27 de noviembre.

En primer lugar, se modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido. La Exposición de Motivos de la Ley anticipa los tres grandes bloques en los que pueden agruparse las modificaciones que se introducen en la normativa del IVA: 1- las que obedecen a adaptaciones de sus disposiciones para adecuarlas a la normativa comunitaria, a su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en algunos casos, a los criterios de la Comisión; 2- algunos ajustes técnicos tendentes a dotar la aplicación del impuesto de una mayor seguridad jurídica y, finalmente, 3- una serie de medidas de lucha contra el fraude. Respecto a los cambios producidos por la normativa comunitaria, comenzamos por la adaptación a las modificaciones introducidas por la Directiva 2008/8/CE, de 12 de febrero, en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios, que introdujo, entre otras, unas nuevas reglas de localización aplicables a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión y electrónicos, prestados a destinatarios que no tengan la condición de empresarios o profesionales actuando como tal, aplicables a partir de 1 de enero de 2015. Así, estos servicios pasan a gravarse en el lugar donde el destinatario del servicio esté establecido, tenga su domicilio o residencia habitual, independientemente del lugar donde esté establecido el prestador de los servicios según la previsión que

a tal efecto recoge la Directiva de IVA. Como consecuencia de las nuevas reglas de localización de los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o de televisión y electrónicos, se modifica el régimen especial de los servicios prestados por vía electrónica a personas que no tengan la condición de empresarios o profesionales actuando como tales por parte de proveedores no establecidos en la Unión Europea, régimen que se amplía a los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión o de televisión, pasando a denominarse «régimen especial aplicable a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o de televisión y a los prestados por vía electrónica por empresarios o profesionales no establecidos en la Comunidad» (régimen exterior a la Unión). Junto al régimen especial anterior se incorpora uno nuevo denominado «régimen especial aplicable a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o de televisión y a los prestados por vía electrónica por empresarios o profesionales establecidos en la Comunidad pero no en el Estado miembro de consumo» (régimen de la Unión), que resultará aplicable, cuando se opte por él, a los empresarios o profesionales que presten los servicios indicados a personas que no tengan la condición de empresarios o profesionales actuando como tales, en Estados miembros en los que dicho empresario no tenga su sede de actividad económica o un establecimiento permanente. Además, las modificaciones obedecen a la obligación de ejecutar diversas sentencias del TJUE, que inciden de forma directa en nuestra normativa interna, así como del ajuste al dictamen motivado de la Comisión Europea de 24 de octubre de 2012 relativo a la exención a los servicios prestados por los fedatarios públicos en conexión con operaciones financieras exentas. Así, entre otras, la Sentencia del TJUE de 17 de enero de 2013, en el asunto C-360/11, conocida comúnmente como la sentencia de «productos sanitarios», determina que se deba modificar la Ley del Impuesto en lo que se refiere a los tipos aplicables a los productos sanitarios. Los equipos médicos, aparatos, productos sanitarios y demás instrumental, de uso médico y hospitalario, son el grueso de productos más afectados por la modificación del tipo impositivo, al pasar a tributar, con carácter general, del tipo reducido del 10% del Impuesto al 21%, manteniéndose exclusivamente la tributación por aquel tipo para aquellos productos que, por sus características objetivas, estén diseñados para aliviar o tratar deficiencias, para uso personal y exclusivo de personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, y cuya relación se incorpora a un nuevo apartado octavo al anexo de la Ley del Impuesto. Del mismo modo, como consecuencia de la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2013, en el asunto C-189/11, relativa al régimen especial de las agencias de viaje, se modifica la regulación de este régimen especial. Al margen de las modificaciones obligadas por la sentencia citada, se introduce la posibilidad, a ejercitar operación por operación, de aplicar el régimen general del Impuesto, siempre y cuando el destinatario de las operaciones sea un empresario o profesional que tenga, en alguna medida, derecho bien a la deducción, bien a la devolución de las cuotas soportadas del Impuesto; a tal efecto se ha tenido en cuenta la regulación

del régimen especial que se contiene en otros Estados miembros, en concreto, en los casos en que el destinatario del régimen es un empresario o profesional.

También se producen mejoras técnicas en el impuesto, citaremos solo algunas a modo de ejemplo, se introduce una regla especial para declarar un crédito incobrable, con respecto a las operaciones en régimen especial del criterio de caja, de tal manera que se permite la modificación de la base imponible por créditos incobrables cuando se produzca el devengo de dicho régimen especial por aplicación de la fecha límite del 31 de diciembre del año inmediato posterior a la fecha de realización de la operación, sin tener que esperar a un nuevo transcurso del plazo de 6 meses o 1 año que marca la normativa a computar desde el devengo del Impuesto; se amplía el ámbito de aplicación de la prorrata especial, al disminuir del 20 al 10 por ciento la diferencia admisible en cuanto a montante de cuotas deducibles en un año natural que resulten por aplicación de la prorrata general en comparación con las que resulten por aplicación de la prorrata especial; el régimen especial del grupo de entidades se modifica, con efectos al 1 de enero de 2015, para incorporar la exigencia de los tres órdenes de vinculación: económica, financiera y de organización, a las entidades del grupo ajustándose así a la dicción de la Directiva de IVA.

Por último, se realizan modificaciones para contribuir a la lucha contra el fraude, así, por ejemplo, se amplían los supuestos de aplicación de la denominada «regla de inversión del sujeto pasivo» a la entrega de determinados productos, en particular, los teléfonos móviles, consolas de videojuegos, ordenadores portátiles y tabletas digitales; en las entregas a un empresario revendedor o que excedan de 10.000 euros, así como plata, platino y paladio; se crea un nuevo tipo de infracción relativo a la falta de comunicación o la comunicación incorrecta por parte de los empresarios o profesionales destinatarios de determinadas operaciones a las que resulta aplicable la regla de inversión del sujeto pasivo, tratándose de ejecuciones de obra para la construcción o rehabilitación de edificios o urbanización de terrenos y transmisiones de inmuebles en ejecución de garantía, dada la trascendencia de dichas comunicaciones para la correcta aplicación del Impuesto y por la incidencia que puede tener respecto a otros sujetos pasivos del impuesto; se establece un nuevo tipo de infracción relativo a la falta de consignación de las cuotas liquidadas por el Impuesto a la importación para aquellos operadores que puedan diferir el ingreso del Impuesto al tiempo de la presentación de la correspondiente declaración-liquidación.

Por lo que respecta a la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, las modificaciones realizadas en el Impuesto General Indirecto Canario incorporan a la regulación de este buena parte de las efectuadas en el Impuesto sobre el Valor Añadido, con el fin de conseguir una mayor adecuación de ambos tributos, si bien teniendo presente que las Islas Canarias, aunque forman parte del territorio aduanero de la Comunidad, no son un territorio incluido en la armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios. Asimismo



se actualizan varias de las referencias normativas que se contienen en la norma. En cuanto a la Ley 38/1992, de 28 de diciembre de Impuestos Especiales, la reforma afecta a dos grandes bloques. En primer lugar, al Impuesto sobre la electricidad, se revisa en profundidad este tributo, que pasa de tratarse como un impuesto especial de fabricación a configurarse como un impuesto que grava el suministro de energía eléctrica para consumo o autoconsumo por los productores de electricidad. Por ello se regulan todos los elementos de este impuesto como capítulo independiente, eliminándose las referencias al articulado de los Impuestos Especiales de Fabricación, pero sin llegar a tomarse en consideración el elemento ambiental, a pesar de las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario. Como principales modificaciones, cabe subrayar la reducción del 85% de la base imponible para aquellas actividades industriales cuya electricidad consumida represente más del 50% del coste de un producto o para actividades industriales cuyas compras o consumo de electricidad representen al menos el 5% del valor de la producción, de forma análoga a lo ya establecido en la Ley para otros supuestos. Además, desde el punto de vista formal, las obligaciones de registro se limitan a aquellos operadores que realicen los suministros de electricidad, así como a los beneficiarios de determinadas exenciones y reducciones de la base imponible, aliviándose de esta manera las cargas administrativas, sin perjuicio de las obligaciones para los contribuyentes no establecidos en territorio español. Un segundo bloque de reforma es el dedicado a través de determinados preceptos que se modifican con el fin de otorgar una mayor seguridad jurídica a los contribuyentes. Así, en el ámbito del Impuesto sobre Hidrocarburos se incluye una matización en cuanto al devengo del gas natural, previéndose que la regla especial de devengo para los contratos de suministro a título oneroso no resulta de aplicación cuando el suministro al consumidor final se realice por medios diferentes a tuberías fijas. Y respecto al régimen sancionador previsto en la normativa de Impuestos Especiales, se establece un mayor detalle en la tipificación de las infracciones.

Por último y respecto a la 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, la reforma afecta al Impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero en el que se realizan ajustes técnicos de cara a lograr una mayor seguridad jurídica. Así, por un lado, se recoge a nivel legal la definición de los conceptos de «consumidor final» y «revendedor», hasta ahora contenidas únicamente en el desarrollo reglamentario de la norma y, por otro, se introducen nuevas exenciones respecto de operaciones no previstas en su redacción inicial.

M.<sup>a</sup> Ángeles GUERVÓS MAÍLLO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[mguervos@usal.es](mailto:mguervos@usal.es)

**Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014,  
que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere  
a la obligatoriedad del intercambio automático de información  
en el ámbito de la fiscalidad  
[DOUE L 359, de 16-XII-2014]**

**INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN FISCALIDAD**

La Directiva 2014/107/UE amplía el ámbito de aplicación del intercambio automático de información previsto en la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero. Este sistema constituye una herramienta fundamental en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal transfronterizas, tal y como se viene reconociendo en los últimos años, tanto en el escenario internacional (G-20; G-9; Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras o *Foreign Accounting Tax Compliance Act*, conocida como normativa estadounidense FATCA; OCDE con su nuevo estándar internacional en materia de intercambio de información) como en el ámbito comunitario (Directiva 2003/48/CE, de 3 de junio, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro percibidos en forma de pago de intereses, recientemente modificada por la Directiva 2014/48/UE, del Consejo, de 24 de marzo; Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad; así como numerosas Resoluciones y Comunicaciones adoptadas recientemente en la UE).

Para comprender el alcance de la modificación realizada por la Directiva 2014/107/UE a la Directiva 2011/16/UE, interesa recordar, aunque sea brevemente, parte del contenido de esta última norma comunitaria. Como es sabido, la Directiva 2011/16/UE tiene por objeto el establecimiento de normas y procedimientos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben cooperar entre sí con vistas a intercambiar información. Su *alcance* es general por cuanto se aplica a todos los impuestos percibidos por un Estado miembro o sus subdivisiones territoriales, incluidas las administraciones locales. No obstante, la norma comunitaria excluye expresamente de su ámbito de aplicación al IVA, aranceles e IIEE, que cuentan con sus propias normas singulares en materia de cooperación; cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social; tasas por expedición de documentos por las autoridades públicas (certificados); derechos de carácter contractual (pago de servicios públicos). Con relación a su *ámbito subjetivo de aplicación*, cabe apreciar que éste se extiende tanto a personas físicas, como jurídicas, asociaciones de personas y cualquier otra disposición legal.

Por cuanto ahora interesa, conviene señalar que la Directiva 2011/16/UE establece distintos mecanismos de intercambio de información entre las autoridades tributarias de los distintos países de la UE, siguiendo las pautas marcadas por la OCDE en esta materia. Junto al sistema de intercambio de información *previa solicitud* (arts. 5-7 Directiva 2011/16/UE) y al sistema de intercambio *espontáneo* de información (art. 9 Directiva 2011/16/UE), establece un *sistema obligatorio de intercambio automático*

de información tributaria entre Estados miembros (art. 3.9 y art. 8 Directiva 2011/16/UE), siguiendo la línea de la Directiva del ahorro la cual, pese a sus numerosas vías de escape, ya había previsto este último sistema para el pago de intereses obtenidos por personas físicas en un Estado miembro que no es el de su residencia.

El sistema de intercambio automático de información de la Directiva del ahorro trasciende, por tanto, a otros tipos de renta gracias a la Directiva 2011/16/UE, que establece la obligación de las autoridades competentes de los Estados de proporcionarse, *siempre que esté disponible*, información relativa a *cinco categorías de renta y patrimonio tasadas* en la propia norma comunitaria: rendimientos del trabajo dependiente; honorarios de director; productos de seguro de vida no cubiertos por otros instrumentos; pensiones, y propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios. Para realizar el citado intercambio automático de información se utiliza un *formato electrónico normalizado*, basado en el ya vigente en la Directiva del ahorro. Es decir, como medio electrónico se utiliza la *Red CCN*, que es una plataforma común de comunicación desarrollada en la Unión cuyo objeto es asegurar todas las transmisiones por vía electrónica entre autoridades competentes en materia de aduanas y fiscalidad.

Un aspecto de interés que se desprende de la Directiva del 2011 es el establecimiento de la *cláusula de la nación más favorecida*, en su artículo 19, lo que supone que un Estado debe cooperar con otro Estado miembro en las mismas condiciones que, en su caso, proceda con un tercer país. De este modo, la celebración de acuerdos entre los distintos Estados y EE. UU. por cuanto se refiere a la normativa FATCA, implicará que tales Estados están ofreciendo, o se disponen a ofrecer, una cooperación más amplia que la prevista en la Directiva 2011/16/UE, estando obligados a facilitar esa misma cooperación a otros Estados miembros. Se entiende que la celebración de este tipo de acuerdos, con base en el citado precepto, de forma paralela y descoordinada, puede originar distorsiones que podrían ser perjudiciales para el correcto funcionamiento del mercado interior. Se considera necesario, por ello, ampliar el ámbito del intercambio automático de información a nivel comunitario y así eliminar la necesidad de los Estados miembros de acudir a dicho precepto para celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales al respecto ante la ausencia de la pertinente normativa comunitaria. La extensión del intercambio automático de información entre los Estados miembros que realiza la Directiva 2014/107/UE *alcanza a elementos cubiertos por FATCA y los acuerdos conexos celebrados por los Estados miembros*. De este modo, con base en la Directiva 2014/107/UE, los Estados miembros deberán intercambiar, de forma automática, información financiera sobre *intereses, dividendos y tipos similares de rentas*, así como la relativa a *saldos en cuentas y los ingresos derivados de la venta de activos financieros*.

*La ampliación del intercambio automático de información, en el ámbito de la Unión Europea, se realiza siguiendo la tendencia internacional.* Por ello, los Estados miembros deben obligar a sus instituciones financieras a aplicar *normas de comunicación*

de información y diligencia debida, perfectamente compatibles con el Estándar común de comunicación elaborado por la OCDE. A tal efecto, la Directiva 2014/107/UE incluye la misma información cubierta por el Modelo de Acuerdo para el Organismo Competente y el Estándar común de comunicación de información de la OCDE. De hecho, al aplicar la directiva, los Estados miembros deberán utilizar como fuente de interpretación los Comentarios al citado Modelo de la OCDE. Además, cada Estado miembro debe contar con una lista única, definida internamente, de instituciones financieras no obligadas a comunicar información y de cuentas excluidas, la cual podrá utilizar tanto en el marco de ejecución de la norma comunitaria como para otros acuerdos que apliquen la norma internacional.

La Directiva 2011/16/UE establecía que la autoridad competente de cada Estado miembro debía comunicar, mediante intercambio automático, a la autoridad competente de otro Estado miembro *la información de la que dispusiera* con relación a las cinco categorías de renta señaladas más arriba. La Directiva 2014/107/UE señala que se entiende por *información disponible* aquella información recogida en los expedientes fiscales del Estado miembro que comunique la información, y que se pueda obtener de conformidad con sus propios procedimientos internos para recabar y tratar la información. Conviene matizar, no obstante, que la Directiva 2014/107/UE establece que dicha condición de *disponibilidad de la información solicitada* no es aplicable ahora a los nuevos elementos objeto de intercambio automático de información.

Se suprime la referencia relativa a un *umbral* por debajo del cual los Estados miembros podrían no desear recibir información procedente de otros Estados miembros, al considerarse que dicho umbral no resulta manejable en la práctica.

Se obliga a los Estados a adoptar medidas necesarias para exigir que sus «instituciones financieras obligadas a comunicar información» apliquen las normas de comunicación de información y diligencia debida incluidas en sus anexos I y II.

*La Comisión debe presentar un informe*, antes del 1 de julio de 2017, exponiendo el panorama general y la evaluación de las estadísticas e información recibida acerca de los gastos, costes y ventajas del intercambio automático de información y aspectos prácticos concretos. Y *si procede*, la Comisión presentará *una propuesta al Consejo* en relación con las cinco categorías de renta, inicialmente incluidas en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria, y la condición de la disponibilidad de la información o en relación a los nuevos elementos, o con ambos. Tras la propuesta, *el Consejo evaluará* la posibilidad de seguir reforzando el intercambio automático de información, al objeto de asegurar que la información que se está intercambiando corresponde a los períodos impositivos iniciativos a partir del 1 de enero de 2017 y recae sobre todas y cada una de las cinco categorías de renta enumeradas más arriba. Se debe observar que la Directiva 2011/16/UE estableció que esta comunicación se produjese con relación «al menos de tres de las categorías específicas». También el Consejo deberá analizar si las listas de categorías de rentas y los elementos sometidos a intercambio

automático de información pudieran ser ampliadas, haciéndose extensivas a otras categorías y elementos, incluidos los cánones.

La *periodicidad en el intercambio automático de información* en las cinco categorías iniciales de rentas se debe realizar, como mínimo, una vez al año, en los seis meses siguientes al final del ejercicio fiscal del Estado miembro durante el cual se recabó la información. En el caso de los nuevos elementos, dicha comunicación se deberá producir también una vez al año, pero en los nueve meses siguientes al final del año civil o de otro período de referencia pertinente al que se refiera la información.

La Comisión está obligada a efectuar las *adaptaciones necesarias de la red CNN* para permitir el intercambio de información entre Estados miembros y garantizar la seguridad de esta red. Los Estados miembros deben garantizar que se notifiquen a las «personas físicas sujetas a comunicación de información» los fallos de seguridad que se puedan producir con relación a sus datos siempre que puedan afectar negativamente a la protección de sus datos personales o de su intimidad. La información intercambiada debe ser conservada –tanto por las instituciones financieras obligadas a comunicar, como por los Estados que envían y reciben la información, en calidad de responsables del tratamiento de los datos– durante un tiempo no superior al necesario para alcanzar los fines de la norma comunitaria. El período máximo de retención se fijará atendiendo a la normativa fiscal nacional de cada uno de los responsables.

La Directiva 2014/107/UE entra en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, es decir, el 5 de enero de 2015, debiendo ser traspuesta al ordenamiento interno de los distintos Estados antes del 1 de enero de 2016, a excepción de Austria que aplicará la Directiva a partir del 1 de enero de 2017, con respecto a los períodos impositivos posteriores a dicha fecha.

Isabel GIL RODRÍGUEZ  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Salamanca  
[isabelgil@usal.es](mailto:isabelgil@usal.es)

**Ley 36/2014, de 26 de diciembre,  
de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015**  
**[BOE n.º 315, de 30-XII-2014]**

**PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO**

**Novedades Tributarias**

El pasado 30 de diciembre, se ha publicado en el *BOE* la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 (LPGE).

Como viene siendo habitual, esta ley de Presupuestos contiene en su parte dispositiva una serie de modificaciones de las normas tributarias. En esta ocasión es fundamentalmente, aunque no sólo, el Título VI, el que se encarga de poner de manifiesto estas novedades, en concreto los artículos 61 a 71, cuyo enunciado es, precisamente, el de «Normas Tributarias».

Antes de dar cuenta de las principales novedades tributarias más importantes introducidas por esta Ley de presupuestos, interesa advertir que, en comparación con las Leyes de PGE de otros años, en esta ocasión son pocas las medidas que incorpora la LPGE, debido a que las leyes que han aprobado la reforma fiscal (Leyes 26/2014, 27/2014 y 28/2014, de 27 de noviembre), las han incorporado en el impuesto correspondiente, especialmente en lo que se refiere al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre el Valor Añadido.

Siguiendo la sistemática de la propia Ley de Presupuestos distinguiremos las modificaciones que han incidido sobre los impuestos, tanto directos como indirectos, sobre los impuestos locales y finalmente sobre las tasas:

- De acuerdo con el artículo 61 de la LPGE, y en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, se mantiene para el ejercicio 2015 la vigencia del mismo. Ello significa que se elimina, por tanto, para ese año la reimplantación de la bonificación del 100% sobre la cuota íntegra del impuesto que se había previsto en el Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio.
- Respecto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), interesa destacar que la Ley del IRPF autoriza a la Ley de Presupuestos para que establezca una compensación fiscal para aquellos contribuyentes que obtengan rendimientos de capital mobiliario procedentes de activos financieros o seguros de vida o invalidez contratados antes del 20 de enero de 2006 con plazo de generación superior a dos años. En virtud de esta autorización, la LPGE establece una compensación fiscal, en el ejercicio 2014, para los que obtengan rendimientos de capital mobiliario procedentes de activos financieros o seguros de vida o invalidez contratados antes del 20 de enero de 2006 con período de generación superior a dos años (Disposición Transitoria Tercera).

Por otra parte, en relación a los coeficientes de actualización del valor de adquisición a efectos de determinar la ganancia o pérdida patrimonial que se pudiera poner de manifiesto en la transmisión de inmuebles no afectos a actividades económicas en el IRPF, hay que resaltar que éstos ya no aparecen en la Ley de presupuestos. La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se ha modificado entre otras la Ley del IRPF, ha suprimido este mecanismo de actualización para los ejercicios 2015 y siguientes.

- En relación con el Impuesto sobre Sociedades se modifica, con efectos a 1 de enero de 2015, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, estableciéndose que el límite en la compensación de bases imponibles negativas y activos por impuesto diferido para los períodos impositivos que se inicien en el año 2016 será del 60% (en la Ley 27/2014 el porcentaje se estableció, por error, en el 70%).
- Por lo que a impuestos indirectos se refiere, hemos de mencionar lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LPGE. En el primero de ellos y con efectos a 1 de enero de 2015, se actualiza en un 1 por ciento, con respecto a la del año anterior, la escala por transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos Nobiliarios.

Por otra parte, en el artículo 64, con efecto a 1 de enero de 2015 y vigencia indefinida, se establece con relación a los fondos de capital riesgo, la exención de todas las operaciones sujetas a gravamen en la modalidad de operaciones societarias (OS), para equiparar su tratamiento al de los fondos de titulación hipotecaria y los fondos de titulación de activos financieros.

- Respecto a los Impuestos locales, el artículo 62 de la LPGE aborda la actualización de los valores catastrales. Se fijan para el año 2015 diferentes coeficientes de actualización de valores catastrales en función del año de entrada en vigor de los valores catastrales resultantes de un procedimiento de valoración colectiva (ponencia de valores).  
Estos coeficientes serán aplicados a los municipios que han acreditado el cumplimiento de una serie de requisitos, de conformidad con la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Por otro lado, hay que poner de manifiesto que se amplía hasta el 31 de julio de 2015 el plazo para aprobar los nuevos tipos de gravamen del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) por los Ayuntamientos afectados por procedimientos de valoración colectiva de carácter general que deban surtir efectos el 1 de enero de 2016. Igualmente, se amplía hasta el 31 de julio de 2015 el plazo para la aprobación y publicación de las ponencias de valores totales (Disposiciones Transitorias cuarta y quinta).



- En relación con la determinación de la base liquidable del IBI, se prorroga la posibilidad de que sea la Dirección General del Catastro, y no el Ayuntamiento, la que determine la base liquidable del impuesto cuando la base imponible resulte de la tramitación de los procedimientos de declaración, comunicación, solicitud, subsanación de discrepancias e inspección catastral, salvo que el Ayuntamiento le comunique que dicha competencia será ejercida por él. Esta comunicación deberá hacerla antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de la mencionada competencia.
- También relacionado con el IBI se prorroga en el ejercicio 2015 el beneficio fiscal establecido para Lorca (Murcia), en concreto, en el 50%. Beneficio fiscal para este impuesto que fue establecido por el artículo 12 del 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 (Disposición Adicional Sexagésima sexta).
- Además, respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, también para Lorca (Murcia) se concede, excepcionalmente durante 2015, una bonificación del 50 por ciento de las cuotas del impuesto para las transmisiones de los bienes inmuebles a viviendas, establecimientos industriales y mercantiles, locales de trabajo y similares, de naturaleza urbana, situados en el municipio de Lorca para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca (Disposición Adicional Sexagésima séptima).
- En materia de Tasas de la Hacienda estatal, en el artículo 65 de la LPGE, éstas se actualizan con carácter general hasta la cuantía que resulte de la aplicación del coeficiente 1,01 al importe exigible durante el año 2014, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Se exceptúan las tasas que hubieran sido creadas u objeto de actualización específica por normas dictadas en el año 2014.

Algunas tasas mantienen, en general, los mismos tipos y cuantías que los exigibles durante 2014, como, por ejemplo: las tasas que gravan los juegos de suerte, envite o azar; la tasa de regulación catastral; la tasa de aproximación y de las prestaciones patrimoniales de carácter público aeroportuarias.

#### Otras novedades tributarias

- Entre otras novedades tributarias queremos resaltar que en la Disposición Adicional Trigésima segunda de la Ley, se fija el interés legal del dinero y el interés de demora tributario para el año 2015. Se establece concretamente hasta el 31 de diciembre del año 2015 un interés legal del dinero del 3,50 por 100 y un interés de demora del 4,375 por 100.



- Por lo que al Indicador público de renta de efectos múltiples se refiere (IPREM), en la Disposición Adicional Octogésima cuarta, se mantienen las mismas cuantías fijadas para el año 2014 y que son las siguientes: a) diario, 17,75 €; b) mensual, 532,51 €; c) anual, 6.390,13 €; y d) en los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional (SMI) ha sido sustituida por la referencia al IPREM será de 7.455,16 € cuando las normas se refieran al SMI en cómputo anual, salvo que excluyeran expresamente las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.390,13 €.
- Finalmente, para el año 2015, la LPGE relaciona las actividades que se considerarán prioritarias de mecenazgo como, por ejemplo, las llevadas a cabo por el Instituto Cervantes para la promoción y la difusión de la lengua española y de la cultura mediante redes telemáticas, nuevas tecnologías y otros medios; los programas de formación del voluntariado que hayan sido objeto de subvención por parte de las Administraciones públicas, etc. Se establece también un amplio listado de beneficios fiscales aplicables a distintas actividades de especial interés.

Rosa María ALFONSO GALÁN  
*Profesora Titular EU de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[ralga@usal.es](mailto:ralga@usal.es)

**Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas  
de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas  
y entidades locales y otras de carácter económico**  
**[BOE n.º 315, de 30-XII-2014]**

**SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE FONDOS PARA LA FINANCIACIÓN DE LOS MECANISMOS  
DE APOYO A LA LIQUIDEZ DE LAS CC. AA. Y EE. LL.**

Aunque varios son los temas que aborda el Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, lo que desde nuestra disciplina nos interesa es la implementación de medidas tendentes a garantizar la sostenibilidad financiera de las CC. AA. y EE. LL. a través de la creación de dos Fondos, sin personalidad jurídica, cuyo objeto es ser apoyo a la liquidez y que serán gestionados por el Instituto de Crédito Oficial. Al respecto, el Real Decreto-Ley que comentamos simplifica y ordena, actividad necesaria para verse cumplidos con mínima eficiencia y eficacia los insignes propósitos que esta norma persigue.

Se crea, por una parte, el Fondo de Financiación a las Comunidades Autónomas, distribuido en cuatro compartimentos: a) Facilidad Financiera; b) Fondo de Liquidez Autonómico; c) Fondo Social; y d) Fondo en liquidación para la Financiación de los Pagos a los Proveedores de Comunidades Autónomas. El segundo de estos compartimentos absorbe el patrimonio del Fondo de Liquidez Autonómico que puso en marcha el Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio y, el cuarto, a su vez, absorbe el Fondo para la Financiación de los Pagos a los Proveedores 2. Todo ello con efectos de 1 de enero de 2015.

También se crea el Fondo de Financiación a las Entidades Locales, estructurado en tres compartimentos que son: a) Fondo de Ordenación; b) Fondo de Impulso Económico; y c) Fondo en liquidación para la Financiación de Pagos a los Proveedores de Entidades Locales. Se transmite a este último compartimento el patrimonio que afecta a las Entidades Locales del Fondo en liquidación para la Financiación de los Pagos a Proveedores 2, con efectos de 1 de enero de 2015.

La fuente de financiación de los Fondos es la LPGE de cada año, y en todo caso implica que las CC. AA. y los EE. LL. formalizarán la correspondiente operación de crédito con el Estado, quien a través del ICO gestionará en nombre y por cuenta de aquéllas el pago de las obligaciones para los que se destinan.

En cuanto al Compartimento de Facilidad Financiera, se prevé para las CC. AA. cumplidoras con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, cuando su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad durante dos meses consecutivos a contar desde la actualización de su plan de tesorería. Se admite para que las CC. AA. financien vencimientos correspondientes a valores emitidos, de préstamos concedidos por instituciones europeas de las que España sea miembro, de préstamos

concedidos por entidades financieras residentes o no residentes, cobertura de las necesidades de financiación del déficit público, también de las desviaciones de déficit de años anteriores pendientes de financiar, el financiamiento de las liquidaciones negativas en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, y aquellas operaciones financieras que acuerde la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Se trata de un compartimento en el que las CC. AA. solicitarán su adscripción en el mes de julio, previa aceptación por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, e implicará una serie de compromisos como que, en principio, no podrán realizar operaciones instrumentadas en valores ni operaciones de crédito a largo plazo, o se les impone la obligación de comunicación de sus operaciones a corto plazo. Este compartimento no implica el desarrollo de un plan de ajuste, pero sí se deberá remitir trimestralmente información sobre el escenario económico-financiero para el ejercicio corriente y el siguiente e información en materia de ordenación del sector público autonómico.

En cuanto al Compartimento de Fondo de Liquidez Autonómico, se trata de un mecanismo de liquidez a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para las CC. AA. que incumplan el período medio de pago. También podrán solicitar la adhesión las CC. AA. en el mes de julio. Las cantidades del mismo se destinarán exclusivamente a la financiación de los mismos vencimientos y operaciones ya indicadas para el anterior compartimento. Las consecuencias de la adscripción a este compartimento son que las CC. AA. adherentes no podrán, en principio, realizar operaciones instrumentadas en valores ni operaciones de crédito a largo plazo y deberán comunicar las de corto. Este compartimento sí implica la realización de un plan de ajuste y se impone la obligación de envío mensual al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de cierta información.

Sobre el Fondo Social, se implementa para aquellas CC. AA. que en la entrada en vigor del Real Decreto-Ley tuvieran obligaciones pendientes de pago con las EE. LL. siempre que sean vencidas, líquidas y exigibles a fecha de 31 de diciembre de 2014, que provengan de convenios suscritos en materia de gasto social y otras transferencias en materia social. Se destinarán a los fines para los que se dan, pero en todo caso, si hubiera varios, se deben destinar según la siguiente prelación: a) pago a los destinatarios finales del servicio relativo a gasto social para el que se suscribió el convenio o se hizo la transferencia; b) si ya los EE. LL. hubieren satisfecho las obligaciones con sus propios recursos o endeudamiento de tales servicios, las cantidades recibidas del fondo irán destinadas: 1.º) a amortizar el endeudamiento financiero que se hubiera concertado para su pago; 2.º) al pago de proveedores para reducir su período medio de pago; 3.º) a amortizar parte del préstamo que se tuviera con el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores 2; 4.º) a reducir el nivel de endeudamiento financiero; 5.º) a pagar deudas pendientes derivadas de convenios suscritos con otras AA. PP. o entidades públicas. Lo importante al respecto es la retención que el Estado

puede practicar de los recursos orientados a tal financiación del Sistema de Financiación, cuando haya obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre de 2014.

Sobre el Fondo de Financiación a Entidades Locales, el Real Decreto-Ley regula dos de sus compartimentos: el Fondo de Ordenación y el Fondo de Impulso Económico. En lo que respecta al primero, pueden solicitar la adhesión los municipios que, cumpliendo sus obligaciones de información económico-financieras, se encuentren en situación de riesgo financiero. Se entiende éste si (modalidad 1) la deuda viva a 31 de diciembre del ejercicio inmediato anterior excede del 110 por ciento de los ingresos corrientes liquidados o devengados a aquella fecha y se encuentren en las situaciones de las letras a), b) o c) del artículo 21 del Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad contra las AA. PP. o (modalidad 2) cuando los municipios no puedan refinanciar o novar sus operaciones de crédito en las condiciones de prudencia financiera que se fijan por la Secretaría General del Tesoro de Política Financiera. También pueden adherirse a proposición del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (modalidad 3) los municipios que se encuentran en los ámbitos subjetivos de los arts. 111 y 135 de la Ley de Haciendas Locales, por presentar de forma persistente, durante dos meses consecutivos, un período medio de pago que supere en más de 30 días el plazo máximo de pago fijado en la normativa de morosidad. Las cantidades percibidas del fondo para las dos primeras modalidades irán destinadas a atender los vencimientos de principal e intereses de operaciones a préstamo a largo plazo, de operaciones de préstamos formalizadas en el marco del mecanismo de financiación de los pagos a proveedores y atender los vencimientos derivados de la deuda que se estén compensando mediante retenciones en la participación en tributos del Estado, o a financiar las anualidades en el ejercicio corriente para abonar las liquidaciones negativas que resulten de aplicación en los capítulos II y IV de los Títulos II y III de la Ley de Haciendas Locales. Los de la tercera modalidad atenderán las deudas con proveedores que sean vencidas, líquidas y exigibles hasta que el período medio de pago se ajuste a lo que indica la ley.

En todo caso, a quienes se adhieren a este compartimento por la primera de las modalidades que hemos comentado se les limita considerablemente su poder tributario. Así, deberán financiar el coste de los servicios públicos mediante tasas y precios públicos en el primer ejercicio, al menos el 50 por ciento del coste, en el segundo ejercicio en el 75 por ciento y en el tercero, la totalidad. Además, las ordenanzas fiscales no podrán suprimir ninguno de los tributos que se vengán exigiendo y aprobar medidas que disminuyan el importe global de las cuotas por cada tributo local. Tampoco podrán reconocer beneficios fiscales potestativos, sólo pudiendo ofrecer los obligatorios y los relativos a la domiciliación de deudas, anticipación de pagos o colaboración en la recaudación. Se exige además la obligación de aprobar tipos de gravamen en el IBI que garanticen el importe global de la cuota íntegra del ejercicio anterior, la obligación de establecer el ICIO y el IIVTNU, la aprobación de un tipo de gravamen en el IBI para

los bienes urbanos que sea superior como mínimo en un 25 por ciento al determinado en la L H L sin que pueda ser superior al máximo previsto ni inferior al 0,6 por ciento. Se impone asimismo establecer para el IVTM el coeficiente máximo que indica la Ley.

Las EE. LL. que se adhieran al fondo por la segunda modalidad deberán aprobar un plan de ajuste de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, período medio de pago a proveedores, deuda pública, plan de tesorería y detalle de las operaciones de deuda viva.

A quienes se adhieran por la tercera modalidad, les resulta de aplicación parte de lo indicado para la primera modalidad, menos lo relativo a la obligación de aprobar un tipo de gravamen en el IBI sobre bienes urbanos y la obligación de fijar en el IVTM el coeficiente máximo, entre otros aspectos varios.

Por último, se aprueba el Compartimento Fondo de Impulso Económico al que pueden adherirse las EE. LL. que en el momento de la presentación de la solicitud cumplan con sus objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, que su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo previsto en la normativa de morosidad durante dos meses y que estén al corriente de sus obligaciones de suministro de información económico-financiera. Las cantidades del Fondo sólo podrán ir destinadas a financiar los vencimientos de principal e intereses asociados de los préstamos a largo plazo para financiar inversiones financieramente sostenibles.

Marcos IGLESIAS CARIDAD

*Personal Investigador en Formación, adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, bajo financiación del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*

[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

[Instrumento de adhesión a la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, hecho en Nueva York el 21 de mayo de 1997](#)  
[\[BOE n.º 161, de 3-VII-2014\]](#)

**REMONTANDO LA CORRIENTE DEL PARTICULARISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL FLUVIAL:  
LA ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO DE NUEVA YORK**

La entrada en vigor de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación el 17 de agosto de 2014, también conocida como el *Convenio de Nueva York*, ha puesto fin a la ausencia de normas jurídicas internacionales convencionales de alcance universal en la materia. Ciertamente, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que, ya antes de su entrada en vigor, la Convención declaraba y cristalizaba como normas consuetudinarias algunos de los principios recogidos en el texto. Pero debe saludarse de manera positiva la existencia de un Convenio marco aplicable, adoptado en el seno de las Naciones Unidas, que pueda erigirse en el impulso decisivo para frenar la tendencia particularista que se viene observando en el sector del Derecho internacional fluvial.

Por supuesto, bastaría enumerar las 263 cuencas de ríos internacionales que colorean nuestro planeta azul, con sus problemas y conflictos específicos, para entender que el particularismo resulta inevitable y ha tomado forma en la celebración de numerosos convenios bilaterales y multilaterales. No obstante, ello no es óbice para perseverar en la adopción de más normas jurídicas de alcance universal, que ofrezcan una regulación general y unos principios comunes de aplicación a espacios donde la creciente escasez de recursos hídricos y los intereses económicos e innovaciones tecnológicas los convierten en potenciales escenarios de conflictos internacionales.

A este fin la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha consagrado un ingente y dilatado esfuerzo en el tiempo (más de veinticinco años) de codificación y desarrollo progresivo del Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Después, desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara, el 21 de mayo de 1997, la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, se han necesitado diecisiete años en alcanzar el umbral de las 35 manifestaciones de consentimiento estatales para su entrada en vigor (art. 36.1). Resulta llamativo el bajo número de aceptaciones establecido para un tratado de vocación universal, pero debe advertirse que se trataba del tercer ensayo al respecto. Los dos anteriores habían fracasado precisamente por el escaso número de manifestaciones

de consentimiento (la Convención de Barcelona de 20 de abril de 1921 y la Convención de Ginebra de 9 de diciembre de 1926).

Por consiguiente, pocas dudas se albergaban entre los expertos y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales acerca de las dificultades a superar. En efecto, la citada Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de mayo de 1997 fue aprobada con 103 votos a favor, 27 abstenciones y tres votos en contra, datos que ofrecen una aparente amplia y general aceptación del texto adoptado pero, en la práctica, arrastran numerosas rémoras. Así, de un lado, dos de los tres Estados que rechazaron el texto son países relevantes en la materia, situados en la parte alta del cauce, que presentan casos conflictivos: Turquía (Tigris y Eufrates) y China (Mekong). De otro, entre los Estados que se abstuvieron encontramos países significativos como Argentina, Egipto, España, Francia, India, Israel, Pakistán y Paraguay. Además, los debates desarrollados en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional reflejan las dificultades en lograr consensos, tan notables que se sucedieron hasta cinco Relatores Especiales. En cuanto a las treinta y cinco manifestaciones de consentimiento exigidas para la entrada en vigor, si para obtener la primera mitad de ellas se precisaron de trece largos años, la otra mitad se ha obtenido precipitadamente en menos de cuatro (España se adhirió el 24 de septiembre de 2009). Por último, y más importante aún, geográficamente hablando la representación dista de ser homogénea. No hay ningún país del continente americano y sólo dos de Asia (Uzbekistán y Vietnam) repartiéndose todos los demás entre Europa y África.

El régimen jurídico que recoge la Convención aparece vertebrado por un difícil equilibrio entre los intereses enfrentados de los Estados aguas arriba y Estados aguas abajo. Así, la resistencia de los primeros impide que se aplique al concepto de «cuenca hidrográfica» o «cuenca de drenaje» y se opte por el de «curso de agua internacional». Si bien, los segundos logran que se acuñe una versión amplia de esta noción, considerando por «cursos de agua» a «un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común» (art. 2.a).

El carácter de Convenio marco de la Convención (párr. preambular 5.º) permite que los Estados parte puedan adaptar sus disposiciones y principios en futuros tratados denominados «acuerdos de curso de agua» (arts. 3 y 4) para aplicarlos a las características y usos de un determinado curso de agua internacional o de una parte de él.

En cuanto a los principios generales recogidos por la Convención (Parte II, arts. 5 a 10), que formulan una pauta de comportamiento obligatorio para los Estados, la citada Comisión de Derecho Internacional y la mayoría de los autores consideran que poseen ya carácter consuetudinario. Reseñamos los tres principales. En primer lugar, «el principio de utilización equitativa y razonable del curso de agua internacional por los Estados en sus territorios respectivos» (art. 5). Determinándose, en el artículo siguiente, qué debe entenderse por uso equitativo y razonable. Esta regla fue aplicada,

aunque no de manera indubitada, por la [Corte Internacional de Justicia en el asunto Gabčíkovo-Nagymaros \(Hungría-Eslovaquia, septiembre de 1997\)](#).

En segundo lugar, si bien interconectado con el anterior, «la obligación de no causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua» (art. 7). Se codifica así una regla aplicada con anterioridad en la jurisprudencia internacional (Laudos arbitrales de la Fundición Trail Smelter, 1941, y Asunto del Lago Lanós entre España y Francia, 1957, y la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Canal de Corfú, 1949, así como la Opinión consultiva de la CIJ en el Asunto de la licitud de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, 1996).

En tercer lugar, «la obligación general de cooperar» (art. 8) que supone el deber de alcanzar una utilización óptima y una protección adecuada del curso de agua internacional partiendo de los principios de igualdad soberana, integración territorial y buena fe. La cooperación debe traducirse en el intercambio regular de datos e información (art. 9) pudiendo establecer comisiones o mecanismos conjuntos de actuación.

En la Parte IV de la Convención (arts. 20 a 26) se recoge de manera innovadora la protección y preservación de cada «ecosistema» del curso de agua internacional en su conjunto (art. 20). No obstante, a pesar de introducir esta concepción, la Convención no aborda en su integridad toda la problemática de la contaminación y los daños medioambientales, sino que regula aspectos concretos ya que predomina el principio del uso equitativo y razonable del agua. En esta materia, resulta de mayor interés el Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado bajo el impulso de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, el 17 de marzo de 1992 y en vigor el 6 de octubre de 1996. Este convenio regional paneuropeo, conocido como *el Convenio de Helsinki*, sí aborda de manera principal la protección medioambiental y los impactos transfronterizos. Cuenta con treinta y nueve Estados parte (España, desde 16 de mayo de 2000) más la Unión Europea. Pero desde el 6 de febrero de 2013, admite que cualquier Estado miembro de Naciones Unidas pueda ser parte. Por consiguiente, su recién estrenada vocación universal empuja también a favor de lograr reglas comunes.

En definitiva, las aguas del Derecho internacional fluvial han recibido nuevos aportes que han aumentado su caudal y permiten mejorar la regulación del aprovechamiento de sus diferentes usos. Empero, subsisten remolinos que alteran su curso (*el Convenio de Nueva York* no sería aplicable a las aguas subterráneas confinadas) y, como es lógico, deben perseverar los esfuerzos en pos de lograr mayores consensos entre los Estados.

Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca  
[jmb@usal.es](mailto:jmb@usal.es)



[Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, por la que se autoriza la ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010](#)  
[BOE n.º 227, de 18-IX-2014]

**CRIMEN DE AGRESIÓN Y CRÍMENES DE GUERRA: LAS ENMIENDAS DE KAMPALA**

Conforme a lo previsto en el artículo 93 de la Constitución, las Cortes Generales autorizaron en septiembre de 2014 la ratificación de las enmiendas al tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional adoptadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en 2010. Se trata de la única revisión del Estatuto de Roma, tratado internacional constitutivo de la Corte, realizada hasta el momento. La autorización mediante ley orgánica era necesaria, ya que las enmiendas atribuyen a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, como son las que integran la aplicación del Derecho penal. Si en su día la ratificación del Estatuto de Roma fue autorizada mediante la [Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre](#), la ratificación de las enmiendas a dicho tratado internacional no podía sino autorizarse también mediante ley orgánica.

España depositó el instrumento de ratificación de las Enmiendas al Estatuto de Roma en la Secretaría General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2014, y forma ya parte del grupo de 22 Estados que han ratificado las enmiendas al artículo 8 del Estatuto, relativas a crímenes de guerra y del grupo de 21 Estados que han ratificado las enmiendas relativas al crimen de agresión. Al ratificar estas enmiendas España ha querido mostrar su compromiso con la Corte Penal Internacional como organización clave en la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

El artículo 8 del Estatuto de Roma tipifica los crímenes de guerra sobre los que la Corte tendrá competencia, en particular cuando se cometan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión a gran escala de dichos crímenes. Una de las claves de la tipificación llevada a cabo en este artículo consiste en diferenciar entre la regulación aplicable a los conflictos armados internacionales y la aplicable a los conflictos armados internos, siguiendo una aproximación clásica en el Derecho internacional humanitario. Sin embargo, hay ámbitos en este sector del ordenamiento jurídico internacional en los que se produce una confluencia entre la regulación aplicable a los conflictos armados internacionales y la aplicable a los conflictos armados internos, a medida que se percibe que las diferencias entre los dos tipos de conflicto resultan difíciles de justificar. Es desde esta perspectiva como mejor se entiende la enmienda al artículo 8 del Estatuto de Roma. En efecto, el empleo de veneno o armas envenenadas, el empleo de gases asfixiantes, tóxicos o líquidos y dispositivos análogos y, finalmente, el empleo de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el

cuerpo humano ya habían sido tipificados como crímenes de guerra en el artículo 8.2 b) XVII), XVIII) y XIX), en tanto que violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados *internacionales*. La enmienda adoptada en la Conferencia de Revisión de Kampala consiste en trasladar literalmente los preceptos citados al apartado e) de ese mismo artículo 8 del Estatuto, como apartados XIII), XIV) y XV), de modo que el empleo de las armas citadas queda tipificado como crimen de guerra en el caso de los conflictos armados que no sean de índole internacional, es decir, en los conflictos armados *internos*.

Por su parte, las reformas relativas al crimen de agresión consisten principalmente en introducir un nuevo artículo 8 *bis* en el Estatuto de Roma, que contiene el tipo penal del crimen de agresión, y en insertar otros dos nuevos artículos, 15 *bis* y 15 *ter* estableciendo las condiciones en que la Corte podrá ejercer su competencia respecto de dicho crimen.

En relación con el tipo penal, el crimen de agresión aparece configurado como un *crimen de liderazgo*, pues lo comete la persona que, «estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas». Esta definición limita el ámbito de los posibles autores a un núcleo forzosamente reducido de personas, entre los que pueden encontrarse, a título ilustrativo, el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno, el Ministro de Defensa o el Jefe del Estado Mayor, elenco que puede variar en función del sistema constitucional y de gobierno de cada Estado. Ahora bien, la autoría en este crimen no exige la titularidad de un cargo oficial en la estructura estatal, sino el control o dirección *efectivos* de la acción política o militar de un Estado, lo que deja abierta la posibilidad de que personas sin cargo oficial (un líder industrial, por ejemplo) puedan incurrir en responsabilidad penal por la comisión de este crimen. Como se infiere de la lectura del tipo penal, la comisión del crimen de agresión (una conducta individual) implica necesariamente la realización de un acto de agresión (un acto del Estado). El crimen de agresión genera responsabilidad penal individual; el acto de agresión genera responsabilidad internacional del Estado, que nunca es de naturaleza penal. Las referencias del artículo 8 *bis* a las características, gravedad y escala del acto de agresión fijan un umbral de gravedad que ha de rebasarse para que pueda considerarse que se ha producido un acto de agresión que a la vez pueda generar responsabilidad penal por crimen de agresión. Dicho umbral de gravedad pretende excluir del tipo penal los usos ilícitos, aunque *menores*, de la fuerza armada, evitando que un mero incidente fronterizo se considere como un acto de agresión que dé lugar a una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

Dado que el acto de agresión y el crimen de agresión mantienen una relación de implicación necesaria, es preciso determinar en qué consiste dicho acto para poder determinar si se ha cometido dicho crimen. El acto de agresión se concibe como «el

uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de un Estado, o en *cualquier otra forma* incompatible con la Carta de las Naciones Unidas». Sigue una lista de ejemplos de actos de agresión recogidos en la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, documento que ha suscitado el mayor consenso internacional en la materia hasta la fecha. La combinación de la definición del acto de agresión con la lista de de la Resolución 3314 da como resultado un tipo penal semiabierto o semicerrado, que no despertará el entusiasmo de quienes enfatizan la taxatividad como una de las exigencias del principio de legalidad en materia penal. Por otro lado, la definición del crimen de agresión ha sido tachada de conservadora al no contemplar supuestos poco imaginables en 1974 como los ciberataques entre Estados, y por quedarse anclada en la violencia interestatal, no incluyendo los supuestos de ataques terroristas o los de uso de la fuerza armada por parte de grupos insurgentes o rebeldes.

Las condiciones en que la Corte ha de ejercer su competencia respecto del crimen de agresión fueron la cuestión política y diplomáticamente más delicada que hubo de tratarse en la Conferencia de Kampala. El consenso alcanzado se basó en distinguir entre los mecanismos de activación de la competencia a la hora de regular su ejercicio por parte de la Corte sobre el crimen de agresión.

Así en el caso de que se active la competencia mediante la remisión de una situación por un Estado Parte o por el Fiscal *motu proprio*, la Corte solo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes y a condición de que, siempre después del 1 de enero de 2017, la Asamblea de Estados Partes de la Corte adopte por mayoría de dos tercios una decisión en este sentido. Por otro lado, cualquier Estado Parte puede realizar una declaración, que debe depositar ante el Secretario de la Corte, no aceptando la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión en el caso de estas dos vías de activación de la competencia. España no ha realizado esta declaración de *opt-out* que, frente a la opción de declaración de *opt-in* (opción también barajada en Kampala), supone un mayor coste político a nivel tanto internacional como interno. Uno de los aspectos más criticados de las enmiendas de Kampala es el contenido en el punto 5 del artículo 15 *bis*, conforme al cual la Corte no ejercerá su competencia respecto de este crimen cuando sea cometido en el territorio de un Estado no Parte o por los nacionales del mismo, lo cual rompe con el sistema de nexos jurisdiccionales del Estatuto de Roma para el resto de crímenes de la competencia de la Corte, y resulta especialmente insatisfactorio para los Estados Partes cuyos Estados vecinos son Estados no Partes. Finalmente, quizá el mayor logro de la Conferencia de Kampala fue generar un consenso que abona la tesis de que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tiene la responsabilidad primordial, pero no exclusiva, de determinar si se ha cometido o no un acto de agresión. En efecto, si, pasados seis meses desde que el Fiscal notifique la existencia de una situación en la que existe fundamento

razonable para iniciar una investigación, el Consejo de Seguridad no determina si ha habido o no acto de agresión, el Fiscal podrá iniciar dicha investigación si lo autoriza la Sección de Cuestiones Preliminares, un órgano de la propia Corte.

Cuando la remisión de la situación procede del Consejo de Seguridad (artículo 15 *ter* del Estatuto de Roma) se simplifican las condiciones para el ejercicio de la competencia, manteniéndose únicamente la exigencia del mínimo de treinta ratificaciones y la necesidad de la decisión de la Asamblea de Estados Partes después del 1 de enero de 2017. No cabe la posibilidad de declaración de *opt-out*, y la Corte puede ejercer su competencia respecto de nacionales de Estados no Partes y de hechos que hayan tenido lugar en el territorio de estos Estados.

El principio de complementariedad sobre el que se configura la jurisdicción de la Corte Penal Internacional implica que la responsabilidad primordial de perseguir los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto corresponde a los Estados. La Corte solo ejerce sus competencias cuando los Estados que podrían hacerlo muestran falta de voluntad o de capacidad para enjuiciar dichos crímenes. Una de las razones de la posible falta de capacidad es sin duda la falta de tipificación en el Derecho penal interno de los crímenes de la competencia de la Corte. Por ello la ratificación de estas enmiendas debe impulsar a cada Estado ratificante a valorar la necesidad de reformar su respectivo Código Penal. En el caso del crimen de agresión, del llamado «crimen de crímenes», esta opción legislativa ha de ser sin duda ponderada a la luz de la situación concreta de cada Estado en el contexto de las relaciones internacionales, así como de las posibilidades del ejercicio de la jurisdicción penal, territorial y extraterritorialmente. Los poderes públicos españoles habrán de valorar en breve si extraen las todas las consecuencias que el principio de complementariedad está llamado a producir en el ordenamiento jurídico interno, o si dejan el enjuiciamiento de los responsables del crimen de agresión en manos de la Corte Penal Internacional y de otros Estados que hayan tipificado este crimen en su Derecho interno.

Fernando VAL GARIJO  
*Miembro de la Delegación de España en la Conferencia de Revisión de Kampala*  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público*  
UNED  
[fval@der.uned.es](mailto:fval@der.uned.es)

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados  
y otros Acuerdos Internacionales  
[BOE n.º 288, de 28-XI-2014]

**ACUERDOS INTERNACIONALES ADMINISTRATIVOS Y ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES:  
COMENTARIO A LAS REGULACIONES ESPAÑOLA, MEXICANA Y PERUANA**

(1) Un «Tratado», de acuerdo con la definición del artículo 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, es «un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

(2) La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales [BOE n.º 288, de 28-XI-2014], por su parte, define a los Acuerdos Internacionales Administrativos como «acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno» (art. 2.b).

Si comparamos esta definición con la de la Convención de Viena podremos apreciar varias similitudes. Ambos son acuerdos internacionales y ninguno de ellos se rige por un ordenamiento jurídico interno. Los dos son celebrados por Estados, ya que toda actuación de un «órgano, organismo o ente» de un Estado, sobre todo en el entendido de que forman parte de la administración pública de un Estado, son actuaciones de ese Estado; con sólo revisar el artículo 7 del proyecto de convención sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI), se puede llegar a esa conclusión, sin necesidad siquiera de revisar escritos sobre especialistas en Derecho administrativo. Ambos pueden tener cualquier denominación y, lo más importante, están regidos por el Derecho internacional. Esto último significa dos cosas: primero, que están sometidos a las normas del Derecho internacional general y a normas jurídicas internacionales particulares que por su contenido les afecten; y, segundo, que tienen «naturaleza normativa», es decir, están destinados a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica internacional, en términos de la CDI.

Entonces, ¿qué los diferencia? La celebración de un Acuerdo Internacional Administrativo «está prevista en el tratado que ejecuta o concreta», pero ésta no es una diferencia. Un Tratado puede, en efecto, ser celebrado en el contexto de la ejecución de otro Tratado «marco». Quizá, entonces, la diferencia esté en que «el contenido

habitual» de un Acuerdo Internacional Administrativo es «de naturaleza técnica». Sin embargo, de considerar que la referencia a la «naturaleza técnica» implicaría que el Acuerdo no tenga naturaleza normativa, lo que habría que verificar en cada caso, en efecto podríamos estar ante una diferencia entre estos instrumentos jurídicos y los Tratados, pero habría que cambiar en la Ley la frase «se rige por el Derecho Internacional» por una frase menos comprehensiva. En todo caso, es inquietante la frase «contenido habitual», ¿es que acaso podría tener otro contenido, tal vez uno de clara naturaleza normativa?

(3) La Ley sobre la celebración de Tratados de México [*Diario Oficial de la Federación (DOF)*, de 2-I-1992] contempla la figura de los Acuerdos Interinstitucionales y los define como: «el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben» (art. 2.II).

Si comparamos esta norma con la española veremos muchas cosas en común, por lo que lo señalado líneas arriba también se aplicaría a estos Acuerdos Interinstitucionales. Nótese, además, que en el caso mexicano la celebración de estos acuerdos puede o no derivarse de un Tratado previamente aprobado, por lo que se restringe su ámbito material exclusivamente a las competencias de las dependencias y organismos que los suscriben, pero sin mayor precisión.

Es importante, antes de continuar, precisar que los Acuerdos Interinstitucionales o los Acuerdos Internacionales Administrativos no son equivalentes a los llamados acuerdos simples o simplificados, acuerdos internacionales ejecutivos, acuerdos ejecutivos o Tratados internacionales ejecutivos, entre otros nombres. Estos últimos son Tratados a los que simplemente se les cambia el nombre en el marco del ordenamiento jurídico interno, para enfatizar que, por su contenido, la Constitución no exige la aprobación previa del organismo legislativo, o cualquiera que en otro país cumpla esa función, para que el Gobierno pueda manifestar el consentimiento del Estado en obligarse.

(4) En el Perú, el Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, de 21 de mayo de 2007, adecua normas nacionales sobre el otorgamiento de plenos poderes [*Diario Oficial El Peruano*, Normas Legales, Año XXIV, n.º 9841, de 22-V-2007], también regula la figura de los Acuerdos Interinstitucionales, como un instrumento jurídico completamente distinto de los Tratados Internacionales Ejecutivos, en los términos antes descritos, contemplados estos últimos en el artículo 92 del Reglamento del Congreso de la República del Perú. De acuerdo con el artículo 6 del Decreto Supremo: «Se entiende por

Acuerdo Interinstitucional, el convenio regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, celebrado por escrito, entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que son partes de los acuerdos, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo».

Si nos enfocamos en los Acuerdos Interinstitucionales regidos por el Derecho internacional, dejando de lado la incomprensible referencia al Derecho interno en la norma peruana, se puede observar que los parecidos con la norma española son varios, pero más son las similitudes con la norma mexicana. Además, especial mención requiere la referencia que se hace en la norma peruana al impedimento de versar sobre las materias a las que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política que, precisamente, son aquellas que requieren aprobación previa del Congreso antes de que el Ejecutivo pueda manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el Tratado.

(5) En muchos otros países existen normas, con mayor o menor parecido, que se refieren a los acuerdos internacionales administrativos, al margen de que se les llamen así, acuerdos interinstitucionales o de cualquier otra forma. La pregunta sería ¿por qué?, ¿qué está pasando en el ámbito interno de los Estados que hace surgir la necesidad de crear este tipo de instrumentos jurídicos que, hasta cierto punto, distorsionan lo establecido en la Convención de Viena de 1969 y pueden, incluso, llegar a generar inseguridad jurídica?

Desde mi punto de vista, lo que se busca con este tipo de acuerdos es evitar el trámite de aprobación previo a la manifestación del consentimiento del Estado, por parte de organismos legislativos u otros que cumplan dicha función; quizá porque el trámite puede tardar mucho tiempo, ser engorroso, estar contaminado por componentes políticos que dejan lo jurídico al margen, entre tantas muchas otras razones como países existen. Esta complejidad, que se quiere evitar, además de afectar la imagen del Estado, puede poner en riesgo la celebración, vigencia y aplicación de Tratados muy favorables para un Estado. Imaginemos un Tratado que contemple una importante donación para un país en vías de desarrollo que por contener alguna disposición que requiera, de acuerdo con las normas constitucionales, pasar por el trámite de aprobación previa del organismo legislativo, termine sin poder celebrarse por problemas burocráticos o negociaciones políticas que pueden hacer que los «tiempos del Estado» no coincidan con los «tiempos de ejecución del presupuesto de donación» del país o ente cooperante.



También es posible, por ejemplo, que se celebre un Tratado Marco sobre Aviación Comercial entre dos países, uno de ellos muy necesitado del turismo proveniente del otro. Sin embargo, para la ejecución de ese Tratado Marco que autoriza la existencia de vuelos directos, regula temas migratorios, entre otros, es muy probable que se requiera que las agencias estatales encargadas del control de la aviación comercial tengan que «acordar» rutas aéreas a utilizar, frecuencias de vuelos, entre otros temas más de carácter técnico, lo que no significa por cierto que, necesariamente, el contenido técnico implique que dichas agencias no estén contrayendo obligaciones jurídicas en nombre de los Estados, léase, contenido normativo del acuerdo. Si por alguna razón, defensa y seguridad nacional o la que fuere, dicho «acuerdo» en virtud de normas constitucionales requiere la aprobación legislativa previa y esta, si es que se da, por las prácticas del país es probable que tarde entre seis meses y un año, el Tratado Marco durante ese tiempo no se podría ejecutar, no siendo difícil imaginar el impacto económico negativo de la situación.

Imaginemos un último ejemplo. Si en el marco de un Tratado de Libre Comercio o de Complementación Económica ya aprobado por el organismo legislativo, consentido y en vigor, se dispone que cada año, según un cronograma establecido, las partes deberán acordar si el arancel de determinadas partidas para el año siguiente se reducirá 5, 8 o 10 por ciento: ¿cada uno de los acuerdos anuales en el proceso de ejecución del Tratado de Libre Comercio deberá también ser previamente aprobado por el organismo legislativo si por el hecho de regular modificaciones arancelarias así lo exigiera la Constitución? Esto no parece tener mayor sentido. El tema será analizado por los economistas y tendrá una naturaleza técnica, lo que «no significa» que en cada uno de esos acuerdos anuales las agencias que los celebren estén contrayendo obligaciones jurídicas en nombre de sus respectivos Estados, es decir, que esos acuerdos tengan naturaleza normativa.

(6) Situaciones como las descritas en el párrafo anterior ¿justifican la creación de instrumentos jurídicos internacionales algunas veces, quizá, distintos de los Tratados, pero que otras veces simplemente reflejan un manejo unilateral de la definición de «Tratado» regulada en la Convención de Viena de 1969, con objetivos verificables en el ámbito interno de los Estados, pero sin modificar los efectos jurídicos de tales instrumentos que en el ámbito internacional, ya que desde el punto de vista del Derecho internacional seguirán siendo Tratados «cualquiera que sea su denominación particular», en términos de la citada Convención?

En la práctica, muchas veces, es sumamente útil y tiene mucho sentido evitar el complicado trámite de aprobación previa de un Tratado, pero desde un punto de vista técnico jurídico, si el instrumento que se utiliza para ello tiene contenido normativo y se encuadra en el resto de la definición de «Tratado», será un Tratado y debiera tramitarse como tal.



El tema es, por lo menos, discutible. Sin embargo, quiero rescatar en la Ley española el hecho de que, a diferencia de las citadas normas mexicana y peruana, hace expresa mención a que la celebración de los Acuerdos Internacionales Administrativos esté prevista en el Tratado que ejecuta o concreta, que, incluso, podría haber sido aprobado ya en sede legislativa. Además, la norma española precisa que el contenido habitual de estos acuerdos es de naturaleza técnica, aunque creo que en lugar de señalarlo de esa manera se debió acotar el contenido de esos acuerdos sólo a temas técnicos, retirando la palabra «habitual». Esta norma, comparada con otras, está mucho mejor pensada y mucho más delimitada.

Ahora bien, lo cierto es que, en el fondo, todo internacionalista sabe que estos Acuerdos Internacionales Administrativos, si tienen naturaleza normativa, son Tratados. Y quisiera cerrar este comentario con una pregunta: ¿No hubiera sido mejor modificar la Constitución y precisar cuándo es que tiene sentido la aprobación legislativa y cuándo lo deja de tener? Pareciera que la respuesta a esta pregunta es sí, pero ¿qué es más viable, emitir una Ley con una terminología interpretable que solucione problemas en la práctica o modificar la Constitución recortando o modificando las funciones del organismo legislativo que, por cierto, tendrá que aprobar esa reforma Constitucional?

Gattas ABUGATTAS  
*Profesor Ordinario Asociado a tiempo completo  
del Departamento Académico de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú*  
[gabugattas@puce.edu.pe](mailto:gabugattas@puce.edu.pe)

**Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público**  
**[BOE n.º 186, de 1-VIII-2014]**

**DERECHO DE REMUNERACIÓN A AUTORES POR PRÉSTAMOS DE SUS OBRAS**

Con fecha 18 de julio de 2014 fue aprobado el Real Decreto 624/2014, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público. Desde que fuera modificado el artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, a través de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, han transcurrido siete años hasta que finalmente ha visto la luz el desarrollo reglamentario al que se remitía no sólo el artículo 37.2 LPI referido, sino también la Disposición Transitoria 20.º del mismo texto legal; superando con creces el año que venía estipulado en dicha normativa para la publicación del Real Decreto ahora comentado.

La razón de la demora hay que buscarla, sin duda, en la controversia generada como consecuencia de la implantación en nuestro ordenamiento del llamado «canon por préstamo en bibliotecas» que hasta el año 2007 había sido ignorado por el legislador español. Cabe recordar al respecto que nuestro legislador fue especialmente benévolo a la hora de trasponer a nuestro ordenamiento las obligaciones contenidas en la Directiva 92/100/CE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, de modo que optó por exonerar de la obligación de pago de remuneración por préstamos efectuados en establecimientos abiertos al público a todas las entidades referidas en el artículo 37.2 LPI. Opción que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que no estaba ajustada al Derecho comunitario mediante Sentencia de 20 de octubre de 2006. Dicho pronunciamiento tuvo como consecuencia inmediata la reforma del artículo 37.2 LPI mediante la referida Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas. A través de dicha reforma se mantenía la posibilidad de que determinadas instituciones realizaran préstamos de las obras protegidas por el derecho de autor sin necesidad de pedir autorización de los autores (constituyendo una clara excepción al derecho exclusivo de distribución); pero, a diferencia de lo que venía aconteciendo hasta el momento, se obligaba a dichas instituciones al pago a los autores de una remuneración por los préstamos efectuados.

Muchos han sido los argumentos vertidos desde ese momento en contra de dicho derecho de remuneración de los autores que venía expresamente impuesto por el legislador comunitario en la Directiva 92/100/CE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, primero, y en la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, que sustituyó a la anterior, después. Con carácter general, dichos argumentos contrarios a la imposición de dicha obligación de remuneración se fundamentan en el entendimiento de que las bibliotecas, archivos y otras instituciones de difusión de la cultura no causan ningún perjuicio a los autores de las obras que prestan por el que deban compensarles, sino que, antes al contrario, llevan a cabo una labor de difusión de dichas obras entre el público que, de otro modo, no accedería o encontraría serias dificultades para acceder a las mismas.

Al respecto cabe señalar que efectivamente el derecho atribuido a los autores en el artículo 37.2 LPI, desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto que ahora se analiza, tiene la naturaleza de remuneración compensatoria por los perjuicios generados a aquellos por la realización de unos préstamos que están autorizados por ley, constituyendo una excepción expresa al derecho exclusivo de distribución regulado en el artículo 19 LPI. Y parece que no le falta razón a quienes opinan que el reconocimiento de tal remuneración compensatoria entra en clara contradicción con la labor de difusión de la cultura llevada a cabo por dichas instituciones.

No obstante, no se puede perder de vista la necesidad de retribuir adecuadamente a los autores por el esfuerzo realizado en la creación de sus obras como premisa en la que se basa el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual.

La forma en la que ambos intereses, aparentemente contrapuestos, pueden ser cohonestados no deja de suscitar polémica. Ni siquiera ahora que el desarrollo reglamentario del artículo 37.2 LPI ha sido aprobado podemos considerar cerrada la controversia, pues desde el momento inmediatamente posterior a la publicación del Real Decreto que presentamos se han alzado voces que exigen su abolición o simplemente su no aplicación; lo cual no sería sorprendente puesto que, tal como ponen de manifiesto las entidades de gestión, el dinero recaudado conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Vigésima, conforme a la cual se ha venido regulando transitoriamente el derecho de remuneración por préstamo de las obras, prácticamente es anecdótico pues muy pocas entidades obligadas al pago lo hacen efectivo.

El Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración de los autores por los préstamos efectuados en bibliotecas y otras entidades de difusión de la cultura consta de ocho artículos, una disposición transitoria, una disposición adicional y tres disposiciones finales. En el artículo 1 se establece el objeto del Real Decreto cual es «regular el procedimiento de pago y los criterios objetivos para el cálculo de la cuantía de la remuneración por el préstamo de obras protegidas por derechos de autor que se realicen en los establecimientos accesibles al público»; establecimientos que vienen enumerados en el artículo 2 y que coinciden (como no podía

ser de otra forma) con los establecidos en el artículo 37.2 LPI. No obstante, quedan excluidos de esta obligación de pago, tal como ya establecía el artículo 37.2 LPI, las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, así como los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes. A este respecto se precisa en el Real Decreto que también quedan excluidos los servicios móviles cuando presten sus servicios en tales municipios de menos de 5.000 habitantes; precisión que supondrá no pocos quebraderos de cabeza para los establecimientos accesibles al público ubicados en municipios de más de 5.000 habitantes, pero que presten sus servicios mediante una oferta móvil en municipios de menos de 5.000 habitantes, por cuanto la aplicación de los criterios de cómputo no será ni menos sencilla, como veremos seguidamente.

Conforme al artículo 3 del Real Decreto las entidades referidas habrán de pagar por los préstamos de obras no incluidas en dominio público realizados en sus establecimientos, excluyéndose de tal concepto la consulta in situ de cualquier tipo de obra realizada en los mismos, los préstamos realizados en beneficio de personas con discapacidad en los términos del artículo 31 bis 2 LPI, así como, tal como ya apuntáramos, los préstamos de obras realizados en los establecimientos a los que no se le aplica la obligación de remuneración conforme al artículo 2 del Real Decreto.

Serán beneficiarios de esta remuneración los autores (art. 4 RD), si bien se establece la gestión obligatoria de tal derecho a través de las entidades de gestión. Y quedarán obligados al pago los titulares de los establecimientos abiertos al público en los que se efectúan los préstamos (art. 5.1 RD). Dado que muchos de estos establecimientos son de titularidad pública se establece, por un lado, que el pago de la remuneración en tales casos se efectuará mediante el procedimiento que proceda conforme a la legislación aplicable a cada administración pública titular de la obligación (art. 5.4 RD). Y, por otro, se insta a las Administraciones Públicas a colaborar en el cumplimiento de la obligación de pago de esta remuneración; colaboración que vendrá canalizada a través del Consejo de Cooperación Bibliotecaria (art. 6 RD).

Por otro lado, a efectos de facilitar el cumplimiento de la obligación de pago por parte de las entidades obligadas, se permite a las entidades de gestión implicadas (en el momento actual SGAE, CEDRO, DAMA y VEGAP) nombrar un representante único que actuará en nombre de todas ellas (art. 5.2 RD). Si no actuaran a través de representante único, las entidades de gestión deberán establecer y aportar a los sujetos obligados al pago un acuerdo sobre los porcentajes o sistema de reparto acordados por todas las entidades de gestión concurrentes en la gestión de derechos de un mismo tipo de obra. Si no alcanzaran dicho acuerdo, podrán someterse a arbitraje ante la Sección Primera de la Comisión de la Propiedad Intelectual u otro órgano arbitral. En todo caso, se permite a las entidades obligadas al pago consignar las cantidades debidas, a fin de evitar el devengo de intereses.

La cuantía debida deberá ser calculada anualmente por los establecimientos obligados al pago, se tendrán en cuenta los datos correspondientes al ejercicio anual precedente, se hará efectiva a lo largo del primer semestre del año y constituirá la suma de las cantidades resultantes de aplicar dos criterios: número de obras sujetas a derechos de autor puestas a disposición con destino al préstamo y número de usuarios efectivos del servicio de préstamo.

Conforme a lo apuntado, en primer lugar, los establecimientos obligados al pago tendrán que determinar cuál es el número de obras sujetas a derechos de autor puestas a disposición con destino a préstamo. Tarea que no resultará ni mucho menos sencilla para los establecimientos cuyo catálogo no esté digitalizado. Llamamos la atención de que nada se dice acerca de las obras huérfanas, que, aparentemente, deberán contabilizarse a efectos del cálculo de la remuneración, aunque previsiblemente no será entregada a sus autores. Dicho número de obras habrá de multiplicarse por 0,004 euros a partir del 1 de enero de 2016, pues hasta ese momento se multiplicará por 0,16 euros (Disposición transitoria).

Por otro lado, las entidades obligadas al pago deberán computar el número de usuarios efectivos del servicio de préstamo y multiplicar tal cifra por 0,05 euros, desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto. De nuevo hay que llamar la atención sobre ciertas imprecisiones. En primer lugar, parece que, conforme a la redacción del precepto, habrá de tenerse en cuenta el número de usuarios efectivos del servicio de préstamo, con independencia de que el objeto de préstamo haya sido o no una obra sobre la que recaen derechos de autor. Por otro lado, los establecimientos ubicados en municipios de más de 5.000 habitantes que lleven a cabo un servicio móvil en municipios de menos de 5.000 habitantes deberán descontar los préstamos realizados en dichos municipios para el cálculo de esta segunda cantidad.

La pregunta que surge inmediatamente ante el método de cálculo dispuesto en el presente Real Decreto es si las entidades de difusión cultural sometidas a la obligación de pago de la remuneración por los préstamos que realicen disponen de los medios necesarios para realizar este cómputo y si el sistema elegido es el más oportuno para que este derecho de remuneración sea finalmente efectivo.

Por otro lado, se dispone que las entidades de gestión estarán obligadas a satisfacer anualmente a los autores la remuneración individual que les corresponda por el préstamo de sus obras. Con todo, cabe apuntar tres observaciones. En primer lugar, será difícil calcular tal remuneración individual que corresponde a cada autor por cuanto los establecimientos obligados al pago no tienen obligación de referir el número de veces que una determinada obra ha sido objeto de préstamo (recordemos que sólo se tienen en cuenta el número de obras objeto de préstamo y el número de usuarios efectivos del servicio de préstamo). En segundo lugar, nada se dice de las obras huérfanas, tal como apuntáramos. Y, por último, la realidad demuestra que hay autores que

están representados a través de la entidades de gestión, por lo que difícilmente se hará efectiva para ellos la remuneración por el préstamo de sus obras.

La complejidad del sistema pergeñado por el Real Decreto que analizamos se demuestra en la remisión a futuros desarrollos que hagan posible su aplicación. Las entidades de gestión deberán articular un sistema de reparto que sea objetivo, proporcional y de público conocimiento. Y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte queda habilitado para dictar cuantas disposiciones y actos sean necesarios para el desarrollo del Real Decreto.

M.<sup>a</sup> Mercedes CURTO POLO  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[curtopom@usal.es](mailto:curtopom@usal.es)

**Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica  
y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas  
en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE  
[DOUE L 257, de 28-VIII-2014]**

**IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA Y SERVICIOS DE CONFIANZA PARA TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS**

El pasado 28 de agosto se publicó en el *DOUE* (L 257/73) el *Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE*, cuya entrada en vigor se produjo a los 20 días de su publicación. No obstante, sus disposiciones serán aplicables, como regla general, a partir del 1 de julio de 2016 con las excepciones previstas en el propio artículo 52.

Según se indica en los primeros considerandos de esta norma, la desconfianza es la principal causa que limita que los consumidores, las empresas y las administraciones públicas realicen transacciones por vía electrónica, por lo que el objetivo prioritario de esta disposición es reforzar la confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y proporcionar una base común para lograr interacciones electrónicas seguras. El Reglamento pretende así, de una parte, eliminar las barreras que existen para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica que se utilizan en los Estados miembros y, de otra, garantizar que sea posible la identificación y autenticación electrónicas seguras para poder acceder a los servicios de transferencia en línea que ofrecen los Estados miembros.

Como precedente en esta materia figura la *Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*, que, al centrarse sólo en el establecimiento de unas directrices básicas en materia de firma electrónica, carecía de otras normas relevantes para que realmente se pudiera disponer de un «marco global transfronterizo e intersectorial». Al ampliar el Reglamento el ámbito de la Directiva y por razones de seguridad jurídica, se deroga la Directiva 1999/93 (art. 50). De esta forma se produce una armonización plena en la materia, que sin duda favorecerá y facilitará la consecución del objetivo del Reglamento.

Por su contenido, la norma reglamentaria aprobada debe ser respetuosa con la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, lo que significa que el tratamiento de datos personales que se derive de las actuaciones propias de este Reglamento debe llevarse a cabo conforme a la Directiva citada.

Dado que se trata de la regulación de una cuestión tecnológica, uno de los inevitables problemas que se plantean es el de la continua y rápida evolución de este sector. Así, esta norma debe ser neutral en lo que respecta a la tecnología, por lo que los efectos jurídicos que el Reglamento otorga se deben lograr por cualquier medio técnico. En este mismo sentido, cabe también destacar la obligación que existe de garantizar la conservación de la información (así, el considerando 61 se refiere a la validez de la firma electrónica y del sello electrónico a pesar de la evolución tecnológica).

El Reglamento se estructura en seis capítulos y cuatro anexos. El capítulo I contiene unas disposiciones generales, de entre las que cabe destacar su objeto (art. 1). Según se indica, el Reglamento establece las condiciones para que los Estados miembros reconozcan los medios de identificación electrónica; las normas para los servicios de confianza y el marco jurídico de las firmas electrónicas. Todo ello, sin imponer restricciones a la prestación de servicios de confianza y permitiendo la libre circulación en el mercado interior de los productos y servicios de confianza que se ajusten a este Reglamento (art. 4). Este capítulo se completa con un amplio artículo que contiene cuarenta y una definiciones a efectos de esta norma (art. 3).

El Capítulo II contiene las disposiciones aplicables a la «identificación electrónica», que se define como «el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica». En él se establecen los requisitos para el reconocimiento mutuo (art. 6), los niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica (art. 8), la responsabilidad derivada del uso de este sistema de identificación (art. 11) y además la cooperación e interoperabilidad (art. 12). El apartado 7 de este artículo 12 ha sido desarrollado por la *Decisión de ejecución (UE) 2015/296 de la Comisión, de 24 de febrero de 2015, por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica con arreglo al artículo 12, apartado 7, del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior*, publicada en el DOUE L 53/14, de 25 de febrero de 2015. Las modalidades fijadas por el artículo 1 de esta Decisión son: a) el intercambio de información, experiencia y buenas prácticas sobre los sistemas de identificación electrónica y el examen de novedades; b) la revisión por pares de los sistemas y c) la cooperación a través de la Red de Cooperación.

En el Capítulo III se regulan los «servicios de confianza», definidos como aquellos servicios electrónicos que se prestan habitualmente a cambio de una remuneración y que pueden consistir en: a) la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos o sellos de tiempo electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada y certificados relativos a estos servicios; b) la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web, o c) la preservación de firmas,



sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios. De entre las disposiciones que regulan estos servicios de confianza, deben destacarse el sistema de responsabilidad (art. 13); el establecimiento de «listas de confianza» (art. 22); el uso de la etiqueta de confianza «UE» para servicios de confianza cualificados (art. 23), y la regulación de la firma electrónica (arts. 25-34), los sellos electrónicos (arts. 35 a 40) y del sello de tiempo electrónico (arts. 41 y 42). Mención aparte merece la autenticación de sitios web (art. 45), cuyos certificados deben cumplir los requisitos fijados en el Anexo IV.

Un aspecto clave son los niveles de seguridad que deben caracterizar el grado de confianza de un medio de identificación electrónica para establecer la identidad de una persona, pues debe quedar garantizada la identidad de la misma. La utilización de estos servicios de confianza genera también el problema de su utilización como prueba en procedimientos judiciales (ver, por ejemplo, los artículos 41, 43 y 46 donde se regulan determinados efectos jurídicos). La aprobación del Reglamento permitirá en definitiva la coexistencia de los «servicios de confianza nacionales» y los «servicios de confianza comunitarios» (lista cerrada).

El Capítulo IV (Documentos electrónicos) contiene sólo un artículo dedicado a fijar los efectos jurídicos de este tipo de documentos, definidos como «todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual». Los Capítulos V y VI contienen normas relativas a la «delegación de poderes y disposiciones de ejecución» y «disposiciones finales», que contienen algunas normas ya referenciadas (como derogación y entrada en vigor), así como la obligación de la Comisión de revisar la aplicación del Reglamento (art. 49).

M.<sup>a</sup> del Mar GÓMEZ LOZANO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Almería*  
[margomez@ual.es](mailto:margomez@ual.es)

**Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima**  
**[BOE n.º 180, de 25-VII-2014]**

**NAVEGACIÓN MARÍTIMA**

El largo periplo al que se ha visto sometido el texto legal partiendo de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima a finales de 2004 hasta la aprobación de la Ley de Navegación Marítima por el Pleno del Congreso el pasado mes de julio es fruto de un esfuerzo en el que han participado activamente diferentes sectores del mundo de la navegación marítima. En este sentido, la participación en su redacción, tanto de asociaciones de navieros y pequeños astilleros como de asociaciones de estibadores o de empresas de seguro, ha traído como consecuencia que el texto legal se caracterice por un marcado carácter pragmático que no pretende sino dar solución a la realidad actual del tráfico marítimo.

Un pragmatismo que, por otra parte, supone un nuevo giro en la regulación del denominado derecho marítimo, toda vez que se ha pretendido homogeneizar y servir de norma catalizadora de toda la regulación, hasta el momento dispersa en diferentes convenios ratificados por España, en un intento por superar las posibles contradicciones entre ésta y la obsoleta regulación recogida en el Libro III del Código de Comercio de 1885. Así pues, encontramos la primera manifestación de esta idea en el título preliminar, donde se expone que, en cuanto a la interpretación de la Ley, se atenderá a los tratados internacionales vigentes en España, en orden a promover una cierta uniformidad entre las diferentes regulaciones. Como dice la exposición de motivos de la Ley, «Esta vocación de uniformidad conlleva el propósito de acabar con la criticada dualidad de regulaciones existente en muchos ámbitos de esta materia [...]». Se busca que la interpretación de la norma se haga en clave internacional, tal y como señala el artículo 2 de la norma.

Una uniformidad que no agota los planteamientos legislativos propuestos, ya que la ley, como no podía ser de otro modo, nos delimita el ámbito de aplicación, tanto territorial, como objetivo. Por lo que al primero se refiere, el régimen se delimita en clave territorial –dentro de los espacios marítimos españoles la ley rige para todos los buques–, pero no solo, ya que también opera la llamada ley del pabellón conforme a la que quedan sujetos los buques españoles, donde quiera que se encuentren, dejando el tratamiento de los buques de Estado extranjero que gozarán de inmunidad –no así el resto de conformidad con lo previsto en el art. 12 de la Ley–, quedando sujetos únicamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón, a excepción de los buques de guerra, que tienen un tratamiento específico.

Como es lógico, la aplicación del régimen jurídico a los buques obliga igualmente a dar tratamiento al concepto de buque, definiéndose, a este respecto, tres categorías, esto es, los buques, las embarcaciones y los artefactos navales –a excepción de los de recreo o deportivos–, a los que se añade de manera diferenciada la plataforma fija.

Unas naves que, definidas en los arts. 58 y siguientes de la ley, se ven sometidas al régimen ordinario de transmisión y se les dota de un sistema de publicidad a través del Registro de Bienes Muebles, en su sección de Buques, ya que, tal y como apunta la Exposición de Motivos, «la publicidad es crucial en el tráfico patrimonial y se lleva a cabo a través de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (Sección de buques), que ha de coordinarse con el Registro de Buques y Empresas Navieras», siendo de aplicación los principios registrales generales.

Asimismo, conviene destacar la novedad de la regulación de los contratos de construcción naval, recogidos en los arts. 108 y ss. de la Ley y el de compraventa de buques (arts. 117 y ss.). Ambos contratos se contemplan bajo el prisma de un régimen específico, en el que se atiende, en el caso de la construcción, a los riesgos según las prácticas contractuales más difundidas en el tráfico, manteniéndose, en el caso del contrato de compraventa, la concepción marítima tradicional para el riesgo, en la que se presta especial atención a la interferencia que la venta del buque puede producir sobre los contratos de utilización en vigor. No ocurre lo mismo con el sistema de garantías, para el que se hace un tratamiento reformista, en el sentido de admitir solo como privilegios a los reconocidos por el Convenio sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993.

De igual modo, y en los contratos de utilización del buque, el fletamento se configura como contrato de transporte. Se establece un tipo contractual unificado que, sin embargo, mantiene especialidades cuando estas son precisas. Tal es el caso de los fletamentos por viaje, el fletamento por tiempo y el traslado de mercancías bajo conocimiento. En cuanto a las exclusiones se atiende al fin de la contratación de buque para excluir situaciones tales como el tendido de cables, la investigación oceanográfica o las actuaciones de rompehielos, para las que el régimen es de aplicación parcial. También se regulan los contratos de pasaje, el remolque, el arrendamiento de buque, cuyo régimen aparece sometido a particularidades propias.

En lo que hace a los sujetos de la navegación, la Ley de Navegación Marítima clarifica la noción de armador que, desligada de la de propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o a través de sus dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad. De igual modo, se atiende a la definición de naviero o empresa naviera la persona física o jurídica, entendiéndose por tal aquel que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales. Unos sujetos que son sometidos al régimen de responsabilidad del porteador por daños y averías de las cosas transportadas y para los que se mantiene el régimen vigente, contenido en las Reglas de La Haya-Visby ratificadas por España y por la generalidad de los países marítimos. Así pues, se han unificado los regímenes de responsabilidad del porteador, aplicables al transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque –nacional

o internacional-, y al fletamento en sus distintas modalidades. Este régimen presenta carácter de Derecho necesario en los transportes contratados en régimen de conocimiento de embarque. No ocurriendo lo mismo cuando exista póliza de fletamento, en cuyo caso, el régimen legal tendrá carácter derogable, por la mayor capacidad de negociación de las partes, lo cual tiene gran trascendencia, ya que pudieran ser válidas las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad que pacten.

En lo que hace a los accidentes de la navegación se parte de la remisión normativa del abordaje a lo previsto en el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje, hecho en Bruselas el 23 de septiembre de 1910. En este punto, tal y como nos adelanta la Exposición de motivos, se fija la responsabilidad por culpa probada, la exclusión del caso fortuito y la graduación de las culpas efectivamente producidas cuando esas culpas tengan naturaleza compartida, bajo el régimen de solidaridad de los armadores, dándose asimismo respuesta a las cuestiones que suscitara el ámbito de aplicación al extenderlo a los procesos penales o administrativos en los que se exija responsabilidad patrimonial.

Por lo que respecta a la avería común, se siguen las Reglas de York y Amberes, si bien la liquidación de las averías comunes se efectuará por un liquidador privado designado por el armador articulándose un procedimiento para los casos en que no se logre el acuerdo de los interesados sobre este punto. De igual modo, entre los accidentes, resulta apropiada la regulación del naufragio o hundimiento de buques a fin de poder concretar en qué situación se encuentran los bienes afectados, cómo se determina el derecho de propiedad sobre los mismos, y el régimen de extracciones.

En lo que hace al seguro marítimo la normativa analizada atiende a un posición de consenso entre los modelos de pólizas y cláusulas de tipo anglosajón y la tradición jurídica latina cubriendo los daños propios de la navegación marítima. Unos riesgos que, delimitados por vía de pacto, no alcanzan, salvo pacto en contrario, aspectos tradicionalmente excluidos en las relaciones contractuales de transporte, tal y como ocurre con el vicio propio, el desgaste natural y la culpa grave del asegurado.

Finalmente el texto legal cierra su articulado con la regulación de aspectos procesales de aplicación particular al supuesto, a lo que se acompaña el tratamiento de otras cuestiones específicas en materia de consumo o contratación electrónica, que contribuyen a completar un régimen jurídico, a nuestro juicio, completo y actualizado con el que se sitúa la regulación de la navegación marítima en el lugar que en el momento presente le corresponde.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE  
*Catedrático EU Derecho Mercantil*  
[aadt@usal.es](mailto:aadt@usal.es)

Javier SÁNCHEZ BOYANO  
*Abogado*

**Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre,**  
**de medidas urgentes en materia concursal**  
**[BOE n.º 217, de 6-IX-2014]**

**MODIFICACIONES A LA LEY CONCURSAL:**

**GARANTÍAS REALES, QUÓRUM DE LA JUNTA DE ACREEDORES, EFECTOS DEL CONVENIO, FASE DE LIQUIDACIÓN,  
CALIFICACIÓN**

Con el propósito de facilitar las operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial a través de este Decreto-Ley 11/2014 se introducen medidas en la línea del Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, posteriormente convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

En este Decreto-Ley 11/2014 se introducen entre otros extremos modificaciones en relación con el régimen de las garantías reales en el concurso que, como no puede ser de otro modo, inciden en la conformación de los derechos de quienes titulen créditos especialmente garantizados sobre bienes y derechos del deudor. Igualmente, y sin perjuicio de que se amplíe el listado de personas especialmente relacionadas con el deudor que como se sabe atendido el carácter subordinado de sus créditos están privadas de derecho de votos en la junta de acreedores, el Decreto-Ley 11/2014 amplía el quórum de la referida junta. Se reconoce de este modo el derecho de voto de los acreedores que hubieran adquirido su crédito con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, exceptuándose a estos efectos quienes tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor. En tercer lugar se incorporan disposiciones relativas a los efectos del convenio y se consagra la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, pudiendo quedar afectada la parte del crédito cubierta con la garantía. Abierta la fase de liquidación, a través de las previsiones del Decreto-Ley se incorporan disposiciones tendentes a facilitar la venta de unidades productivas, sin perjuicio de la especial tutela de las deudas laborales y de la seguridad social. Por último se modifica el artículo 167 LC en sede de calificación en aras de facilitar su correcta interpretación.

Como se apuntaba, el Decreto-Ley 11/2014 incide en el tratamiento concursal del crédito que se beneficia de garantía real. Se introducen disposiciones relativas tanto al tratamiento concursal que merece la parte del crédito que exceda el valor de la garantía real en el concurso como a la valoración de estas garantías. Con esta forma de actuar se busca, por un lado, ordenar en el concurso la situación de los acreedores con garantía real al objeto de facilitar la adopción de acuerdos que permitan adoptar convenios concursales y, por otro, estar a la función económica propia de las garantías reales en atención a sus costes de ejecución. Así se modifican los arts. 90.3 y 94 LC. En la nueva redacción dada al artículo 90.3 LC se prevé que el privilegio especial sólo alcance la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que

conste en la lista de acreedores, calculada esta última de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.5 LC. Se dispone que el importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial sea calificado en el concurso según su naturaleza. Por su parte, el artículo 94.5 LC señala que a los efectos del artículo 90.3 LC se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial, deduciéndose para su determinación de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiera pactado. A estos efectos, el artículo 94.5 LC señala que ha de entenderse por valor razonable en atención a la naturaleza de los bienes gravados. Como puede comprobarse en materia de valoración de las garantías reales se han introducido previsiones análogas a la de la Disposición Adicional Cuarta de la LC relativa a la valoración de las garantías sobre las que recae privilegio especial. Recuérdese que esta Disposición Adicional ha sido recientemente modificada por la Ley 17/ 2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Hasta el nuevo régimen que incorpora el Decreto-Ley 11/2014 los titulares de créditos con privilegio especial que excediesen el valor de la respectiva garantía tenían la consideración de titulares de créditos con privilegio especial. Con estas modificaciones a la LC que resultan del Decreto-Ley se busca no sólo asegurar el mantenimiento de las garantías preferentes, sin perjuicio de que en caso de ejecución el sobrante se atribuya a los beneficiarios posteriores de las garantías, sino además permitir a estos últimos participar en las votaciones para el acuerdo de aprobación del convenio. Como se recoge en la Exposición de Motivos de la norma,

No debe olvidarse, por otro lado, que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de *pars conditio creditorum* y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio. Además, el resultado práctico es que los acreedores que se benefician de dichas garantías únicamente tendrán un derecho de abstención que en nada beneficiará al convenio y a la continuidad de la empresa, y que en ningún caso garantizará el cobro efectivo de su deuda, menos aún si el concursado debe ir a liquidación. Téngase en cuenta que, en caso de liquidación o incluso de ejecución singular del bien hipotecado, el acreedor recibirá como mucho el valor de la garantía. Del resto de crédito no cubierto por la garantía, no cobrará más que aquella parte que hubiera quedado indemne en el convenio, aunque muy probablemente menos en un contexto de liquidación y no de empresa en funcionamiento.

Las medidas a que acabamos de hacer referencia en relación a la valoración de la garantía real y la concreción de los créditos que vayan a beneficiarse de ella permiten aclarar qué parte de los mismos se benefician del derecho accesorio y cuál no. En

este último caso esta parte o los créditos que no queden cubiertos por la garantía han de estar en el concurso a la clasificación que merezcan. En sede de convenio, estas medidas resultan como se ha visto en una ampliación del quórum ya que atribuyen derecho de voto a acreedores que hasta ahora no lo tenían. Ahora bien, el Decreto-Ley 11/2014 incorpora asimismo previsiones que de manera directa inciden en la ampliación del quórum para adoptar los acuerdos de aprobación de convenio. En este sentido, y a diferencia de lo que se preveía en el previgente artículo 122.1.2.º LC, se reconoce con carácter general derecho de voto a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso (exceptuando a las personas especialmente relacionadas con el deudor, artículo 122.1 LC). Hasta esta reforma estos acreedores sólo tenían reconocido derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o cuando se tratase de entidades financieras sujetas a supervisión.

Se advierte, por tanto, que se mantienen las cautelas en relación con las personas especialmente relacionadas con el deudor. No solamente ha sido objeto de reforma el artículo 122.1 LC, sino, también, lo han sido los arts. 93. 1 y 93.2 LC ampliándose la lista de personas que se consideran especialmente vinculadas con el deudor. Recuérdese que el carácter subordinado que pasan a tener los créditos que titulan estos sujetos tiene asimismo implicaciones en sede de convenio ya que la nueva redacción dada al artículo 122.1 LC mantiene la privación del derecho de voto de los acreedores subordinados en la junta de acreedores.

En tercer lugar se señalaba que se incorporan previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 100 LC. Al igual que se hace en la disposición adicional cuarta, se señala que los acuerdos de aumento de capital requeridos cuando se proceda a la capitalización de la deuda se adoptarán con mayorías cualificadas. También en sede de efectos del convenio se procede a una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis LC, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas. Además se facilita la cesión en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos.

En relación a las votaciones y mayorías en el convenio y a la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias, se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio (quitas del 50 por ciento y esperas de cinco años), pero para superar dichos límites se exige una mayoría reforzada del 65%. Se introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los convenios concursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75% (art. 121.4 LC).

Y finalmente se introduce una previsión novedosa (nuevo art. 134.3 LC), que también tiene precedente en el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso

en la parte cubierta por el valor de la garantía. Aunque para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo se adopte por acreedores que sean de la misma clase. Para ello se diferencia entre cuatro clases de acreedores, cada uno incorpora sus propias características justificativas de un tratamiento concursal específico. Así se distingue entre acreedores de derecho laboral; públicos; financieros; y, finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales).

Advertíamos que en sede de liquidación se busca facilitar la transmisión de unidades productivas. Así se incorpora un nuevo artículo 176 bis LC que bajo el epígrafe de «Especialidades de la transmisión de unidades productivas» señala cómo en caso de transmisión de unidades productivas se cederá al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, subrogándose el adquirente en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. En la nueva redacción dada a los arts. 148. 5 y 148.6 LC se dispone que, salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación puede preverse la cesión de bienes y derechos en pago o para pago de créditos concursales. Ahora bien el juez puede acordar la retención de un 10% de la masa activa para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, según los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. El artículo 149 LC también se modifica, se introducen reglas supletorias relativas a la enajenación de unidades productivas, especialmente en lo referente a las reglas de subsistencia o purga de las garantías reales que pudiesen gravar todos o algunos de los bienes incluidos en dicha unidad.

En materia de calificación concursal, se trata de clarificar las dudas interpretativas que había suscitado el término «clase» a efectos de determinar los presupuestos para la apertura de la sección sexta. Recuérdese que la pieza de calificación se abre no sólo en caso de liquidación, sino, también, cuando la solución al concurso sea convencional siempre y cuando no se establezca para todos los acreedores o los de una o varias clases una quita inferior a un tercio de sus créditos o una espera inferior a tres años. La referencia a las clases de acreedores que incorpora el precepto se hace en términos amplios, incluyéndose los acreedores que reúnan características comunes en los términos del artículo 94.2 LC. Esto es, aunque el grupo no comprenda a todos los de la misma clasificación concursal.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[imoral@unizar.es](mailto:imoral@unizar.es)



[Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan  
medidas urgentes en materia de refinanciación  
y reestructuración de deuda empresarial  
\[BOE n.º 238, de 1-X-2014\]](#)

**REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EMPRESARIAL**

Esta disposición legal viene en lo esencial a convalidar las previsiones que incorporaba el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración (a este Real Decreto-Ley 4/2014 ya tuvimos ocasión de referirnos en una entrada anterior de esta revista electrónica). Sin perjuicio de lo referido, a través de esta disposición se incorporan novedades relevantes en relación tanto al régimen de la administración concursal como del Registro Público Concursal.

A diferencia del Real Decreto-Ley 4/2014 que en relación al régimen de la administración concursal se limitaba a introducir la prohibición de nombrar como administrador concursal a quien como experto independiente hubiera emitido el preceptivo informe en sede de adopción de acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor con anterioridad a su declaración de concurso (art. 28. 5 LC que se remite al 71 bis 4 LC), a través de la Ley 17/2014 se modifican aspectos sustanciales del régimen de la administración concursal.

De entrada, en su nueva redacción el artículo 30.1 LC dispone que, cuando el nombramiento del administrador concursal recaiga en una persona jurídica, la aceptación del cargo conlleva la designación de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio del cargo.

Se suprime el artículo 27 bis LC y se da una nueva redacción a los arts. 27 y 28 LC al objeto de delimitar tanto las condiciones subjetivas como los criterios de exclusión para ser nombrado administrador concursal. Se limita la posibilidad de ser designado administrador concursal a las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal, lo que presupone el cumplimiento de unos requisitos que en su caso podrán especificarse atendida la dimensión del concurso. La designación de los administradores concursales se hará por turno correlativo en atención al listado de la sección cuarta del Registro. Si bien esta condición es necesaria no es suficiente toda vez que también se requiere que el administrador haya manifestado su voluntad de actuar en el ámbito competencial del juzgado que lo designe. No obstante, para los concursos de gran tamaño está previsto que el juez del concurso pueda designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. La disposición transitoria 2 de la Ley 17/ 2014 dispone que las previsiones contenidas en el artículo 27 LC no entrarán en vigor, sin embargo, en tanto en cuanto no se apruebe su desarrollo reglamentario.

No pueden ser nombrados administradores concursales las personas que no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada; quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza; quienes, estando inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones referidas en el artículo 31 Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa activa del concurso; y, por último, quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años.

Las funciones de los administradores concursales se delimitan en el nuevo Capítulo II del Título II de la LC. Este capítulo se integra únicamente por el artículo 33, que discrimina entre las funciones que asume la administración concursal diferenciando las de carácter procesal; las propias del deudor o sus órganos de administración; las de ámbito laboral; las relativas a derechos de los acreedores; de informe y evaluación; de realización de valor y liquidación y de secretaría, además de cualquier otra que les sea atribuida por ley.

Se modifica en virtud de la Ley 17/ 2004 la numeración del Capítulo II del Título II, que pasa a ser Capítulo III. Este Capítulo III –Estatuto jurídico de los administradores concursales (arts. 34 a 39 LC)– incorpora en su artículo 34 como criterio para la determinación de la retribución de los administradores el de eficiencia. Así se prevé expresamente que la retribución inicialmente fijada para el administrador concursal pueda ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de sus obligaciones, por un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la deficiente calidad de sus trabajos. A estos efectos se introduce una expresa previsión apuntando que, salvo que el juez atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador resuelva lo contrario, se considera que la calidad del trabajo es deficiente y debe reducirse la retribución del administrador concursal cuando la administración incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores a favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso la retribución será reducida en la misma proporción. En todo caso debe advertirse que las modificaciones que incorpora

el nuevo artículo 34 LC no entrarán en vigor en tanto en cuanto no se produzca su desarrollo reglamentario, tal y como se prevé en la disposición transitoria 2 de la Ley 17/ 2014.

Se introduce una nueva redacción del artículo 37 LC, incorporándose una nueva causa de separación del cargo de administrador concursal. Así se prevé que en todo caso sea causa de separación del administrador, salvo que el juez atendiendo circunstancias objetivas resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de sus funciones y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores a favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal.

Se advertía que el otro aspecto novedoso que incorpora la Ley 17/2014 en relación a las previsiones del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración que convalida es el relativo a la modificación del Registro Público Concursal. Sin perjuicio de que la entrada en vigor de sus previsiones se sujete a un ulterior desarrollo reglamentario (disposición transitoria 2 de la Ley 17/ 2014), se da una nueva redacción al artículo 198 LC cuyo apartado 1 se redacta en los siguientes términos:

El Registro Público Concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de cuatro secciones: a) En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el Secretario Judicial. b) En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento. c) En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización. d) En la sección cuarta, de administradores concursales y auxiliares delegados, se inscribirán las personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente para poder ser designado administrador concursal y hayan manifestado su voluntad de ejercer como administrador concursal, con indicación del administrador cuya designación secuencial corresponda en cada juzgado mercantil y en función del tamaño de cada concurso. También se inscribirán los autos por los que se designen, inhabiliten o separen a los administradores concursales, así como los autos en los que se fije o modifique su remuneración. Cuando un administrador concursal sea separado en los términos del artículo 37, se procederá a la baja cautelar del administrador concursal separado. En el caso de personas físicas, se indicará el nombre, dirección profesional, correo electrónico, número de identificación fiscal, ámbito territorial en el que se declara la disposición para ejercer y se señalarán todas las personas jurídicas inscritas en la sección cuarta con las que se encuentren relacionadas. Adicionalmente se indicará la experiencia en todos los concursos previos, señalando la identidad del deudor, el sector de actividad

de su razón social y el tipo de procedimiento y la remuneración percibida. En el caso de las personas jurídicas se indicará el nombre, domicilio social, forma jurídica, correo electrónico, dirección de cada oficina en la que se realice su actividad y el ámbito territorial en el que se declara la disposición para ejercer. También se señalará el nombre, dirección de cada uno de los socios y de cualquier persona física inscrita en la sección cuarta que preste sus servicios para la persona jurídica. Asimismo, se consignará toda la información sobre la experiencia en los concursos previos del párrafo anterior, indicando la persona física encargada de la dirección de los trabajos y de la representación de la persona jurídica.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[imoral@unizar.es](mailto:imoral@unizar.es)

[Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica  
la Ley de Sociedades de Capital para la mejora  
del gobierno corporativo  
\[BOE n.º 293, de 4-XII-2014\]](#)

**GOBIERNO CORPORATIVO**

**I. Antecedentes en materia de gobierno corporativo**

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, constituye el último resultado de un largo proceso de reformas en materia de Derecho de Sociedades y, más específicamente, en materia de gobierno corporativo.

Es sobradamente conocida la importancia creciente que desde hace ya años ha adquirido el buen gobierno corporativo como prisma o filtro desde el que valorar la actuación de las sociedades, en el convencimiento generalizado de la utilidad de este tipo de figura para lograr un valor de empresa, mejorar la eficiencia económica y reforzar la confianza de los inversores (*vid.* VIVES RUIZ, F. 2014: «Sistema de la propuesta de reforma en el estudio de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo». En J. Ibáñez Jiménez (dir.): *Comentarios a la reforma del Régimen de la Junta General de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 45 y ss. En este sentido, los líderes del G-20 han señalado que la complejidad en la estructura del gobierno corporativo de determinadas entidades, junto con su falta de transparencia e incapacidad para determinar la cadena de responsabilidad dentro de la organización, han sido dos circunstancias que se encuentran entre las causas directas de la reciente crisis financiera (Preámbulo Ley 31/2014).

Estos planteamientos –la problemática que plantea el gobierno corporativo– tienen ya un largo tratamiento (jurisprudencial, principalmente) en la práctica americana –aunque, como veremos, desde diferentes planteamientos no coincidentes plenamente con los asumidos en el Derecho español–, donde los principios inspiradores de la *business judgement rule* –de origen jurisprudencial y de larga y consolidada aplicación entre los tribunales del *common law*– han sido los criterios rectores para delimitar la diligencia debida por los administradores de las sociedades. Esta doctrina, cuyos orígenes se remontan a 1742 (asunto «Charitable Corp. V Sutton»), y encuentra consolidación en pronunciamientos posteriores (asunto «Percy V. Millaudon», 1829, entre otros), básicamente pretende impedir la responsabilidad de los administradores de las sociedades en supuestos de errores de gestión cuando los administradores hubieran actuado en la adopción de decisiones cumpliendo, sin embargo, con su deber de diligencia; de esta forma, las actuaciones de los administradores realizadas cumpliendo con su deber de diligencia quedarían al margen de la actuación posterior de los tribunales, protegiéndose la discrecionalidad gestora de los administradores –que queda

al margen del escrutinio de los tribunales– y fomentándose por ello su estabilidad en el cargo (*vid. in extenso*, GUERRERO TREVIJANO, C. 2014: *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*. Ed. Civitas, 44 y ss.).

Pues bien, la citada doctrina, que ha ejercido una notable influencia, aunque con distinta intensidad, en las reformas que en el marco del Derecho de Sociedades continental se han ido produciendo en los últimos tiempos (así, la AktienGesetz alemana se refiere expresamente a ella en el párrafo 93. 1. 2. o el artículo 22. a. de la Ley 2190/1920 griega, entre otros países. O, incluso, normativas recientes que no recogen expresamente la citada doctrina –Italia, Holanda o Luxemburgo–, pero que es aplicada por los tribunales e impulsada por la doctrina; o, finalmente, ordenamientos que no contienen regulación expresa de la doctrina ni es aplicada tampoco por los tribunales: así, Chipre, o Letonia (*vid. GUERRERO TREVIJANO, C. El deber de diligencia..., op. cit.*, 65 y 66), pone de relieve el «renovado impulso» del gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades. Así quedó plasmado en la Declaración de Pittsburgh (septiembre 2009), así como en la publicación en el año 2011 del *Libro Verde* para analizar la eficacia de la regulación no vinculante sobre gobierno corporativo (Comisión Europea, COM 2011, 164 final) y la Resolución del Parlamento de 29 de marzo de 2012 sobre una normativa de gobierno corporativo para las empresas europeas (2011/2181, IM), que dejó abierta la puerta a la posibilidad de una mayor regulación sobre gobierno corporativo a través de normas de carácter vinculante.

En esta línea, y con gran retraso en el tiempo respecto de los legisladores y tribunales de otros países, el legislador español se ha pronunciado también sobre el buen gobierno corporativo en una reciente Ley. Es cierto que con anterioridad a la Ley 31/2014 el legislador español ya había regulado algunas cuestiones de buen gobierno corporativo, pero no es sino hasta la Ley 31/2014 cuando esta materia recibe finalmente una regulación completa en el marco del Derecho de Sociedades.

Y es que, en efecto, a mediados de los años 90, empezaron a tomar fuerza los movimientos de buen gobierno que reclamaban nuevas medidas de autorregulación en el marco del gobierno corporativo (movimientos de buen gobierno y códigos de autorregulación a los que no han sido ajenos otros sectores jurídicos, como el Derecho de la Competencia, mediante la regulación expresa de los Códigos de conducta en la Ley 29/2009 de 30 de diciembre, que modificó la Ley de Competencia desleal del año 1991).

Así, el movimiento de gobierno corporativo tuvo en España su primera manifestación con el *Informe Olivencia* (1998) –que pretendía lograr una agilidad, responsabilidad y transparencia en el gobierno de las sociedades que demandaban los mercados financieros–, al que siguió el *Informe Aldama* (2003) –centrado en el establecimiento de un adecuado sistema de funcionamiento de los órganos gestores, fijando una serie de exigencias de profesionalidad y eficacia encaminadas a la activa participación de los administradores en la gestión de la sociedad–, Informe este último que tuvo

reflejo legislativo en la Ley de Transparencia (2003), que reformó la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Mercado de Valores (1988) (*vid. in extenso* GUERRERO TREVIJANO, C. *El deber de diligencia...*, *op. cit.*, 108 y 109). La Ley de Sociedades de Capital (LSC) de 2010 no afrontó de forma completa y definitiva las cuestiones de buen gobierno corporativo, limitándose a separar los deberes tradicionales de diligencia y lealtad de los administradores, que se establecieron en dos preceptos separados, siguiendo la opinión de la doctrina mayoritaria en este aspecto. En todo caso, el deber de diligencia regulado en la LSC debía complementarse con las previsiones que el Código Unificado de Buen Gobierno (2006) contenía al respecto, básicamente una serie de Recomendaciones dirigidas a garantizar la actuación diligente de los administradores de las sociedades.

Pues bien, la Ley 31/2014 es en gran parte el resultado del trabajo y propuesta de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo nombrada por el Consejo de Ministros en mayo de 2013, con la misión de «analizar la situación del buen gobierno de las sociedades en España y proponer medidas para la mejora de la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades».

## II. Principales modificaciones de la Ley 31/2014

Las modificaciones que contiene la Ley 31/2014 se centran en dos grupos de materias; de una parte, en la Junta general y los derechos de los accionistas y, de otra parte, en el órgano de administración de las sociedades de capital.

### 1. Novedades relativas al órgano de administración

Las reformas sobre el órgano de administración son muy numerosas, destacando la minuciosa regulación del Consejo de Administración. *En primer lugar*, la Ley contiene una regulación más completa de los deberes de diligencia (art. 225) y lealtad (art. 227), estableciéndose la responsabilidad con carácter solidario de la persona física administradora representante de la persona jurídica (doctrina del levantamiento del velo). La responsabilidad de los administradores ha sido considerada como una materia clave en sede de gobierno corporativo; una novedad especialmente importante ha sido incluir la existencia de dolo culpa en la actuación del administrador para que pueda exigírsele responsabilidad (art. 236), a la vez que extender la responsabilidad igualmente a los administradores de hecho, estableciéndose además la presunción de culpabilidad en aquellos casos en los que resulte probada la conducta ilícita del administrador. De esta forma, la Ley pretende aclarar que lo que ha de probar el demandante es la ilicitud de la conducta desplegada por el administrador, sin que sea necesario demostrar que el ilícito es culpable, puesto que se presume (GUERRERO TREVIJANO, C. *El deber de diligencia...*, *op. cit.*, 336 y 337). Se establece además expresamente un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 241 bis), que es de 4 años.

*En segundo lugar*, en el marco de la detallada regulación del funcionamiento del Consejo de Administración, se establece la obligación de que éste se reúna al menos trimestralmente (art. 245), en aras de mejorar el gobierno corporativo de las sociedades.

*En tercer lugar*, se incrementan las facultades indelegables, así como la obligación de que la relación de la sociedad con un consejero delegado o un consejero con funciones ejecutivas se refleje en contrato aprobado por el Consejo de Administración (art. 249).

*En cuarto lugar*, se organiza el Consejo de Administración como estructura necesaria en sociedades cotizadas, con consejeros nombrados por un plazo máximo de 4 años, atendiendo a criterios de diversidad de género, experiencias y conocimientos (art. 529 bis).

La Ley contiene, *en quinto lugar*, una detallada regulación de las funciones del secretario y presidente del Consejo (art. 529 sexies), regulándose además la nueva figura del consejero coordinador para los supuestos en los que el cargo de presidente tenga la condición de consejero ejecutivo.

*En sexto lugar*, se establece la obligación legal de una comisión de auditoría (art. 529 quaterdecies) y una comisión de nombramientos y retribuciones (art. 529 quindecies).

Y, *finalmente*, la Ley, en aras de la transparencia en el gobierno corporativo que pretende lograr, contiene importantes novedades en materia de retribución de administradores, retribución que debe adecuarse a las prácticas del mercado, a la vez que se exige mayor transparencia (forma de remuneración establecida en Estatutos sociales, aprobación por la Junta de remuneración máxima atendiendo a la situación económica de la sociedad y los estándares de mercado) (art. 217, art. 529 septdecies, 529 octodecies), previsiones de retribución de los consejeros que deberá ser aprobada por la Junta general cada 3 años (art. 529 novodecies).

## **2. Novedades relativas a la Junta general y derechos de los accionistas**

Como decíamos, la reforma de la Ley de Sociedades de Capital se centra también en la Junta general. Y es que, si el objetivo de la reforma es precisamente lograr un buen gobierno de las sociedades de capital, parece que era imprescindible lograr una comunicación real y eficaz entre la Junta y el órgano de administración. Es evidente que en este proceso de reforma los nuevos recursos tecnológicos han sido especialmente determinantes en cuanto que instrumentos de comunicación segura y eficaz entre Junta y órgano de administración de la sociedad. En esta línea, y con base en las medidas propuestas en el Informe de la Comisión de Expertos de 2013, se proponen en la nueva Ley una batería de medidas con el claro objetivo de potenciar la Junta como órgano decisorio y centro de poder de las sociedades, respecto del órgano de administración: se pretende recuperar el papel que en sus orígenes quiso concederse a la Junta como *órgano de control efectivo* de la labor ejecutora y gestora de los



administradores (*vid.* IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. «La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencias para el régimen de la Junta General». En *Comentarios a la reforma del Régimen de la Junta General de accionistas...*, *op. cit.*, 236).

En *primer lugar*, se amplían significativamente las competencias de la Junta General (en todas las sociedades de capital y no sólo en las sociedades cotizadas, como establecía el Informe de la Comisión de Expertos), en cuanto que la Junta será competente en todas aquellas operaciones con consecuencias semejantes a las de una operación estructural (art. 160), incluyendo además la posibilidad de impartir instrucciones en relación con la gestión (art. 161), ampliándose, por lo tanto, esta posibilidad a la sociedad anónima y comanditaria por acciones.

Otra novedad importante en relación a la ampliación de la competencia de la Junta se refiere a la posibilidad de adquirir o enajenar activos esenciales, presumiéndose tal carácter cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos del último balance aprobado (art. 160 f).

En *segundo lugar*, el artículo 190 contiene nuevos planteamientos en materia de conflictos de intereses, planteamientos que se hacen extensivos también a la sociedad anónima, y que giran en torno a una doble consideración: de una parte, se establece la prohibición de voto en los supuestos más graves de conflictos de interés (aunque se establece, para la sociedad anónima, la matización de que esté establecido vía estatutaria). De otra parte, se establece una presunción de perjuicio al interés social, en los casos en que el acuerdo hubiera sido adoptado con el voto determinante del socio o socios incurso en un conflicto de interés, invirtiéndose entonces la carga de la prueba.

Estrechamente relacionado con la reforma de la Junta se encuentra *la promoción de los derechos políticos de los socios*. Puede decirse que las reformas que se realizan en esta materia están claramente encaminadas a una mayor protección del interés social y la defensa de los derechos de los socios minoritarios.

Así, en *tercer lugar*, se regula de forma novedosa el derecho de información de los accionistas (art. 197), modulándose su ejercicio atendiendo al principio de la buena fe, evitándose de esta forma el ejercicio abusivo del derecho de información (se establece que los administradores deben proporcionar la información solicitada por los accionistas salvo en los supuestos expresamente contemplados, art. 197, (i), (ii), y (iii)), contemplándose incluso la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el accionista hubiera ocasionado por el ejercicio abusivo del derecho de información.

Por lo que respecta a la votación de acuerdos, en *cuarto lugar*, el artículo 201 establece expresamente que el criterio de cómputo de la mayoría necesaria para la válida adopción de acuerdos por la Junta general es la mayoría simple, sin perjuicio de los supuestos en los que se requieren mayorías especiales (supuestos del art. 194). Además, el legislador ha establecido una serie de supuestos en los que ha establecido con carácter imperativo la votación separada de materias que, en la práctica, suelen

presentarse de forma agrupada entre los asuntos a tratar en el orden del día (art. 197 bis).

Finalmente, *en quinto lugar*, la Ley ha introducido modificaciones muy relevantes en relación con la impugnación de acuerdos sociales, en aras de la defensa del interés social y de los derechos de los socios minoritarios, así como evitar el abuso del derecho de impugnación. Así, el artículo 204 establece un único régimen de anulación de acuerdos, eliminando la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables, y fijándose un plazo general de caducidad de un año, salvo en el caso de los acuerdos contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caduca ni prescribe (art. 205). Además, la Ley ha ampliado las causas de impugnación, y contempla una serie de causas que permiten que el acuerdo sea impugnado, introduciéndose como novedad la impugnación de acuerdos que sean contrarios al Reglamento de la Junta de la sociedad. Finalmente, se establecen una serie de supuestos en los que no procede la impugnación de acuerdos, en consideración a que no se produce lesión del interés social.

El precepto de cierre de esta temática es el artículo 206, que restringe la legitimación para impugnar, estableciendo el 15% como porcentaje de participación en el capital social, por debajo del cual no habrá derecho de impugnación del acuerdo social, si bien podrá existir derecho de los accionistas a una indemnización por los daños y perjuicios causados (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. «La cuarta reforma del buen gobierno corporativo español: antecedentes y consecuencias para el régimen de la Junta General». En *Comentarios a la reforma del Régimen de la Junta General de accionistas...*, *op. cit.*, 40 y ss.

Eva M.<sup>a</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ  
Profesora Titular de Derecho Mercantil  
UNED  
[emdominguez@der.uned.es](mailto:emdominguez@der.uned.es)

[Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea \[DOUE L 349, de 5-XII-2014\]](#)

**ACCIONES POR DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE COMPETENCIA  
DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE LA UNIÓN EUROPEA**

La plena eficacia y el efecto útil de las disposiciones de competencia de la Unión Europea, en particular de los artículos 101 TFUE (sobre conductas colusorias) y 102 TFUE (sobre abuso de posición dominante), exigen garantizar a cualquier persona perjudicada el derecho a reclamar una reparación eficaz del perjuicio sufrido como consecuencia de las conductas realizadas por los operadores económicos en infracción de esas disposiciones (STJUE de 20-IX-2001, As. C-453/99, *Courage*; STJUE de 13-VI-2006, As. C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*). Dado que no existe normativa de la Unión Europea en la materia, corresponde a los Estados miembros configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar ese derecho.

Las reclamaciones de los daños y perjuicios por infracción de las disposiciones de competencia en los Estados miembros se han visto condicionadas por una serie de obstáculos. A ellos se refirió la Comisión Europea en el Libro Verde, de 19 de diciembre de 2005, «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», Documento *COM (2005) 672 final*, en el que proponía reflexionar sobre las opciones para removerlos. En el Libro Blanco, de 2 de abril de 2008, «Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», Documento *COM (2008) 165 final*, la Comisión presentó algunas propuestas concretas; y, en una Comunicación de 2013, la Comisión abordó la cuestión de la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE (*DOUE* de 13 de junio de 2013, n.º C 167, 19). El objeto de estos trabajos era aportar soluciones que facilitasen la reparación de los daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia aplicables a las empresas.

Al considerar que las diferencias en los regímenes nacionales de responsabilidad civil podían afectar negativamente a la competencia y al buen funcionamiento del mercado interior, en 2013 la Comisión presentó al Parlamento Europeo y al Consejo una Propuesta que, tras su tramitación, culminó con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE y su posterior publicación el pasado 5 de diciembre. La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación y debe transponerse al ordenamiento interno de los Estados miembros a más tardar el 27 de diciembre de 2016 (art. 21).

El objeto de la Directiva es asegurar que los Estados miembros cuentan con las normas necesarias para garantizar a cualquier persona que ha sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción de Derecho de la competencia el ejercicio eficaz de su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio (principio de efectividad) y garantizar una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio (principio de equivalencia). Se pretende también establecer unas normas que coordinen la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia con la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

En la Directiva se reconoce el derecho de los perjudicados a obtener el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos (art. 3). Este reconocimiento no se condiciona a la existencia de una relación contractual directa entre el perjudicado y la empresa infractora, ni tampoco a que haya existido constatación de la infracción por una autoridad de competencia.

Lógicamente, el resarcimiento sólo será posible si como consecuencia de la infracción se ha producido un perjuicio, que deberá probarse por la parte demandante. No obstante, en la Directiva se establece una presunción *iuris tantum* de que los cárteles causan daños y perjuicios (art. 17.2).

El pleno resarcimiento ha de incluir no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante y el pago de intereses (art. 3.2). Según se indica en el considerando 12 del Preámbulo, el pago de intereses debe ser exigible desde el momento en que ocurrió el daño hasta aquel en que se hubiere abonado la indemnización.

Se debe evitar el fijar indemnizaciones cuyas cuantías estén muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo (art. 12.1). Con objeto de evitar la sobrecompensación, la Directiva dispone que el daño emergente no supere el sobrecoste sufrido por el perjudicado (art. 12.2).

La Directiva admite, como medio de defensa del demandado, que el demandante hubiere repercutido el sobrecoste resultante de la infracción. La carga de la prueba de la repercusión corresponde al demandado (art. 13). En el caso de que el demandante sea un comprador indirecto, la carga de la prueba de la repercusión del sobrecoste recae en el demandante (art. 14.1), pero se establece una presunción *iuris tantum* de que el sobrecoste se ha repercutido al comprador indirecto si éste demuestra determinados hechos o circunstancias (art. 14.2).

La Directiva dedica una atención especial al acceso a las pruebas y su exhibición. Se trata de una cuestión delicada ya que, a menudo, las pruebas estarán en poder del infractor. Para facilitar el acceso a la prueba se regulan las condiciones en las que el órgano jurisdiccional puede obligar a las partes o a un tercero a entregar las pruebas que tengan en su poder. Se prevé que en determinadas situaciones los órganos

jurisdiccionales puedan sancionar a las partes, a terceros y a los representantes legales por obstaculizar el acceso a las pruebas.

La Directiva dispone la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores por los daños y perjuicios ocasionados por la infracción (art. 11.1). Por tanto, el perjudicado podrá obtener el pleno resarcimiento de cualquiera de las empresas infractoras. Se establecen unas reglas especiales para las pequeñas y medianas empresas (art. 11, apartados 2 y 3) y para los beneficiarios de clemencia (art. 11.4). En principio, estos últimos son responsables conjunta y solidariamente sólo ante sus compradores o proveedores directos o indirectos. También pueden serlo ante otras partes perjudicadas, pero sólo cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas.

Los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para determinar el plazo para el ejercicio de la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios y el *dies a quo*, así como para establecer las circunstancias que interrumpen o suspenden el transcurso del plazo (art. 10.1). Se establece, sin embargo, que el plazo no podrá ser inferior a cinco años (art. 10.3) y que no comience a correr antes de que haya cesado la infracción y el demandante haya podido razonablemente conocer que la infracción le ocasionó un perjuicio (art. 10.2). Además, el transcurso del plazo debe suspenderse o interrumpirse si una autoridad de competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción con la que esté relacionada la acción por daños (art. 10.4).

Finalmente, la Directiva prevé algunas medidas que facilitan el recurso a un procedimiento de solución extrajudicial de controversias (arts. 18 y 19).

Se prevé que la Comisión revise la Directiva y presente un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar el 27 de diciembre de 2020 (art. 20).

Juan ARPIO SANTACRUZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[arpio@unizar.es](mailto:arpio@unizar.es)

## Crónica normativa de banca y del mercado de valores (2.º semestre de 2014)

### **BANCA Y MERCADO DE VALORES**

En la crónica de este número de *AIS* se incluyen además un apartado sobre el ICO y la Fundación ICO y otro apartado para dar cuenta de las primeras fundaciones bancarias que se han inscrito en el Registro de Fundaciones a raíz de los cambios operados en los últimos dos años en la regulación del sistema bancario español en su conjunto, que ha llevado a una reestructuración del sector. Hasta el 31 de diciembre de 2014 han sido cuatro las fundaciones bancarias inscritas, siendo la primera la de «La Caixa», seguida de las de la Caja de Ahorros de Asturias, IberCaja y Unicaja.

#### **1. Legislación estatal**

Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva [BOE n.º 275, de 13-XI-2014]. Corrección de errores [BOE n.º 276, de 14-XI-2014].

Ley 16/2014, de 30 de septiembre, por la que se regulan las tasas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [BOE n.º 238, de 1-X-2014].

Orden ECC/2503/2014, de 29 de diciembre, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal denominado «Fichero de Titularidades Financieras» [BOE n.º 316, de 31-XII-2014].

#### **2. Legislación autonómica**

Aragón. Ley 4/2014, de 26 de junio, de Fundaciones Bancarias de Aragón (BOE n.º 186, de 1-VIII-2014).

Extremadura. Ley 5/2014, de 7 de julio, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de crédito cooperativo [BOE n.º 180, de 25-VII-2014].

#### **3. Banco de España**

Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares 7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014 [BOE n.º 185, de 31-VII-2014]. Corrección de errores [BOE n.º 222, de 12-IX-2014].

Circular 4/2014, de 30 de julio, del Banco de España, por la que se crean y modifican ficheros con datos de carácter personal [BOE n.º 194, de 11-VIII-2014].

Circular 5/2014, de 28 de noviembre, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros; la Circular 1/2010, de 27 de enero, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos [BOE n.º 309, de 23-XII-2014].

Circular 6/2014, de 19 de diciembre, del Banco de España, por la que se aprueban normas para la liquidación y el pago de la tasa por la realización de la evaluación global a las entidades de crédito [BOE n.º 314, de 29-XII-2014].

Resolución de 27 de junio de 2014, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se aprueba la modificación del Reglamento Interno del Banco de España, de 28 de marzo de 2000 [BOE n.º 160, de 2-VII-2014].

Resolución de 8 de julio de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2-Banco de España [BOE n.º 173, de 17-VII-2014].

Resolución de 15 de julio de 2014, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la de 20 de julio de 2007, por la que se aprueban las cláusulas generales relativas a las condiciones uniformes de participación en TARGET2-Banco de España [BOE n.º 175, de 19-VII-2014].

Resolución de 16 de octubre de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2-Banco de España [BOE n.º 257, de 23-X-2014].

#### 4. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)

Circular 3/2014, de 22 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifican la Circular 1/2010, de 28 de julio, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo [BOE n.º 270, de 7-XI-2014].

Circular 4/2014, de 27 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 1/2007, de 11 de julio, sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la Unión Europea, que modifica parcialmente la Circular 2/1998, de 27 de julio, sobre requerimientos de información estadística a las Instituciones de Inversión Colectiva de la Unión Monetaria Europea [BOE n.º 271, de 8-XI-2014].

Circular 5/2014, de 27 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que modifica la Circular 5/2008, de 5 de noviembre, sobre requerimientos de

información estadística sobre activos y pasivos de las instituciones de inversión colectiva de la Unión Europea [BOE n.º 271, de 8-XI-2014].

Circular 6/2014, de 27 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que modifica parcialmente la Circular 2/2009, de 25 de marzo, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los fondos de titulización [BOE n.º 271, de 8-XI-2014].

Circular 7/2014, de 27 de octubre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que modifica la Circular 6/2013, de 25 de septiembre, sobre normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Activos Bancarios [BOE n.º 271, de 8-XI-2014].

Resolución de 14 de julio de 2014, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se publican las cuentas anuales de la Fundación Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores del ejercicio 2013 [BOE n.º 183, de 29-VII-2014].

Resolución de 2 de septiembre de 2014, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2013 y el informe de auditoría [BOE n.º 230, de 22-IX-2014].

## 5. Instituto de Crédito Oficial (ICO) y Fundación ICO

Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores [BOE n.º 171, de 15-VII-2014] (arts. 5 y 6: encomiendan al Instituto de Crédito Oficial la gestión de dicho fondo, y le imponen obligaciones de Información).

Resolución de 14 de julio de 2014, del Instituto de Crédito Oficial, por la que se publican las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2013 y el informe de auditoría [BOE n.º 189, de 5-VIII-2014].

Resolución de 14 de julio de 2014, del Instituto de Crédito Oficial, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2013 y el informe de auditoría [BOE n.º 189, de 5-VIII-2014].

Resolución de 26 de agosto de 2014, del Instituto de Crédito Oficial, por la que se publican las cuentas anuales de la Fundación ICO del ejercicio 2013 [BOE n.º 221 de 11-IX-2014].

## 6. Fundaciones bancarias

Orden ECD/1143/2014, de 16 de junio, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Bancaria Caixa D'estalvis I Pensions de Barcelona, «La Caixa» [BOE n.º 160, de 2-VII-2014].

Orden ECD/1788/2014, de 15 de septiembre, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Bancaria Caja de Ahorros de Asturias [BOE n.º 239, de 2-X-2014].

Orden ECD/1962/2014, de 13 de octubre, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Bancaria IberCaja [BOE n.º 261, de 28-X-2014].



Orden ECD/2312/2014, de 24 de noviembre, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones la Fundación Bancaria Unicaja [BOE n.º 299, de 11-XII-2014].

#### 7. Otras disposiciones con incidencia en banca y mercado de valores (por orden de publicación)

Acuerdos internacionales. Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act-FATCA (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013 [BOE n.º 159, de 1-VII-2014].

Acuerdos internacionales. Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, y su Protocolo, hechos en Madrid el 16 de noviembre de 2011 [BOE n.º 160, de 2-VII-2014].

Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290 [BOE n.º 160, de 2-VII-2014].

Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia [BOE n.º 163, de 5-VII-2014]. Corrección de errores [BOE n.º 167, de 10-VII-2014]. (Arts. 9 a 15: Límites a las tasas de intercambio –comisiones– en operaciones de pago con tarjeta.– Art. 124: Régimen transitorio del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito en relación con las Comunidades Autónomas).

Real Decreto 579/2014, de 4 de julio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en materia de cédulas y bonos de internacionalización [BOE n.º 172, de 16-VII-2014]. (Supervisión por el Banco de España y la CNMV).

Resolución de 15 de julio de 2014, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica la de 28 de febrero de 2006, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la validación mediante un código NRC de los avales otorgados por las entidades de crédito y por las sociedades de garantía recíproca y presentados por los interesados ante la administración tributaria [BOE n.º 178, de 23-VII-2014].

Resolución de 10 de julio de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual [BOE n.º 180, de 25-VII-2014].

Ley 4/2014, de 11 de julio, de modificación de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de la Generalitat, de Cooperativas de la Comunitat Valenciana [BOE n.º 186, de 1-VIII-2014] (afecta a las cooperativas de crédito de la Comunidad Valenciana).

Corrección de errores del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo [BOE n.º 186, de 1-VIII-2014].

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo [BOE n.º 293, de 4-XII-2014]. (afecta a las entidades bancarias).

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria  
de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas  
de reforma administrativa, por la que se modifica la Ley Orgánica  
6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial  
[BOE n.º 169, de 12-VII-2014]

**RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

**MEDIDAS DE REFORMA ADMINISTRATIVA. AFORAMIENTO DE LA FAMILIA REAL ANTE EL TRIBUNAL**

A pesar de que la Ley Orgánica 4/2014, cuyo análisis nos va a ocupar las siguientes líneas, contiene un único artículo, modificador de diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se introducen por la misma una serie de medidas de muy variado carácter con la excusa de implementar algunas de las propuestas realizadas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), en su informe de 21 de junio de 2013, con el objetivo de dotar a la Administración de las características que demanda la situación económica del país.

En la línea indicada se formula, por esta LO 4/2014, la modificación del apartado 4.º del artículo 373 LOPJ, para elevar a 5 el número anual de días de permiso por asuntos propios para jueces y magistrados. Se debe recordar que la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, redujo drásticamente el número de aquellos días a tres, con el objeto de equiparar el régimen de la carrera judicial al resto de la función pública.

Por otro lado, la nueva redacción dada al apartado 1.º del artículo 487 LOPJ intenta acabar con la situación actual y con un diseño que ha resultado poco operativo e innecesariamente costoso, en relación con la constitución de Tribunales Delegados en cada Comunidad Autónoma, que oferte sus plazas de modo territorializado, en las pruebas de acceso a los Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia, siendo dicha constitución, en estos casos, obligada. Con la modificación del artículo 487 LOPJ, se trata de posibilitar que la constitución de los citados Tribunales responda a criterios de oportunidad y racionalidad, constituyéndose los mismos «sólo» cuando el tipo de pruebas, el contenido de las funciones que hayan de realizar, así como el número de plazas u otras circunstancias de carácter objetivo, lo aconsejen.

No obstante lo dicho, el texto modificado no recoge cuáles puedan ser los criterios que determinen la conveniencia de constituir el correspondiente Tribunal Delegado en un proceso selectivo determinado. No cabe duda de que se deberá indicar en cada convocatoria de proceso selectivo la necesidad de constituir o no estos Tribunales Delegados, pero quizá hubiera sido interesante recoger esta previsión en el propio texto del artículo que nos ocupa.

La modificación de este artículo 487.1 LOPJ hace, además, absolutamente imprescindible que, a la mayor brevedad posible, por una cuestión de coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, se proceda a modificar el artículo 12.2 del Reglamento de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional del personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia (RD 1451/2005, de 7 de diciembre), porque dicho artículo 12.2, al ser una reproducción del artículo 487 LOPJ, debe tener la misma redacción que éste, si se quieren evitar situaciones de incertidumbre.

También el artículo 494, en su párrafo 2.º, es objeto de reforma para conseguir una organización más eficiente de la gestión y posibilitar la agilización de los trámites de jubilación del personal al servicio de la Administración de Justicia, así como las posibles prórrogas de permanencia en el servicio; atribuyendo a los órganos competentes de las CC. AA., con competencias transferidas, la gestión, ejecutiva o de tramitación, de estos aspectos por entender que los mismos son la instancia más eficaz para llevar a cabo esta gestión, sobre todo, si se tiene en cuenta que son aquellos los que gestionan todas las demás materias relativas al estatuto y régimen jurídico de dicho personal. Según esto, sólo se mantiene, por lo tanto, en el ámbito de la competencia del Ministerio de Justicia la rehabilitación procedente de la jubilación por incapacidad permanente.

Habrá que esperar para ver si el orden competencial del artículo 149.5.º CE tan claramente definido por la STC 163/2012, que reservó a la instancia estatal, junto con otros aspectos relevantes, la jubilación y prórroga de permanencia en el servicio, pudiera verse afectado de alguna manera por esta reforma; aunque ya se puede anticipar que se ha tenido la previsión de que dicha gestión no se atribuye a los órganos autonómicos mediante una cláusula subrogatoria, lo que a todas luces sería contrario a la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 149.5 CE, sino que se lleva a cabo mediante la previsión en la propia LOPJ.

Siguiendo con la senda de las reformas llevadas a cabo por la Ley 4/2014, ésta también ha supuesto la desaparición del artículo 628 LOPJ, y con ello del Capítulo IV del Título V del Libro VIII, de la LOPJ, pasando parcialmente el contenido de aquel a constituir ahora el nuevo artículo 584 bis LOPJ, lo que supone una mejora técnica por tener una ubicación sistemática más correcta, tanto por su contenido como por el carácter orgánico que le debe corresponder. En realidad, el nuevo artículo 584 bis LOPJ reproduce sólo parcialmente el artículo 628 LOPJ, pues el apartado tercero de éste, relativo a las retribuciones máximas de los vocales del Consejo, desaparece, eliminando así una limitación que se contenía en esta disposición que estaba generando incómodas disfunciones en la práctica, ya que la limitación sólo se aplicaba a los vocales sin dedicación exclusiva que compatibilizaban su cargo de vocal con la prestación de servicios en la Administración Pública, sin que, en principio, deba existir un tratamiento diferenciado teniendo en cuenta que ninguna diferencia puede haber en cuanto a los cometidos a desempeñar, en función de la procedencia profesional o no de los vocales del Consejo.

No se pueden obviar otros problemas causados por derogaciones impetuosas, como ocurrió en el caso de la [Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de Reforma del Consejo General del Poder Judicial](#), que derogó el Título II del Libro II de la LOPJ, pasando el contenido de dicho título a desarrollarse en el nuevo Libro VIII: «Del Consejo General del Poder Judicial», añadido por dicha LO 4/2013. No obstante, el contenido específico del derogado artículo 118 no fue trasladado a lugar alguno, lo que provocó un grave desajuste pues se trataba de un precepto absolutamente necesario, al regular la ineludible cobertura de los destinos cuyos titulares se encontraban en situación de servicios especiales. Este vacío es el que viene a llenar la LO 4/2014, al introducir el nuevo artículo 355 bis, según el cual los destinos de los titulares que se encuentren en servicios especiales se pueden cubrir por los mecanismos ordinarios de sustitución, mediante comisiones de servicio o a través de los mecanismos ordinarios de provisión.

Por último, como ya viene siendo habitual, no se ha desaprovechado la ocasión de la publicación de esta Ley Orgánica para introducir algunas cuestiones que requieren de tal rango normativo y, así, se propone la introducción de un nuevo artículo 55 bis LOPJ, para dar cobertura a la desconocida situación, creada en nuestro país tras la abdicación de su Majestad, el Rey Don Juan Carlos I de Borbón; al no estar contemplado en la normativa vigente el régimen que debe aplicarse en relación con las actuaciones procesales que le pudieran afectar por hechos posteriores a su abdicación, dado que se sobreentiende que los actos anteriores a la misma, cualquiera que fuera su naturaleza, están amparados por la inviolabilidad del Jefe del Estado y exentos, por lo tanto, de responsabilidad alguna.

Este nuevo artículo 55 bis LOPJ atribuye el conocimiento de las causas civiles y penales que contra el Rey que ha abdicado se pudieran dirigir, por los citados hechos posteriores a su abdicación, al Tribunal Supremo, atendiendo a la dignidad de la figura de quien ha sido Rey de España. Y similares razones han concurrido para extender los efectos de este nuevo aforamiento ante el Tribunal Supremo a la Reina consorte, al consorte de la Reina, a la Princesa o Príncipe de Asturias y consorte y, por último, al consorte del Rey y la Reina que hubieran abdicado.

Finalmente, para acabar este escueto análisis, la Disposición Final Primera de la Ley 4/2014 procede a modificar la Disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, en relación con el cálculo de las cuantías de la retribución por sustitución.

En esta línea se ha de tener presente como la regulación reglamentaria, llevada a cabo por el RD 700/2013, introdujo un elemento de limitación en la retribución, dado que se establecía que para el cálculo de las cuantías de retribuciones por sustitución no se computaran las cuantías que correspondían por circunstancias especiales, pues sólo de esta manera se puede evitar que una retribución basada en el lugar de destino

vuelva a ser tenida en cuenta a efectos retributivos con ocasión de la sustitución y, por tanto, se retribuya doblemente el mismo concepto.

Ante esta situación cabe pensar que se produjo un exceso reglamentario que, además, constituye una restricción indebida del mandato contemplado en la Disposición Transitoria Tercera de la LO 8/2012, que establece como referencia para el cálculo de la retribución que nos ocupa, el 80% del complemento de destino, sin introducir matiz alguno que permita delimitar o reconducir el contenido de ese concepto remuneratorio y sin que sea posible albergar duda alguna sobre la estructura del complemento de destino integrado por los tres conceptos retributivos diferenciados, indicados en el artículo 5 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de la carrera Fiscal y Judicial: el grupo de población en el que se integra, las condiciones objetivas de representación vinculadas al cargo y, finalmente, otras circunstancias especiales asociadas al destino.

Estamos ante un desajuste normativo que se encuentra en la base de las dudas interpretativas y aplicativas y es en donde radica la base de una extraña concepción del rango normativo que cede ante la necesidad de acomodar ambas regulaciones, de manera que sorprendentemente se adecua el contenido de la Transitoria de la LO 8/2012, al del RD 431/2004, de 12 de marzo, en su reciente redacción dada por el RD 700/2013, de 20 de septiembre, cuando lo que parece que hubiera sido más razonable no es modificar un régimen transitorio sino establecer uno nuevo.

*María Amparo RENEDO ARENAL*  
*Profesora Contratado Doctor de Derecho Procesal*  
*Universidad de Cantabria*  
[mariaamparo.renedo@unican.es](mailto:mariaamparo.renedo@unican.es)

[Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia y se crea el fondo documental de requisitorias \[BOE n.º 173, de 17-VII-2014\]](#)

**CREACIÓN DEL FONDO DOCUMENTAL DE REQUISITORIAS**

Nos corresponde en este momento reseñar la última reforma de los registros auxiliares de apoyo a la Administración de Justicia, publicada en el *BOE* de 17 de julio de 2014. Con antecedentes remotos que datan de 1878, fue el [Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero](#), el que reguló de una manera sistemática y completa los registros de carácter auxiliar en apoyo de la Administración de Justicia. Este conjunto de registros se ha venido denominando «sistema de registros de apoyo» (art. 2.1 RD 95/2009), al que se han añadido una serie de modificaciones. Este nuevo Real Decreto de reforma –ya en 2011 se promulgó el [Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre](#), que efectuaba una primera modificación– consta de un único artículo, con seis apartados, introduciendo una modificación en cada uno de ellos, además de una disposición adicional y otra transitoria. Esta última determina que la entrada en vigor de las modificaciones será a los 6 meses de la publicación del Real Decreto, esto es, en enero del presente año.

La principal novedad entre las modificaciones introducidas en el Real Decreto 576/2014 está en la creación del llamado Fondo Documental de Requisitorias. Este nuevo registro, que se añade al llamado «sistema de registros de apoyo», tiene por objetivo cumplir con la previsión introducida en el artículo 516 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la [Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial](#). Dicho artículo prevé la existencia de un registro informático donde queden custodiadas las requisitorias y toda la documentación relativa a las mismas.

El funcionamiento de ese nuevo fondo documental, que aparece agregado al Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes y al Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género –que ve modificado su nombre, añadiendo el inciso «de Género»–, aparece regulado en una nueva Disposición Adicional Cuarta que se añade al Real Decreto 95/2009. En el mismo deberán incluirse todos los testimonios de requisitorias y los particulares que acompañen a cada una de ellas, en formato de copia electrónica, tal como aparecen en el artículo 28 de la [Ley 18/2011](#). El acceso a toda la documentación asociada a este fondo quedará restringido, única y exclusivamente, a jueces, magistrados y fiscales, limitándose a los procedimientos y actuaciones que estén conociendo, siendo controlado materialmente dicho acceso por el personal de la oficina judicial del órgano

que emita la requisitoria. Finalmente, la cancelación de la requisitoria supondrá la eliminación del fondo de los documentos y copias asociados a la misma.

El objetivo, entendemos, y así se esboza en la Exposición de Motivos, de este nuevo fondo de requisitorias, es que estén disponibles para aquellos órganos judiciales que debieran consultar las mismas, todos los particulares y datos posibles sobre los sometidos a requisitoria. De esta manera, la introducción de este fondo permitirá a los órganos judiciales y fiscales que tengan a su disposición a un sujeto pasivo de una requisitoria acceder de forma rápida y segura, controlada por el Secretario Judicial, a través del actual sistema de registros, a la documentación asociada a cada requisitoria e insertada en el sistema por el órgano que acordó aquella, lo que permitirá una tramitación más ágil de los procedimientos y decisiones sobre la situación personal de los sujetos.

No obstante, esta no es la única novedad introducida por este Real Decreto, aunque sí la de mayor calado. Por una parte, se introduce la obligación para el encargado tanto del Registro Central de Penados como del Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes de comunicar semanalmente a la Dirección General de Tráfico los datos relativos a penas, medidas de seguridad y medidas cautelares en las que se haya dispuesto la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o cualquier pena o medida relacionada con la seguridad vial, cumpliendo así con lo requerido por varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta comunicación facilitará, por tanto, la efectividad de las penas y medidas que se impongan en esta materia. Similar previsión se recoge para las medidas susceptibles de ser inscritas en el Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género.

Además, para adecuar el sistema de registros a la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, se da una nueva redacción al artículo 17.6. Desde ahora, cuando un ciudadano de la Unión Europea solicite algún tipo de certificación sobre sus datos en estos Registros, se pedirá a la autoridad central del Estado de origen del peticionario un extracto de antecedentes penales y de información sobre dichos antecedentes para poder incluirla en el certificado que se le facilite.

Por último, se modifica el artículo 2.3.b) del Real Decreto 95/2009, incluyendo la necesidad de anotar en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes la fecha de notificación de la resolución objeto de inscripción. Se equiparan, de esta manera, a las medidas que hayan de ser inscritas en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, en las que, desde un inicio, debía ser inscrita la fecha de notificación de la resolución que acordase la medida [art. 10.a) RD 95/2009]. En similar sentido, se modifica el artículo 9.b), debiendo incluirse en la inscripción no solo la fecha de firmeza de una sentencia,



sino también la fecha de efectos del requerimiento del cumplimiento, de manera que pueda estimarse, de forma precisa, cuándo se está produciendo el quebrantamiento de la sentencia inscrita.

Julio PÉREZ GAIPO  
*Profesor Ayudante de Derecho Procesal*  
*Universidad de Cantabria*  
[julio.perez@unican.es](mailto:julio.perez@unican.es)

**Instrumento de ratificación del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010**  
**[BOE n.º 196, de 13-VIII-2014]**

**USO DE VIDEOCONFERENCIA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

El *Boletín Oficial del Estado* del pasado 12 de agosto de 2014 publicaba el Instrumento de ratificación del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010, ratificado el 27 de octubre de 2011 por España y que entró en vigor, tras alcanzar el número de ratificaciones necesarias, el 17 de julio de 2014.

Dicho Convenio, firmado en el marco de cooperación regional e internacional establecido por el Tratado Constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, tiene como objetivo incrementar el uso de las nuevas tecnologías y, en concreto, el uso de la videoconferencia, como herramienta para contribuir a la consecución de una administración de justicia ágil, eficiente y eficaz.

No es la primera vez que España suscribe un convenio de ámbito regional que establece y regula el uso de la videoconferencia, puesto que también había sido objeto de ratificación por nuestro país, con anterioridad, el Convenio europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, *DOCE* C 197 de 12.7.2000, que entró en vigor el 23 de agosto de 2005, y que se encarga de regular en su artículo 10 la audición por videoconferencia.

También regulará esta materia, cuando España decida firmarlo y ratificarlo, el Segundo Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 1959, de 8 de noviembre de 2001, cuyo objetivo es mejorar y complementar diversos aspectos del Convenio y de su primer Protocolo de 1978, pero que tan solo ha sido firmado por 37 Estados y ratificado por 26, entre los cuales, como hemos dicho, todavía no se encuentra España, situación que está provocando no pocas dificultades en la cooperación internacional con países como, por ejemplo, Suiza, en la investigación de importantes asuntos relacionados con tramas de corrupción.

No obstante, y pese a no ser la primera regulación internacional de esta materia, sí que es la primera que lo hace, de forma conjunta, no solo para el ámbito penal, sino también para el ámbito civil y mercantil, pudiendo incluso ampliarse a otras materias siempre que las Partes lo acuerden de forma expresa.

El Instrumento de Ratificación que estamos analizando comprende no solo el Convenio propiamente dicho, sino también un Protocolo Adicional al mismo, que se encarga de regular cuestiones como los costos, el régimen lingüístico y la remisión de solicitudes.

El primer Título del Convenio, relativo a las Disposiciones Generales, se encarga de establecer cuál es el objeto del acuerdo y de definir qué podemos entender por videoconferencia que, a los efectos del mismo, sería el sistema interactivo de comunicación que transmite, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados.

También se recogen en este primer título del Convenio los requisitos que deben darse para que proceda realizar la videoconferencia y que serán: a) que no contradiga el derecho nacional de las partes, b) que medie una solicitud concreta e individualizada, remitida por la autoridad competente del Estado requirente, c) que sea aceptada por la autoridad competente de la Parte requerida y d) que sea técnicamente realizable.

Estos requisitos de procedibilidad son mayores a los motivos por los cuales puede denegarse la ejecución en el caso de la videoconferencia en el marco de la Unión Europea, que establece que el Estado requerido deberá, por imperativo del artículo 10.2 del Convenio de asistencia de 2000, autorizar la audición por videoconferencia siempre que el uso de la misma no sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho nacional y que disponga de los medios técnicos necesarios para llevarla a cabo. En el caso del Convenio Iberoamericano se requiere también que la solicitud sea aceptada por la parte requerida, sin señalarse cuáles son las razones por las que dicha parte podría no aceptar la petición realizada.

Sobre la procedibilidad de la videoconferencia, el Título II del Convenio establece que ésta podrá llevarse a cabo cuando la autoridad del Estado requirente lo considere conveniente, término bastante más generoso, y flexible, que las razones de imposibilidad e inoportunidad exigidas en el caso del convenio europeo.

El desarrollo de la videoconferencia se regirá conforme a las normas establecidas en el artículo 5.º del Convenio que señala que se realizará directamente por la autoridad competente del Estado requirente o bajo su dirección, en los términos señalados en su derecho nacional, debiendo contarse con la presencia de la autoridad competente del Estado requerido que será la encargada de identificar a la persona a examinar, de proveerla de intérprete cuando sea necesario y de adoptar las medidas de protección que sean pertinentes, levantando, una vez terminada la videoconferencia, acta de la celebración de la misma que recogerá los incidentes que hubieran podido surgir durante su celebración.

También se regula en el Título II el posible examen de procesados o imputados, resultando aplicables las disposiciones mencionadas al examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Estado, y siempre que se respeten todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada. En relación con esta posibilidad, debemos señalar que el Convenio europeo del año 2000 exigía el consentimiento de la persona

que debía ser oída, previsión que, sin embargo, no contemplan ni el presente Convenio ni la propia normativa interna española que, al regular la videoconferencia en el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hacen referencia a esta exigencia en el marco del Derecho interno, estableciendo las mismas condiciones y requisitos exigidos para la declaración de cualquier otro interviniente en el proceso para las declaraciones mediante videoconferencia a los acusados, cuestión ésta que, más acorde con la regulación internacional europea, la jurisprudencia se ha encargado de matizar, solo pudiendo admitirse esta circunstancia en caso de que exista una absoluta imposibilidad de comparecer ante el órgano sentenciador y siempre que se garantice la perfecta comunicación entre éste y su abogado, como exigencia elemental del derecho de defensa.

Por último, el Capítulo III del Convenio regula, bajo la rúbrica de Disposiciones Finales, algunos aspectos de carácter más burocrático, tales como, entre otros, las cuestiones relativas a las declaraciones que los Estados pueden hacer en relación con algunos de los artículos del Convenio, o la obligación de designar un punto de contacto técnico, que facilite y agilice la preparación y el desarrollo de las videoconferencias, que en el caso de España será el Ministerio de Justicia y, más concretamente, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

Adán CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[adancgc@usal.es](mailto:adancgc@usal.es)

[Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial \[BOE n.º 263, de 30-X-2014\] y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea \[BOE n.º 282, de 21-XI-2014\]](#)

**RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UE**

Con la diferencia de veintidós días se han promulgado, sancionado y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* dos leyes de distinto rango por las que se procede a actualizar y, en cierto modo, a codificar la regulación relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones penales dictadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea: la Ley 23/2014, de contenido muy amplio, y su complementaria, de rango orgánico, que complementa la anterior.

Desde que en octubre de 1999 se reuniera el Consejo Europeo en la ciudad de Tampere (Finlandia) y se declaró la idea de reconocimiento como «piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión», y a su vez como principio que «debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales», ha sido amplia la producción normativa emanada de las instancias competentes de la Unión Europea, la mayoría de las veces a través de la técnica de las decisiones marco o, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a través de las directivas.

Como es sabido, esta técnica exige una transposición al ordenamiento de los Estados miembros a través de las vías que decida el legislador de cada uno de ellos, respetando el contenido esencial que viene trazado en cada uno de esos textos europeos. Así se ha ido haciendo en España a lo largo de estos años pasados, desde que la Ley 3/2003, de 14 de marzo y la Ley Orgánica 2/2003, complementaria a la anterior, transpusieran la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), a las que han seguido numerosos textos que han ido desarrollando el principio de reconocimiento mutuo en ámbitos diversos. Con la nueva normativa se pretende poner al día y ordenar esta regulación variada, y también compleja para quien no está familiarizado con su contenido y con sus consecuencias jurídicas.

Así, a través de la Ley 23/2014, se deroga la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega; la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, y la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, al tiempo que, a través de doscientos artículos, tres disposiciones adicionales, tres transitorias y cuatro finales, así como trece anexos, se da cumplimiento al mandato de transposición de las siguientes normas de Derecho Europeo: la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio

de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados; la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal; la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado; la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional y la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección.

Los doscientos artículos que componen su parte principal están subdivididos en once títulos: uno preliminar en el que se establece un interesante régimen general del reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, adaptándolo a las peculiaridades españolas, por ejemplo, respecto a la determinación de la Autoridad Central y el primero relativo a la regulación del régimen general de la transmisión, el reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea. Estos dos títulos conforman una suerte de normativa genérica, que puede ser aplicada a los distintos instrumentos que se prevén a partir del título segundo, cada uno con sus singularidades: la orden europea de detención y entrega (título II); la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (título III); la resolución de libertad vigilada (título IV); las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional (título V); la orden europea de protección (título VI); la resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (título VII); las resoluciones de decomiso (título VIII); las resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias (título IX), y, por último, el exhorto europeo de obtención de pruebas (título X).

Conviene añadir que complementan esta regulación, siguiendo las correspondientes decisiones marco o directivas, los formularios contenidos en los anexos, que

pretenden facilitar la cooperación judicial en el ámbito de la Unión europea: a través del documento relativo a la orden de detención y entrega; del certificado para la ejecución de resoluciones por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad en otro Estado miembro de la Unión Europea; del certificado de notificación al condenado de la transmisión a otro Estado miembro de la Unión Europea de la resolución por la que se le imponen penas u otras medidas privativas de libertad; del certificado para la ejecución de sentencias y resoluciones de libertad vigilada en otro Estado miembro de la Unión Europea; del certificado sobre el incumplimiento de una medida de libertad vigilada o de una pena sustitutiva; del certificado para la ejecución de resoluciones que impongan medidas alternativas a la prisión provisional en otro Estado miembro de la Unión Europea; del certificado sobre el incumplimiento de una medida de vigilancia alternativa a la prisión provisional; de la orden europea de protección; del certificado sobre el incumplimiento de la medida adoptada en virtud de una nueva orden europea de protección; del certificado para la ejecución de medidas de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas en otro Estado miembro de la Unión Europea; del certificado para la ejecución de resoluciones de decomiso en otro Estado miembro de la Unión Europea; del certificado para la ejecución de resoluciones que exijan el pago de sanciones pecuniarias en otro Estado miembro de la Unión Europea y, finalmente, del certificado para la ejecución de exhorto europeo de obtención de pruebas.

Por su parte, la Ley Orgánica 6/2014 complementa la regulación anterior modificando los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuyen competencias a los órganos jurisdiccionales encargados de algunas funciones de cooperación respecto a los instrumentos normativos antes enumerados: en esencia, la emisión, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales previstas en la Ley 23/2014. Así se prevén nuevas competencias de los Juzgados y Tribunales competentes en materia penal en relación con las sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, el exhorto europeo de obtención de pruebas, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional y la orden europea de protección; mientras que respecto de la orden europea de detención y entrega, se incluye también al Juez Central de Menores como autoridad de ejecución competente cuando la orden se refiera a un menor. En los demás casos, la autoridad competente será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Especialmente interesante es la utilización de una técnica abierta por la que la promulgación de nuevas leyes en las que se prevea alguna nueva modalidad de reconocimiento no obligue a nuevas modificaciones de la legislación orgánica.

Lorenzo M. BUJOSA VADELL  
*Catedrático de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[lbujosa@usal.es](mailto:lbujosa@usal.es)

**Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea**  
**[BOE n.º 275, de 13-XI-2014]**

Según los artículos 67 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la cooperación judicial en la misma se articula sobre la base de los principios básicos de la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Este último principio permite que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales traspasen las fronteras del Estado donde se dictaron, para ser efectivos en los demás Estados. Se ha producido un cambio importante, al poder tener lugar la comunicación directa entre las autoridades judiciales, lo que ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, aunque también las autoridades centrales de los diferentes países, especialmente los Ministerios de Justicia, siguen teniendo un papel importante al respecto.

En el programa de medidas para poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo entre los diversos países miembros de las resoluciones en materia penal se veía como necesario el adoptar uno o varios instrumentos que pudieran garantizar que la autoridad judicial de un Estado miembro tuviera en cuenta las resoluciones penales definitivas dictadas en los demás. Y aquí tenemos buena prueba de ello.

La Ley Orgánica 7/2014 que ahora se analiza guarda especial relación con la Ley 23/2014, de 29 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y con la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ambas comentadas por el Prof. Bujosa Vadell en este mismo número de esta revista.

Mediante esta Ley Orgánica 7/2014 se incorporan al Derecho español tanto la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal como la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

En la norma que ahora se comenta se regula el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados español y las autoridades responsables de los registros nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, por un lado, y, además se regulan, por otro, los efectos de las resoluciones condenatorias, definitivas y firmes, dictadas por un órgano jurisdiccional penal de otro Estado miembro (por la comisión con anterioridad de un delito contra las mismas personas físicas) en los procesos penales tramitados en España.



La Ley consta de Preámbulo, Título Preliminar (arts. 1 y 2), Título I (sobre el intercambio de información sobre antecedentes penales –arts. 3 al 13–), Título II (sobre la consideración de resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea –arts. 14 y 15–), una Disposición adicional única, cuatro Disposiciones finales y un Anexo.

En el Preámbulo se va analizando el contenido de cada una de las partes de esta Ley Orgánica y lo que se pretende con ella. El Título Preliminar contiene su objeto y su régimen jurídico, debiendo destacarse el importante papel de los Convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, que contribuyen a un mejor funcionamiento de los registros de antecedentes penales.

Los Títulos I y II, cuya materia ya ha sido expresada, recogen normas «que se coordinan con la reforma del Código Penal, para que los efectos de la reincidencia sean aplicables en las mismas condiciones cuando la sentencia condenatoria haya sido dictada en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea».

Tal y como se expresa en el Preámbulo, se viene a dotar de mayor seguridad jurídica una actuación que ya se venía desarrollando por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia, como autoridad competente para la remisión y la petición de la información relativa a los antecedentes penales. El Registro Central de Penados español ya participó en el proyecto piloto «Red de registros judiciales», que ha sido sustituida por el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), sistema electrónico de interconexión de las bases de datos de los registros de antecedentes penales de todos los Estados miembros, creado por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, en aplicación del art. 11 de la Decisión Marco 2008/315/JAI. Con ello los jueces y fiscales pueden acceder fácilmente a una información completa sobre el historial delictivo de cualquier ciudadano de la Unión Europea.

Se contemplan normas que aseguran la eficacia de la cooperación entre las autoridades competentes de los distintos Estados (que establecen la propia obligación de informar de las condenas, el contenido de esa información o los plazos en los que ha de practicarse). Por una parte, se trasladarán al Registro español las informaciones que se refieren a condenas impuestas a españoles o a personas que hubieran residido en España, por los Tribunales de otro Estado miembro. Por otra, el Registro Central de Penados español informará a las autoridades centrales de los Estados de la nacionalidad del condenado de las condenas dictadas en España, así como las modificaciones o cancelaciones que hubieran podido producirse, impidiendo que pudieran utilizarse fuera de un proceso penal.

Un dato importante a señalar es que las peticiones de antecedentes que realice el Registro Central de Penados español a las autoridades competentes de otros países miembros se producen a instancias de jueces y fiscales en el marco de un proceso penal, así como en los demás supuestos previstos por el ordenamiento jurídico.

Y otra cuestión a tener en cuenta es que existen normas específicas en cuanto a las condenas a menores de edad y también otras reglas según las cuales unos antecedentes pueden tenerse por cancelados de cara a su toma en consideración por Jueces y Tribunales, pero pueden mantenerse para retransmitirse a otros países miembros.

El Título II consagra el principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea tomándolas en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos. Por lo tanto, como sucede con las condenas anteriores pronunciadas en España, deberán tenerse en cuenta las que se dicten en otros Estados miembros (tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la condena: por ejemplo, cuando se resuelva sobre la prisión preventiva de un sospechoso o sobre la suspensión de la ejecución de una pena...). Sus efectos serían los que hubiera tenido una condena dictada en España, pero solo cuando la condena en otro Estado miembro hubiera sido impuesta por hechos que fueran punibles conforme a la ley española que estuviera vigente en ese momento.

La Ley Orgánica 7/2014 enumera los supuestos en los que las condenas no pueden tomarse en consideración: revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; condenas que se puedan imponer con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro; resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esos casos.

En cuanto a la obtención de la información sobre las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados, el Juez o Tribunal la recabará mediante el intercambio de información sobre antecedentes penales o a través de los instrumentos de asistencia judicial. Así el Registro Central de Penados se configura como un apoyo importante para la labor de los Tribunales.

En la Disposición adicional única aparece contemplado que no serán tenidas en cuenta las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010. En las Disposiciones finales se indica que los preceptos comprendidos en el título I de esta Ley no tienen naturaleza orgánica; que esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación penal y procesal; que mediante esta Ley se incorporan al Derecho español: la Decisión Marco 2008/675/JAI y la Decisión Marco 2008/315/JAI; y también se establece su vigencia, a los veinte días de su publicación en el *BOE*.

Por último, el Anexo contiene un formulario para el intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

En definitiva, esta Ley, dentro del ámbito de la cooperación judicial en la Unión Europea, aumenta la eficacia y la seguridad de los ciudadanos, como se expresa en su propio Preámbulo, a través del intercambio de información sobre las condenas penales entre Estados miembros.

M.<sup>a</sup> Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[misaba@usal.es](mailto:misaba@usal.es)

### Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo [BOE n.º 307, de 20-XII-2014]

#### **PROGRAMA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO**

Siendo una máxima incontestable la relativa a que el Derecho, con mayúscula, no solamente es la norma jurídica sino también la realidad social que la misma acota, cabe afirmar que la política de empleo ha sido y es uno de los principales centros de interpretación y consiguiente abono normativo del Derecho del Trabajo.

La construcción sobre el empleo en España pasa por un momento de convulsión; un comportamiento de fácil explicación, en opinión de expertos, si se tiene presente que es uno de los Estados que más crea en épocas de bonanza económica pero también más destruye en tiempos revueltos. Acaso por tal circunstancia y como principal exponente en la desorbitada tasa de desempleo que en última instancia permite reflejar los designios involutivos de una nación, converge una nueva prerrogativa legal sustentada en el Real Decreto-Ley 16/2014 y que tiene por causa, además de rúbrica, la canalización de un Programa de Activación para el Empleo.

El régimen jurídico de esta novedosa opción se sostiene sobre una operativa bipolar que obra, de una parte, mediante un expediente de formación o recualificación personal que ulteriormente facilite la germinación en procedimientos orientados a casar oferta y demanda de colocación y, por otro lado, a través de una ayuda económica que debiera posibilitar el alivio, siquiera sea parcialmente, del esfuerzo que materialmente el proceso comporta. Ésta es, sin lugar a dudas, la principal seña de identidad de este Programa; el escenificar la simbiosis que, en la actualidad, entrelazan las medidas activas y pasivas de empleo.

La dimensión de capacidad activa se incardina en los artículos 1 a 3 de la norma. Conforme a una interpretación sistemática de los mismos, nos hallamos ante un instrumento que piensa en parados de larga duración –aquellos que permanecen inscritos como demandantes de empleo por espacio mínimo de 12 meses–, que acrediten un estado de insuficiencia de recursos económicos –no obtención de rentas, por cualquier concepto, en cuantía equivalente o superior al 75 por cien del Salario Mínimo Interprofesional, si bien excluyendo la parte proporcional a 2 pagas extraordinarias–, que no tengan derecho a otras prestaciones, ayudas o salarios sociales por la causa que está en juego –léase prestación contributiva, subsidio asistencial, Renta Activa de Inserción o Programa de Recualificación Profesional (PREPARA)– o, en su caso, que hayan sido agotadas en su disfrute hace, como mínimo, 6 meses, y, finalmente, que justifiquen el tener responsabilidades familiares, entendiéndose tal condicionante

como la tenencia a cargo de cónyuge u otros familiares, señaladamente hijos menores de 26 años de edad.

Así articulado el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica emerge en términos de un itinerario personal de colocación que institucionaliza el Servicio Público de Empleo en favor del afectado, el cual, empero, se ve condicionado por las así denominadas obligaciones de activación y entre las que se incluyen, al albur de la alternancia, la suscripción de un compromiso de actividad que somete a la búsqueda activa de empleo y a la aceptación de colocación adecuada, en segundo lugar la participación en diferentes actividades de mejora engarzadas en un expediente de capacitación profesional o, finalmente, el poder evidenciar ante el Servicio Público de Empleo Estatal el haber cursado hasta un mínimo de 3 acciones básicas de empleo en la horquilla de 1 mes a computar desde la fecha de solicitud de acceso al Programa.

Por lo que respecta a la perspectiva pasiva de cobertura, se anexiona a la variable recién presentada una ayuda económica (arts. 7 y 8) equivalente, en términos cuantitativos, al 80 por cien del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples, durante un plazo máximo de 6 meses y que, como principal novedad en la mecánica de este tipo de pagas, resulta compatible, por espacio máximo de 5 meses, con el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena.

Sea como fuere, acaso lo más notorio de esta nueva fórmula de acción en el campo de la política social de empleo no es tanto aquello que permite ser visualizado sino más bien lo que permanece en un cierto anonimato. En este orden de cosas, dos aspectos merecen una reflexión.

En primer lugar, nos hallamos ante un fruto del pretendidamente renacido diálogo social. Cierto es que, de entrada, la materialización de la propuesta se articula a través de un Real Decreto-Ley y ello da pie a la siempre vidriosa exégesis del presupuesto sobre extraordinaria y urgente necesidad que postula el artículo 86 CE; sin embargo, el auténtico origen de la manifestación normativa se incardina en la concertación tripartita entre gobierno, organizaciones empresariales y asociaciones sindicales más representativas como expresión de una acometida por la concordia en pro de los intereses comunes. Tratándose de un gobierno de corte conservador y operando en el marco de unas tensas relaciones económicas y sociales auspiciadas por políticas de austeridad, ello ha de ser resaltado como un verdadero punto de inflexión a favor de la causa.

En segundo lugar, merece un juicio altamente positivo el nuevo exponente de descentralización de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. A los efectos de nuestro estudio y más concretamente en lo que al dossier individual de colocación atiende, es el Servicio Público de Empleo Estatal el que se encarga de su gestión básica mientras los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas gobiernan su elaboración estricta, así como la tutoría personalizada del interesado. Creo, sinceramente, digno de mención y reconocimiento este hecho. A lo largo de la primera década del siglo XXI, el legislador ha tomado

como referente este impulso en favor de la descentralización administrativa y geográfica como argumento de mucho peso en favor del proceso, algo que en una tesitura de crisis económica, de mayorías absolutas y de falta de entendimiento entre agentes sociales, dice mucho en favor del futuro a corto y medio plazo.

A modo de conclusión y respecto a la siempre controvertida discusión en torno a si un adecuado marco económico impulsará el empleo o si debe ser éste el que tire de la economía, el legislador parece tomar posición por esta segunda opción. En las últimas décadas se han sucedido de manera continuada las reformas en materia de empleo y cobertura frente a desempleo, siendo realmente interesante la opción aquí presentada al cobrar fundamento ecléctico en tanto acomete sendas variables de estímulo y tuitiva. Sin embargo, que ello no empañe la más cruda realidad. Falta un debate en profundidad sobre los pilares del empleo y su vasto campo de irradiación. Hasta el presente, continuamos viviendo en la senda de las reformas coyunturales y deviene esencial una transformación de carácter estructural que ofrezca la necesaria estabilidad a uno de los bienes más preciados que, sociológica y jurídicamente, es consustancial al ser humano: el trabajo.

Fernando MORENO DE VEGA Y LOMO  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[femove@usal.es](mailto:femove@usal.es)

[Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social](#)  
[BOE n.º 314, de 29-XII-2014]

**MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL: MODIFICACIÓN RÉGIMEN JURÍDICO**

El 26 de diciembre de 2014 por Ley 35/2014, como se esperaba (se temía, según se mire), se modifica el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas, entidades jurídico-privadas creadas libremente por empresarios, que hasta tal fecha denominadas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social –y con origen en las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo– pasan sin más, adviértase el cambio, a denominarse Colaboradoras con la Seguridad Social. Si ya eran criticadas desde su origen, cuando se aprueba su régimen jurídico como colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social, por cuanto parecía no casar del todo con el concepto de régimen público cuando se desplazan a privados algunas competencias, si bien no todas tendrán la misma entidad ni todas apuntarán como es el caso a una privatización de la Seguridad Social, puede el lector tener una primera aproximación de los juicios críticos a que se ve sometida la recientemente aprobada, toda vez que hasta el propio órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral (CES) emitiera un dictamen sobre el anteproyecto de ley de una dureza poco frecuente en lo concerniente, sobre todo, a la colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, por cuanto al control para éstas de los procedimientos de enfermedad común desde el primer día de baja.

Bien hace la exposición de motivos cuando se pronuncia en el sentido de que hay que cubrir lagunas legales o «integrar la dispersión de la pluralidad de normas de distinto rango que conforman su régimen actual», por cuanto se fueron añadiendo funciones como las fijadas en el artículo 32 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) en orden a los servicios de prevención respecto de sus empresarios asociados, o las adquiridas en orden a la protección de los trabajadores por cuenta propia, no pudiendo decir lo mismo cuando en las mismas páginas se postula que la lucha contra el absentismo laboral injustificado o la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social haya de pasar por aquí, máxime cuando se va a permitir a estas entidades privadas que traspasen menos de lo hasta ahora establecido al Fondo de Reservas de la Seguridad Social, ahorro éste al que ha habido que acudir en los últimos tiempos para satisfacer alguna parte del pago de los pensionistas, por no decir, como segunda crítica a la misma, que pase a primer plano el «rescate de las mutuas en quiebra» gracias a una regulación del patrimonio –privativo

e histórico– que hubiese requerido el consenso de los grupos parlamentarios desde el inicio de la tramitación de tan espinosa ley, puesto que no solo se regula sino que se ve ampliado claramente, baste acudir al nuevo artículo 74.2 LGSS para comprobarlo [alquiler a precios de mercado de inmuebles vacíos que no puedan ser utilizados como centros o servicios sanitarios o administrativos propios de la colaboración con la Seguridad Social, o, como exponente mayor, el de poder ingresar parte de los incentivos empresariales por la contribución eficaz de las contingencias profesionales].

Serán actividades de su competencia, como reza el nuevo artículo 68 LGSS:

- a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.
- b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia, en los términos establecidos en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.
- e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- f) Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

Quizá, de entre todas, sea la cobertura de la protección por cese de actividad la que se ve más modificada, tanto por la delimitación de la situación que se protege, como por la «invitación emplazamiento» a que en un futuro próximo no sea voluntaria.

Pareciera, así las cosas, que estamos ante auténticas entidades gestoras del Sistema, no siendo ello posible en un modelo de Seguridad Social como el perfilado en el artículo 41 CE, por más que, provocación aparte, la disposición adicional quinta de la ley se pronuncie en términos claramente sospechosos al acudir a comparación tamaño cuando fija el plazo de tres años para que el Gobierno presente al Congreso de los Diputados un informe de evaluación de la gestión de las Mutuas, «a efectos de determinar si las funciones que tienen asignadas se están ejecutando con eficiencia en comparación con la gestión que se realiza por las entidades gestoras de la Seguridad Social».

Queda claro, finalmente, que con la nueva redacción dada por la disposición final primera de la ley que se reseña al artículo 32 de la LPRL, las actividades preventivas



que podían venir desarrollando en sus actuaciones como Servicios de Prevención quedan prohibidas, así como su participación con cargo a su patrimonio histórico en las sociedades mercantiles de prevención constituidas con tal fin, lo cual no es óbice para permitir nuevas acciones preventivas relacionadas con los riesgos profesionales a favor de los empresarios asociados y trabajadores autónomos adheridos (prestaciones asistenciales y actividades de asesoramiento en la redacción dada al artículo 68, 3, c) de la LGSS).

María José NEVADO FERNÁNDEZ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[mjnf@usal.es](mailto:mjnf@usal.es)



**— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —**  
(JULIO-DICIEMBRE 2014)

**COORDINADORA:**

Antonia DURÁN AYAGO  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca

**COLABORAN en la coordinación en este número:**

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS  
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mercedes IGLESIAS BÁREZ  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ  
Profesor Contratado Doctor 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

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS  
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS  
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

Estrella TORAL LARA  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. USAL

## ADMINISTRATIVO

---

1. Sentencias del Tribunal Constitucional 134/2014, de 22 de julio [BOE n.º 199, de 16-VIII-2014]; 208/2014, de 15 de diciembre [BOE n.º 17, de 20-I-2015], y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 19 de noviembre [ROJ: STS 5027/2014] –REAFIRMACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO PARA REGULAR LA OBTENCIÓN DE HIDROCARBUROS NO CONVENCIONALES MEDIANTE LA TÉCNICA DE FRACTURACIÓN HIDRÁULICA, por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 31 de julio de 2014 [ROJ: STS 3719/2014] –EL CONTROL DE LA DISCRETIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES EN PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL ACCESO O LA CONSOLIDACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, por Juan José RASTROLLO SUÁREZ

## CIVIL

---

3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de septiembre [ROJ: STS 4159/2014] –EL INCUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA FORMAL DE ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA, COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN EN LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES, por Óscar A. BARBERO GARCÍA
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 31 de octubre [ROJ STS 4334/2014] –DERECHO AL HONOR VERSUS DERECHO A LA INFORMACIÓN (INFORMACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DEL DEMANDANTE CON LA MAFIA NAPOLITANA), por Felisa María CORVO LÓPEZ

## CONSTITUCIONAL

---

5. Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2014, de 4 de diciembre [BOE n.º 11, 15-I-2015] –LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA REDUCCIÓN DE REPRESENTANTES POLÍTICOS: ¿OPCIÓN LEGISLATIVA O INGENIERÍA ELECTORAL?, por José Luis MATEOS CRESPO

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014, asunto C-127/12, Comisión/España –LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS –IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES, por M.ª Ángeles GUERVÓS MAÍLLO

## MERCANTIL

---

7. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 12 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 3892/2014] –NUEVOS SUPUESTOS DE USO ABUSIVO DE PAGARÉS CAMBIARIOS COMO GARANTÍA EN LA FORMALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS A LOS CONSUMIDORES, por Luis Alberto MARCO ALCALÁ
8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 14 de octubre [ROJ: STS 5089/2014] –*PRIOR IN TEMPORE, POTIUS IN IURE*. UN NUEVO PASO EN LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DE LA MARCA, por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA

## PENAL

---

9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), 713/2014, de 22 de octubre [ROJ STS 4317/2014] –DELITO CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE. CONTAMINACIÓN POR RUIDO, por Nuria MATELLANES RODRÍGUEZ

## PROCESAL

---

10. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), 145/2014, de 22 de septiembre [BOE n.º 261, de 28-X-2014] –INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES EN DEPENDENCIAS POLICIALES, por Alicia GONZÁLEZ MONJE
11. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), 850/2014, de 26 de noviembre [ROJ: STS 5174/2014] –EXTRACCIÓN DE SMS DEL TELÉFONO MÓVIL SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL, por Alicia GONZÁLEZ MONJE

## TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

12. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/2013, FOA contra KL –LA OBESIDAD NO CONSTITUYE CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL, por María Cristina POLO SÁNCHEZ
13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno), de 22 de diciembre de 2014 [ROJ STS 5504/2014] –LA REFORMA LEGAL DE LA ULTRAACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO: ¿PUEDE SER PEOR EL REMEDIO QUE LA ENFERMEDAD?, por Juan Bautista VIVERO SERRANO

## UNIÓN EUROPEA

---

14. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) –ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, por Daniel GONZÁLEZ HERRERA

**Sentencias del Tribunal Constitucional 134/2014, de 22 de julio [BOE n.º 199, de 16-VIII-2014]; 208/2014, de 15 de diciembre [BOE n.º 17, de 20-I-2015], y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 19 de noviembre [ROJ: STS 5027/2014]**

### **REAFIRMACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIAL DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO PARA REGULAR LA OBTENCIÓN DE HIDROCARBUROS NO CONVENCIONALES MEDIANTE LA TÉCNICA DE FRACTURACIÓN HIDRÁULICA**

El debate competencial sobre la regulación de la obtención de hidrocarburos no convencionales mediante el uso de la técnica de fracturación hidráulica (ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. 2014 «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), de 19 de junio de 2014: n.º 8336: 8-16; 2014: «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de la fractura hidráulica». *Fórum de Direito Urbano e Ambiental-FDUA* (Belo Horizonte, Brasil), jul./ago., 2014, n.º 76: 19-33; «Regulación de la producción de electricidad mediante gas no convencional obtenido por fracturación hidráulica». Comunicación presentada en el *XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo* [Universidad de Salamanca, Salamanca, 7 y 8 de noviembre de 2014], 11 páginas, y especialmente en 2014: «El régimen jurídico europeo y español de la extracción de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, n.º 167/2014: 45-78, y «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, Número especial «Demetrio Loperena Rota *In memoriam*», vol. II: 1331-135) continúa mediante estas tres resoluciones que obviamente reafirman las competencias del Estado en la materia previstas en la Constitución española (art. 149-1.º-25.ª), tal y como ya había señalado el Tribunal Constitucional.

En efecto, la Comunidad de Cantabria, como es sabido, y a pesar de la clara jurisprudencia constitucional sobre las competencias del Estado en materia energética, fue la primera que aprobó una Ley prohibitiva del uso de la fractura hidráulica, concretamente la Ley 1/2013, de 15 de abril (BOC del 25), que, recurrida por el presidente del Gobierno, fue declarada inconstitucional y nula por la STC 106/2014, de 24 de junio (ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. 2014: «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado». *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), 21 de julio de 2014, n.º 8358: 9-13, y nuestro comentario en la *Revista AIS* 2/2014).

Pero, además de Cantabria, otras Comunidades Autónomas habían publicado Leyes prohibiendo la técnica de fracturación hidráulica, que fueron recurridas por el

Gobierno de la Nación, suspendidas por el Tribunal Constitucional y finalmente declaradas inconstitucionales, como veremos. En concreto, La Rioja aprobó la Ley 7/2013, de 21 de junio (*BOLR* del 24), que fue suspendida por providencia del TC de 8 de abril de 2014 (*BOE* del 12); por su parte, Navarra aprobó la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre (*BON* del 28), se adoptó el Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con dicha Ley (*BOE* de 27 de enero de 2014) y fue recurrida y suspendida por el Tribunal Constitucional (*BOE* del 13 de septiembre de 2014), y finalmente la prohibición catalana se incluye en el art. 167 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público (*DOGC* del 30), que modifica el art. 47 de su Ley urbanística de 2010, que ha sido recurrida asimismo por el Gobierno de la Nación y suspendida por el Tribunal Constitucional (*BOE* de 20 de noviembre de 2014); textos todos ellos claramente inconstitucionales por invadir competencias exclusivas del Estado, tal como refleja la sentencia mencionada, y efectivamente las Leyes riojana y navarra prohibitivas han sido declaradas inconstitucionales y anuladas, y la normativa catalana, ya suspendida, seguirá el mismo camino. Por otra parte, la Comunidad de Andalucía parece que tiende al mismo objetivo prohibitivo, aunque dando un rodeo, a través de dos proposiciones de ley (y, sin duda, destinadas al fracaso).

La STC 134/2014, de 22 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley prohibitiva de la fracturación hidráulica de La Rioja, y, una vez constatada la semejanza entre esta Ley y la Ley cántabra declarada inconstitucional por la STC 106/2014, declara también la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley riojana con los mismos argumentos que en la anterior sentencia constitucional. A saber, que la controversia se encuadra en el ámbito material de la energía (art. 149-1.º-25.<sup>a</sup>-CE), sin perjuicio de la incidencia que tiene, en especial, sobre el medio ambiente, y que en dicha materia el Estado ostenta competencia exclusiva para dictar las «bases de régimen minero y energético», mientras que las Comunidades Autónomas tienen competencias de desarrollo legislativo y ejecución en esta materia; que la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y peninsulares, modificó tanto la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998 como el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos de 2008, para prever la técnica de fractura hidráulica; siendo dicha Ley estatal formal y materialmente básica, y finalmente que la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de la Comunidad de La Rioja contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica y somete a evaluación ambiental las actividades extractivas que conllevan su empleo, así como la relativa a sanidad. De nuevo, pues, el Tribunal Constitucional afirma las innegables competencias del Estado, y anula el intento de la Comunidad de interferir en las mismas.



Unos meses después, la STC 208/2014, de 15 de diciembre, resuelve el recurso contra la Ley prohibitiva de la fracturación hidráulica de la Comunidad de Navarra, declarando la misma su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad, reafirmando una vez más las indudables competencias del Estado en la materia.

No obstante, en este caso, los recurrentes, en un alarde de imaginación, ciertamente curioso, postulan una modificación de la doctrina constitucional anterior, y por tanto la avocación del asunto para su decisión por el Pleno, a fin de que se dictara una Sentencia interpretativa que permitiera desplegar los efectos previstos en los preceptos impugnados, en todos los casos en que el proyecto obtuviera una evaluación ambiental negativa o desfavorable, con desestimación por tanto del recurso interpuesto, para lo que se resalta la importancia de los títulos competenciales autonómicos relativos a protección del medio ambiente, ordenación del territorio y salud, frente al estatal de ordenación de la actividad económica, e invoca en su apoyo diversos pasajes del Voto particular que acompaña a las dos Sentencias antes mencionadas.

Sin embargo, dada la claridad de los títulos competenciales implicados y la sustancial coincidencia de la Ley navarra con las Leyes citadas, ya declaradas inconstitucionales y nulas, el Tribunal Constitucional nuevamente declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley navarra.

En efecto, la STC 208/2014 reitera otra vez que se trata de un recurso de inconstitucionalidad de contenido esencialmente competencial, cuyo título prevalente es el relativo a la energía, en tanto que la fractura hidráulica es una técnica de investigación, exploración y explotación de gas no convencional (algo bien conocido, y bastante obvio, por otra parte), y que en dicha materia el Estado ostenta competencia exclusiva para dictar las bases de régimen minero y energético (ex art. 149-1º-25.ª-CE), por lo que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas únicamente competencias de desarrollo legislativo y ejecución en esta materia.

Confirmado el argumento anterior, la STC reitera los argumentos ya conocidos que reafirman las competencias del Estado. Es decir, que la legislación básica a considerar es la Ley 17/2013, de 29 de octubre, que modifica, como sabemos, tanto la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998 como el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de 2008, para prever la técnica de la fractura hidráulica, y que tal regulación estatal (no debemos olvidarlo, pues es la doctrina más importante de las tres Sentencias), «constituye un marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional... se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos. Por otra parte, el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución

al abastecimiento energético... justifica también el carácter básico de la autorización de la fractura hidráulica, por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la productividad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional».

Por otra parte, la STC recuerda asimismo las competencias del Estado en materia de medio ambiente y sobre sanidad (en concreto, la legislación básica, ex art. 149-1.º-23.ª y 16.ª-CE, respectivamente).

Y, dado que la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica que la Ley recurrida impone en todo el territorio de la Comunidad navarra contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en la legislación básica del Estado, en cuya virtud se autoriza la aplicación de la técnica de la fractura hidráulica en el desarrollo de los trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales (ex art. 149-1.º-13.ª y 25.ª-CE), la STC 208/2014 declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley navarra prohibitiva de la técnica de fracturación hidráulica.

Si la reiteración de algunas Comunidades Autónomas en las actitudes prohibitivas de la técnica de la fracturación hidráulica podría sostenerse (lo que nosotros naturalmente no hacemos) debido a que ostentan potestad legislativa, y por tanto podría modularse la interpretación de las competencias implicadas, en el caso de los Municipios no existe tal posibilidad de duda, pues es de una claridad meridiana que los mismos no pueden convocar consultas populares sin autorización del Gobierno de la Nación (art. 71-LBRL) y que no tienen competencia alguna sobre el uso, o prohibición, de la técnica de fracturación hidráulica. No obstante, la STS 5027/2014, de 19 de noviembre, resuelve un curioso asunto justamente contrario a estas precisiones jurídicas.

En cuanto a las consultas populares a convocar por Ayuntamientos, debe tenerse en cuenta la clarísima jurisprudencia establecida por la STS 1205/2000, de 16 de febrero, relativa al estrambótico asunto de la petición del Ayuntamiento de Algeciras (Cádiz) para celebrar una consulta popular para convertirse en la novena provincia andaluza, y la STS 7682/2012, de 15 de noviembre, sobre la petición del Ayuntamiento de Castro-Urdiales (Cantabria) para celebrar una consulta popular sobre la construcción de un puerto deportivo; desestimando en ambos casos los recursos de los Municipios, precisamente por no ser asuntos de competencia municipal.

En efecto, el Municipio de Cuatango (Álava) solicitó, con fecha de 28 de mayo de 2013, al Consejo de Ministros la autorización para la celebración de una consulta popular relativa a que el plan general de ordenación urbana recogiera como uso autorizado del suelo, el de la prospección o extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica. El Consejo de Ministros, mediante acuerdo de 30 de agosto de 2013, denegó dicha autorización (y podríamos decir que obviamente); que fue recurrido por el Ayuntamiento ante el Tribunal Supremo, sobre la base de que se trataría de un asunto de competencia municipal (la formulación del planeamiento urbanístico municipal) y

que versa sobre una materia de carácter local (pues la consulta versa sobre una materia cuyo objeto o alcance no trasciende más allá del término municipal).

Frente a los argumentos anteriores, la STS 5027/2014 afirma que el recurso no puede prosperar, ya que «en efecto, en contra de lo que defiende el Ayuntamiento recurrente, el uso de técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos, que es sobre lo que versa la consulta pretendida, ni es competencia municipal ni se trata de un asunto que se circunscriba al ámbito local, requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen Local».

Ya que, continua la STS, como es sabido, «la regulación sobre las referidas técnicas, su uso, restricciones y demás aspectos que hayan de ser contemplados son en todo caso competencia estatal, pues se trata de cuestiones que corresponden a la normativa sobre régimen energético y a las bases de la ordenación económica general, dada la trascendencia de la materia energética sobre la economía general del país. Pues bien, la Constitución atribuye al Estado la bases sobre el régimen energético (apartado 25 del artículo 149), correspondiendo el desarrollo de la normativa básica a las Comunidades Autónomas en los términos de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Naturalmente que las labores de prospección o extracción de recursos energéticos se realizan, como no puede dejar de ser, sobre terreno que necesariamente corresponderán en todo caso a municipios concretos, pero ello no quiere decir que tal circunstancia otorgue a éstos capacidad para determinar o condicionar la utilización de dichas técnicas. En consecuencia, hay que concluir que la consulta pretendida versa sobre una materia respecto a la que el Ayuntamiento carece de competencias, por mucho que se enmarque dentro del ámbito de una competencia municipal como lo es el plan de ordenación urbana. En cuanto a las competencias sobre las bases de la planificación general de la actividad económica, la Constitución la atribuye igualmente al Estado como competencia exclusiva en el apartado 13 del artículo 149».

Y, en cuanto al segundo aspecto, el ámbito territorial en el que hay que ubicar la cuestión sobre la que se proyecta la consulta, la STS afirma que «tampoco puede circunscribirse, como pretende el Ayuntamiento recurrente, al ámbito local. Pues aunque la consulta se refiera al uso de las técnicas controvertidas en el territorio municipal, es evidente que la regulación sobre dichas técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos y su uso se proyecta sobre todo el territorio nacional. En consecuencia, la consulta, con independencia de su carácter no vinculante, versa sobre una cuestión de interés territorial general respecto a la que la regulación sobre la materia por parte del titular de la competencia, el Estado, siempre abarcará todo el territorio nacional».

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso del Ayuntamiento de Cuartango, imponiendo las costas al mismo (hasta un máximo de 4.000 euros).

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 31 de julio de 2014 [ROJ: STS 3719/2014]

### **EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES EN PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL ACCESO O LA CONSOLIDACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

En su Sentencia de 31 de julio de 2014, el Tribunal Supremo aborda el espinoso asunto de la discrecionalidad técnica de los tribunales evaluadores en el marco de un proceso de consolidación de empleo interino en las entidades locales. El actor decidió someterse a un proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Subescala de Secretaría-Intervención, mediante el sistema de concurso-oposición. La orden APU/244/2007, de 29 de enero, previó, para su desarrollo, la realización de dos ejercicios: el primero, tipo test, a valorar de 0 a 40 puntos y el segundo, de tipo práctico, a valorar de 0 a 60 puntos. El segundo habría de leerse ante el tribunal calificador, debiendo el órgano colegiado tener en cuenta la capacidad de análisis del aspirante y la aplicación razonada de los conocimientos teóricos por parte del mismo. La puntuación mínima a obtener era de 20 puntos en relación al primero de los ejercicios y 30 puntos en relación al segundo.

El actor obtuvo la calificación suficiente para la superación del primer ejercicio, pero no la necesaria para la superación del segundo y, al considerar injusta la decisión del tribunal calificador, interpuso un recurso de alzada y posteriormente inició la vía contencioso-administrativa hasta culminar su periplo judicial en la Sentencia que ahora comentamos. La parte actora alegó que la decisión del tribunal resultaba arbitraria y por lo tanto contraria a las determinaciones de los artículos 14 y 23. 2 de la Constitución española por diversos motivos. Según su argumentación, el segundo ejercicio –que no había alcanzado la calificación suficiente para ser considerado aprobado– tenía un contenido sustancialmente igual al de otros que sí habían sido considerados aprobados por el tribunal calificador. Además, según el aspirante, el criterio utilizado por el órgano colegiado había ido variando a medida que variaba su composición durante los días que los aspirantes comparecieron ante el mismo con el objeto de leer el ejercicio.

La sentencia desestimatoria previa a la que analizamos había desechado el argumento de la disparidad de criterios alegado por el actor en virtud del contenido de las bases de la convocatoria. Según estas, el tribunal estaría compuesto por cinco miembros funcionarios de carrera y cinco suplentes con nivel igual o superior para el acceso a la subescala, pudiendo actuar indistintamente cada uno de ellos. Las sucesivas revisiones del ejercicio a petición del aspirante (antes y durante el recurso de alzada) ratificaban, según la primera sentencia, el criterio inequívoco del tribunal en el sentido de no considerar aprobado el ejercicio. Al examinar las actas de las reuniones del tribunal calificador, se entendió en esa primera sentencia desestimatoria que no se producía vulneración alguna de la exigencia de motivación contemplada en el artículo 54. 2 de

la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recordando la discrecionalidad técnica que asiste al órgano.

No obstante, lo trascendente de esa primera sentencia –que queda latente en los motivos de casación– es la falta del control de la discrecionalidad técnica por parte de la misma en base al criterio seguido por el Tribunal Supremo. A la parte actora no se le había permitido la comparación de su ejercicio con el de otros aspirantes (al haberse disuelto el tribunal calificador), ni una prueba pericial por parte de profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (que se denegó provisionalmente y que el propio Tribunal Supremo considera no imprescindible para hacer valer las pretensiones de la parte actora). Alegaba el recurrente que, al denegarse la práctica de pruebas de naturaleza documental y pericial que podían resultar determinantes en la decisión de un pleito relativo a la discrecionalidad técnica de la Administración, se le estaba causando indefensión.

La parte actora denunció también en los motivos de casación falta de motivación suficiente del tribunal de lo contencioso en la sentencia desestimatoria. Las actas contenían únicamente calificaciones numéricas y reflejaban la disparidad de criterios a la hora de valorar los ejercicios (vinculadas a la composición del órgano), justificando el órgano jurisdiccional los distintos extremos apuntados por la parte actora en la discrecionalidad técnica del órgano evaluador.

Pese a que el Tribunal Supremo entiende que no se produce la vulneración de los motivos alegados en los dos primeros motivos de casación (denegación de la práctica de pruebas y falta de motivación), estima el recurso presentado por el actor por haberse apartado el tribunal de lo contencioso de la doctrina del Tribunal Supremo en relación al control de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Y, en este sentido, consideramos preciso destacar fundamentalmente dos pronunciamientos que encontramos en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia.

El primero en relación a la posibilidad de revisar la forma en que el tribunal calificador aplica su criterio técnico. Según el órgano jurisdiccional «una cosa es que en sede judicial no se pueda sustituir el criterio técnico del tribunal calificador o valorar su mayor o menor acierto siempre que no sea absurdo su juicio y otra que no quepa revisar la forma en que ha sido aplicado (...) Cabe, perfectamente, en aquellos casos en que se alegue error o arbitrariedad, por ejemplo, por no seguir el mismo criterio respecto de todos los aspirantes, lo cual, si se produce, supone, además, apartarse de las bases e introducir un trato desigual a los aspirantes».

El segundo en relación a que en las actas únicamente figure una calificación numérica. Según el Tribunal Supremo –y en base a una abundante jurisprudencia previa– «siendo en principio válida esta forma de medir o valorar el resultado de las pruebas en los procesos selectivos, tal como lo prevén el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y las bases de la convocatoria, el hecho de que en éstas solamente se haga referencia a

una puntuación determinada no será bastante cuando el interesado la discuta, como aquí ha sucedido».

Por ello y por la sustancial igualdad existente entre el ejercicio del recurrente y los de otros aspirantes aprobados –como reconoció la sentencia recurrida– el Tribunal Supremo reconoce el derecho del actor a que se considere que ha superado el segundo ejercicio con la misma calificación de los que son sustancialmente iguales y a proseguir el proceso selectivo, pudiendo ser nombrado funcionario con efectos desde que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento, en el supuesto de que obtuviera una puntuación total que superara la del último de los aspirantes que lograra plaza.

Juan José RASTROLLO SUÁREZ  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª),  
de 16 de septiembre [ROJ: STS 4159/2014]**

**EL INCUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA FORMAL DE ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA,  
COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN EN LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES**

1. La sentencia del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) el 21 de febrero de 2012 (en el rollo de apelación n.º 449/221), la casa y anula en su integridad, confirmando en su lugar la dictada en la instancia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valladolid, el 31 de mayo de 2011, que desestimó la demanda, absolviendo a los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra, con imposición de costas. En la demanda se interesaba la resolución de un contrato de compraventa de una plaza de garaje, por el incumplimiento, por parte de los vendedores, de la obligación de otorgar la oportuna escritura pública de venta.

El contrato de compraventa se había plasmado en un documento privado (en realidad en dos, aunque ello carece de relevancia práctica a los efectos que nos ocupan). El comprador había pagado ya el precio (y el IVA correspondiente) y los vendedores habían transmitido la posesión del inmueble, mediante la entrega de las llaves de la plaza de garaje, constando expresamente en el contrato la toma de posesión por parte del comprador. Se había producido, pues, la transmisión de la propiedad del inmueble desde ese instante al comprador, al concurrir el título y modo. Para la consumación completa del contrato, solo restaba el cumplimiento de la obligación de elevarlo a escritura pública, prevista en el contrato en los siguientes términos (cláusulas quinta y novena): «Comprometiéndose a concurrir al otorgamiento de la correspondiente escritura ante notario en el plazo en el que sea requerido por el promotor, siendo condición indispensable para la firma de las escrituras de compraventa el haber abonado todas las cantidades acordadas (...). El presente contrato será elevado a escritura pública conforme señala el artículo 1.280.1.º C.c. ante el notario con residencia en Valladolid que el vendedor designe, ello por expresa facultad que el comprador concede a aquel. Dicha escritura pública de compraventa se otorgará únicamente a favor de los comparecientes o de las personas físicas o jurídicas que aquellos designen. En caso de que todavía existiesen cantidades pendientes por abonar, se incluirá en la escritura una condición resolutoria que garantice el pago de las cantidades aplazadas».

El comprador formuló demanda contra los vendedores (integrantes de una comunidad de bienes), porque éstos no habían otorgado la escritura pública de venta, a pesar de los requerimientos que les había efectuado con tal fin.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Por contra, la Audiencia Provincial de Valladolid, revocando la sentencia de instancia, dictó otra por la que estimó la demanda, apoyándose en una doctrina consolidada por la propia Audiencia Provincial en reiteradas sentencias [cita, al menos, tres sentencias, de 5 de julio y de 25 marzo de 2011 (Sección 1.ª) y de 13 de septiembre de 2011 (Sección 3.ª)], y declaró la resolución del contrato, sobre la base de que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes y que existía el compromiso expreso para la elevación inmediata a público del documento privado.

Los vendedores interpusieron recurso de casación, en interés casacional, que se articuló en un único motivo: infracción de lo dispuesto en los artículos 1.278, 1.279, 1.280 y 1.450 del Código civil y vulneración de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, citando las SSTS 130/2007, de 5 de febrero de 2007 y 714/1999, de 29 de julio de 1999.

2. La cuestión de fondo planteada en el caso enjuiciado consiste en determinar si el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa de un inmueble, plasmando en documento privado, puede ser causa de resolución contractual al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil. La solución debe partir de la interpretación sistemática de los artículos 1.279 y 1.280 del Código civil (aparentemente contradictorios con el principio de libertad de forma consagrado en el artículo 1.278 del Código civil).

Por ello, la Sala reproduce dos presupuestos jurídicos, que había fijado al interpretar sistemáticamente esos dos preceptos en las dos sentencias ya indicadas [SSTS 130/2007, de 5 de febrero de 2007, y 714/1999, de 29 de julio de 1999]. El primero es que, contrariamente a los casos en que nuestro Código civil otorga a la forma del contrato un carácter solemne como presupuesto de su validez y de eficacia, la exigencia formal del artículo 1.280 en relación a que ciertos contratos, entre ellos, los que tienen por objeto la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles (número primero del citado artículo), de que consten en documento público no puede ser entendida como una referencia normativa pertinente al presupuesto de validez y eficacia del contrato celebrado, esto es, que incumplida dicha finalidad el contrato resulte inexistente por las partes o carente de eficacia alguna; pues el propio artículo 1.279, como proyección del principio espiritualista, parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1.280 del Código civil que no constan en escritura pública, al disponer que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

El segundo argumento, al hilo de lo expuesto, es que la exigencia de esta finalidad incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros.



Por ende, la Sala llega a la conclusión práctica de que, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, si las partes quieren otorgar a esa exigencia formal un valor determinante, ya para la propia validez del contrato, ya para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual pactado por las partes, pues, de otra forma, carecería de la relevancia requerida a estos efectos.

Además, esta tesis se halla respaldada, sistemáticamente, por el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, que la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil, con referencia al Derecho Contractual Europeo y a los principales textos de armonización en este contexto, ha reforzado destacando su función de principio general del Derecho [SSTS 827/2012, de 15 de enero de 2013, y 333/2014, de 30 de junio de 2014].

3. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso de enjuiciamiento, la hace descansar la Sala en tres últimas precisiones (apartado 3 del fundamento de derecho segundo), a saber:

En primer lugar, que de la interpretación del contrato celebrado se infiere, sin dificultad, que la meritada exigencia formal no viene revestida de carácter esencial, ni para la propia validez del contrato ni para el curso de su propia eficacia contractual; resultando, por el contrario, su configuración genérica conforme al marco descrito del artículo 1.280.1 del Código civil (estipulación novena). Por tanto, de conformidad a los principios de autonomía privada y libertad de pacto (ex art. 1.255 Código civil), será la voluntad de las partes la que otorgue a la exigencia de elevación a público del contrato carácter esencial (*ad solemnitatem*) o no (*ad probationem*); constituyendo el incumplimiento de dicha exigencia, solo en el primer caso, causa de resolución contractual (ex artículo 1.124 Código civil).

En segundo lugar, y atinente al plano de la realidad del contrato, este quedó perfeccionado y ejecutado en sus principales obligaciones, pues resulta indiscutido en este caso que en el mismo concurren todos los elementos esenciales para su validez, que se llevó a efecto la entrega de la cosa, mediante la entrega de llaves de la plaza de garaje (estipulación primera) y que se realizó el pago del precio pactado (estipulación primera).

Y, por último, la Sala destaca el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes hubiera utilizado el cauce adecuado previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelerse en vía judicial para que se procediera al otorgamiento de la expresada escritura pública (ex art. 1.279 Código civil).

Óscar A. BARBERO GARCÍA  
Abogado. Profesor asociado de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca  
[oabarber@usal.es](mailto:oabarber@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª),  
de 31 de octubre [ROJ STS 4334/2014]**

**DERECHO AL HONOR VERSUS DERECHO A LA INFORMACIÓN  
(INFORMACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DEL DEMANDANTE CON LA MAFIA NAPOLITANA)**

El Tribunal Supremo afronta, una vez más, la delicada tarea de determinar en qué medida puede haberse visto vulnerado el derecho al honor del demandante ante el ejercicio de otro derecho constitucionalmente reconocido: la libertad de información [arts. 18.1 y 20.1d) Constitución española de 1978 (BOE n.º 311, 29-XII-1978)]. A tal efecto, analiza las exigencias constitucionales en que se ha de basar el juicio de ponderación de los derechos en conflicto.

El supuesto de hecho es el siguiente: D. Jenaro –dueño de un restaurante– demanda a Unidad editorial, SA –entidad editora del diario *Marca*– y al periodista firmante de un artículo publicado el 23-I-2010 en dicho periódico en el que se le relacionaba con la mafia napolitana. El artículo hacía referencia a imágenes halladas en determinadas redadas que habían sido publicadas por la prensa italiana y se ilustraba con una fotografía en la que el demandante aparecía posando junto a un exjugador del Real Madrid; dicha fotografía –según se decía en el artículo– había sido hallada en una redada policial y había sido publicada por *Il Messaggero* de Roma. El demandante solicita una indemnización de 75.000 euros por los daños morales sufridos, con apercibimiento de no reincidir en intromisiones posteriores y la rectificación de la noticia en el citado diario, en la misma página y con la misma extensión. Se da la circunstancia de que el diario *Marca* había publicado una rectificación una semana más tarde (el 30-I-2010), acompañando la misma foto pero con distinto pie, ubicándola en la parte inferior de la página 12; el artículo inicial aparecía en la parte superior de la página 13.

El periodista demandado aduce en su defensa que el artículo debía enmarcarse en el ejercicio legítimo de la libertad de información. La mercantil Unidad Editorial, SA, por su parte, opuso excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* y, en cuanto al fondo, la ausencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor por cuanto la información era veraz y se trataba de un reportaje neutral (únicamente se hacía eco de la información aparecida en otros medios de comunicación italianos, y no mencionaba el nombre del actor ni el de su restaurante).

El Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid, en Sentencia de 6 de junio de 2011, estimó parcialmente la demanda: condenó al periodista a abonar al actor la cantidad de 6.000 euros en concepto de indemnización por daños morales, con apercibimiento de que no reincida en intromisiones ulteriores y absolvió a la mercantil Unidad Editorial, SA, por no ser ésta la editora del diario *Marca*. Recurrída en apelación por el actor y el periodista, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 30 de abril de 2012, desestima el planteado por el periodista y estima parcialmente la demanda elevando la cuantía de la indemnización por daños morales a 30.000 euros.

Ante esta resolución se interpone por el periodista recurso extraordinario por infracción procesal –el cual es desestimado por no haberse indicado alguno de los motivos concretos contemplados por el artículo 469.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n.º 7, de 08/01/2000) y por no cumplirse los requisitos que han de concurrir para que el Alto Tribunal revise la valoración de la prueba efectuada en la instancia– y recurso de casación.

El TS casa y anula la sentencia recurrida, desestimando la demanda, tras revisar el juicio de ponderación de los derechos en conflicto, tarea para la cual ha de seguir la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional.

Parte así, en su argumentación, de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión e información por cuanto constituye la garantía para la formación de una opinión pública libre, particularmente cuando dicha libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción [ej., SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero; y SSTS (Sala de lo civil, sección 1.ª) 808/2013, de 9 enero de 2014 (ROJ: STS 12/2014); 816/2013, de 9 de enero 2014 (ROJ: STS 224/2014); 796/2013, de 17 de diciembre (ROJ: STS 5879/2013)]. Ahora bien, tal prevalencia no es absoluta: hay que examinar la intensidad y trascendencia con que resulta afectado cada derecho atendiendo a las circunstancias del caso concreto, a fin de elaborar una regla que permita resolver el caso, confiriendo preferencia a uno u otro derecho [SSTS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) 814/2013, de 7 de enero de 2014 (ROJ: STS 11/2014) y 818/2013, de 17 de diciembre (ROJ: STS 6334/2013)]; en otras palabras, hay que determinar el peso relativo de los derechos que entran en colisión en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias del caso y a los parámetros que ha ido perfilando el Tribunal Constitucional [SSTS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) 816/2013, de 9 de enero 2014 (ROJ: STS 224/2014) y 796/2013, de 17 de diciembre (ROJ: STS 5879/2013)]. Conforme a dichos parámetros, para entender justificada la intromisión en el derecho al honor es preciso que:

1. La información o expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya sea por la materia o juicio de valor a que aluda o por la persona (ej. personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública) [STC 216/2006, de 3 de julio], aun cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas supongan el descrédito del afectado [SSTS (Sala de lo civil, sección 1.ª) 814/2013, de 7 de enero de 2014 (ROJ: STS 11/2014) y 808/2013, de 9 de enero 2014 (ROJ: STS 12/2014)]. En esos casos, el peso de la libertad de información es más intenso; así lo establece el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [BOE n.º 115, de 14/V/1982] en relación al derecho a la propia imagen, pero lo mismo puede decirse en relación al derecho al honor [STS, Sala de lo Civil,

sección 1.ª, 818/2013, de 17 de diciembre (ROJ: STS 6334/2013) y 802/2013, de 10 de diciembre (ROJ: STS 5878/2013)].

2. La información sea veraz (no así la expresión) [SSTC 9/2007, de 15 de enero; 50/2010, de 4 de octubre; 41/2011, de 11 de abril, y 216/2013, de 19 de diciembre]. Para entender cumplido este requisito, es necesario que el informador haya empleado una diligencia adecuada a las circunstancias del caso para contrastar la información, aunque la misma pueda ser desmentida después o no resulte confirmada [STC 216/2006, de 3 de julio]. Asimismo se toma en consideración el hecho de que el medio haya transmitido de forma neutra manifestaciones de otros o haya asumido como propias la ordenación y presentación de los hechos. Para poder calificar el reportaje como neutral es necesario que las declaraciones que recoge sean por sí noticia, que se pongan en boca de personas determinadas responsables de las mismas y que el medio informativo se limite a transmitir tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia y sin reelaborarlas o provocarlas [STC 76/2002, de 8 de abril]; tratándose de un reportaje neutral, la veracidad ha de referirse únicamente a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, por lo que el periodista y el medio quedarían exonerados de responsabilidad en relación al contenido de la misma [STC 76/2002, de 8 de abril, y SSTS (Sala de lo Civil, sección 1.ª) 212/2012, de 2 de abril (ROJ: STS 2872/2012); 126/2013, de 25 de febrero (ROJ: STS 1520/2013), y 796/2013, de 17 de diciembre (ROJ: STS 5879/2013)].
3. El tratamiento informativo haya sido proporcionado en relación al fin informativo buscado y al interés general de la noticia. La libertad de expresión e información no ampara el derecho al insulto. El derecho al honor prevalece, pues, sobre la libertad de expresión cuando alguien se refiere «a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena» [STC 216/2006, de 3 de julio]. Además, hay que tener en cuenta que, cuando se hubiera ejercitado el derecho de rectificación (regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo reguladora del Derecho de Rectificación [BOE n.º 74, 27-III-1984]), la publicación de la rectificación no elimina la intromisión ilegítima pues el ejercicio del derecho de rectificación no sustituye al ejercicio de la acción de protección del derecho al honor; sí puede influir, sin embargo, en la cuantía de la indemnización [STC 40/1992, de 30 de marzo; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 17/2014, de 23 de enero (ROJ: STS 102/2014)].

A la vista de las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo considera que puede apreciarse el interés público no sólo por las personas implicadas (3 futbolistas mundialmente conocidos, cuya popularidad y reputación resultan incuestionables), sino también por la materia afectada por la información objeto de publicación: «La persecución

y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y seguridad ciudadana». No en vano, el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que la información relativa a los resultados positivos o negativos alcanzados por las fuerzas y cuerpos de seguridad en sus investigaciones revisten relevancia e interés público, particularmente cuando los delitos cometidos entrañan cierta gravedad o han causado un considerable impacto en la opinión pública; dicho interés se extiende a cuantos datos o hechos novedosos puedan descubrirse (por las más diversas vías) en el curso de las investigaciones en orden a esclarecer la autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 14/2003, de 28 de enero y 244/2007, de 10 de diciembre). Carece de trascendencia que la publicación se realice en un periódico deportivo; lo importante es que la información tenía relevancia para la opinión pública al dejar constancia de la aparición de unas fotos en las que figuraban futbolistas famosos en el curso de una investigación policial contra la Camorra napolitana y de cómo los miembros de dicha organización los utilizaron sin saberlo, para fotografiarse con ellos y alardear de conocer a sus ídolos.

Refiriéndose al juicio de veracidad, afirma que la vaguedad de la referencia a las fuentes o la imprecisión del periodista al aludir a lo antes publicado en la prensa italiana afecta a elementos de carácter accesorio, pero no a lo esencial de la información: la implicación del demandante en una investigación policial contra la Camorra napolitana, la cual se infiere de las fotos encontradas en una redada en las que aparece junto a varios futbolistas famosos.

Y, en punto a la proporcionalidad, entiende que la veracidad de la información publicada y su finalidad de resaltar el hecho de que miembros de la mafia podrían estar aprovechándose de futbolistas famosos sin su conocimiento, unida al interés general o trascendencia pública del hecho, permite entender que el tratamiento informativo fue proporcionado.

Por todo ello, califica como legítima la intromisión en el honor del demandante.

Felisa María CORVO LÓPEZ  
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil*  
Universidad de Salamanca  
[marcorvo@usal.es](mailto:marcorvo@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2014, de 4 de diciembre

[BOE n.º 11, 13-I-2015]

#### **LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA REDUCCIÓN DE REPRESENTANTES POLÍTICOS: ¿OPCIÓN LEGISLATIVA O INGENIERÍA ELECTORAL?**

El Tribunal Constitucional español ha resuelto en su reciente Sentencia 197/2014, de 4 de diciembre, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores pertenecientes al Grupo Parlamentario Socialista, contra la Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Finalmente, y sin valorar cuestiones políticas en torno a la reforma, el Alto Tribunal acaba por desestimar el recurso.

La reforma estatutaria establece en su Artículo Único una reducción considerable del número de diputados autonómicos que pueden ser elegidos en las Cortes de Castilla-La Mancha, pasando de una horquilla de 47 a 59 diputados, a una nueva que establece la elección de un número mínimo de 25 y un máximo de 35 diputados. Asimismo, la nueva Ley también suprime la referencia expresa al número mínimo de diputados que pueden ser elegidos por cada una de las provincias que integran la Comunidad Autónoma, quedando si bien pendiente su determinación por la Ley Electoral autonómica.

El recurso planteado trata de argumentar la inconstitucionalidad de la reforma con fundamento en principios constitucionales y derechos fundamentales: el principio de pluralismo político y funcionamiento democrático reconocido en el artículo 1.1 CE, el criterio de la proporcionalidad de las Asambleas legislativas autonómicas del artículo 152.1 CE, los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y el derecho de igual acceso a las funciones y cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 CE. Por otro lado, también se personaron la directora de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Abogacía del Estado y el Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha; en contra de lo argumentado por los recurrentes.

Los recurrentes entienden que la reducción del número de parlamentarios lesiona el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, como parte del derecho fundamental a la participación política, y menoscaba el pluralismo político. Esta medida, en su opinión, sería equiparable al establecimiento de una barrera electoral que supera cualquier límite razonable, impidiendo el acceso a la representación a las fuerzas políticas minoritarias. En el mismo sentido, la reforma desvirtúa el criterio de la proporcionalidad exigido constitucionalmente en la representación de la Asamblea Legislativa. Además, la asignación de escaños pares o impares a cada

una de las provincias podría permitir obtener una prima en el resultado, lo que podría conllevar una victoria electoral para una determinada fuerza política. Se trataría, pues, en definitiva, de una reforma con una clara intencionalidad política: la de configurar un elemento del régimen electoral que determine la victoria de una concreta fuerza política y cierre el libre juego democrático del resto; una finalidad alejada de los propósitos declarados en el Preámbulo: el control del gasto, la austeridad, la demanda social de la sociedad para reducir el número de parlamentarios o establecer un mayor equilibrio entre la austeridad y la adecuada representatividad.

La fundamentación del recurso de inconstitucionalidad también alega un quebranto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la seguridad jurídica, lo que puede generar mayor discrepancia. Asimismo, se plantea por los recurrentes una posible pérdida de autonomía en torno a las funciones ejercidas por la Cámara legislativa, si bien es cierto que la reforma estatutaria por medio de la Ley Orgánica 2/2014 no establece un nuevo reparto de funciones en el entramado institucional castellano-manchego del que se pueda deducir una merma de éstas.

En toda la fundamentación de la decisión del TC de desestimar el recurso planteado, late la necesaria diferenciación, que no llevan a cabo los recurrentes, entre el «juicio político» que podría merecer la Ley, vedado al Tribunal, y su «juicio jurídico», que es el único territorio en el que se puede mover el Tribunal. La Sentencia es un buen ejemplo de la relación que debe existir entre el legislador democrático y el Tribunal Constitucional.

El Tribunal rechaza las alegaciones de menor entidad de los recurrentes como el vaciamiento de la autonomía política, recordando su doctrina ya asentada de las relaciones que deben existir entre la Constitución y la Ley (FJ 3), y en el mismo sentido considera que no se da una violación constitucional del principio de seguridad jurídica (FJ 4) o de la prohibición de interdicción de los poderes públicos, recordando, por una parte, que el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que el Tribunal debe garantizar y que la arbitrariedad del legislador exige el cumplimiento de dos requisitos que, en este caso, no se dan: desvirtuar suficientemente la presunción de constitucionalidad de la ley y probar que la arbitrariedad es producto de una discriminación normativa de una absoluta irracionalidad (*vid.* también entre otras las SSTC 49/2008 y 155/2014).

Ahora bien, el *punctum dolens* de la Sentencia se encuentra en la posible vulneración de la exigencia constitucional de la proporcionalidad (artículo 152.1 CE). Sobre esta cuestión, el Tribunal advierte que la reducción de escaños es un elemento que influye en la proporcionalidad del sistema, pero no es el único, por lo que no se le puede dar el carácter de «determinante» que parece que le atribuyen los recurrentes. Por otra parte, para enjuiciar esta tacha es necesario determinar el alcance e interpretación de la exigencia constitucional de la proporcionalidad y acotar el papel que le corresponde al TC en su control. También el Tribunal se ha pronunciado desde sus

primeras sentencias (*vid.* por todas la STC 75/1985) que el criterio proporcional es un criterio «tendencial» donde cabrían diferentes opciones legislativas. La norma tiene la naturaleza de un mandato al legislador, de una «condición de posibilidad», donde cabe un margen de configuración del legislador (STC 225/1998, FJ 7). Lo que no cabe es sustituir el sistema proporcional por el mayoritario, pero más allá de esta prohibición el legislador está legitimado para «buscar la proporcionalidad». Muestra de esta libertad de configuración es la heterogeneidad de fórmulas en nuestras leyes electorales autonómicas. La libertad del legislador no es absoluta, sino que la Constitución exige el cumplimiento de unos mandatos de alcance negativo: la aplicación de un sistema mayoritario o de mínima corrección (STC 40/1981) o desfigurar la «esencia» de la proporcionalidad mediante el establecimiento de barreras electorales o cláusulas de exclusión desproporcionadas.

El Tribunal Constitucional, pues, no puede «sustituir» al legislador y articular una concreta fórmula de proporcionalidad entre las muchas posibles. Sólo puede controlar los intentos del legislador de sustituir el sistema proporcional por uno mayoritario o de desvirtuarlo. Desde el punto de vista jurídico, el TC no aprecia un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, toda vez que el recurso se basa en aspectos únicamente válidos en el ámbito político y cuyas consideraciones no se valoran.

A lo largo de su recurso, los senadores socialistas tratan de vincular la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha con la que, a su juicio, es la verdadera razón de fondo: una clara intencionalidad política del partido mayoritario en la Asamblea legislativa autonómica –el Partido Popular– por condicionar a futuro la asignación de escaños en función de los resultados electorales, pudiendo resultar esta fuerza política favorecida en los próximos comicios. La motivación política que parece estar tras el cambio normativo, no merece reproche jurídico, pero sí puede tener consecuencias que afecten de manera notable a la actividad política, cuestión no menor para el buen funcionamiento del sistema representativo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no entra a valorar los efectos políticos de la configuración electoral por la que opta el legislador, sino únicamente se circunscribe a las cuestiones puramente jurídico-constitucionales, lo que lleva a no declarar inconstitucional la norma recurrida.

José Luis MATEOS CRESPO  
*Licenciado en Derecho y estudiante de Doctorado  
en la Universidad de Salamanca*  
[joseluismateoscrespo@gmail.com](mailto:joseluismateoscrespo@gmail.com)



### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014, asunto C-127/12, Comisión/España

#### **LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES – IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES**

La sentencia que comentamos declara contrario al derecho originario de la Unión Europea el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español. En concreto, lo considera contrario al principio de libre circulación de capitales, con infracción de los arts. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste. Se dicta como consecuencia de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España, cuestión importante para determinar los efectos y alcance de la misma.

La Sentencia se refiere a la normativa estatal, en concreto a la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos, que delimita los puntos de conexión para determinar la administración y normativa autonómica aplicable en el ISD, excluyendo a los no residentes que quedan sujetos en todo caso a la competencia y normativa estatal. Por tanto, no afecta a la legislación emanada de las CC. AA. en el ejercicio de su capacidad normativa.

El fallo declara, como hemos señalado, contrarias al principio de libre circulación de capitales «las diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste». Por ello, es importante destacar que afecta a los supuestos en que el sujeto pasivo es no residente, y también a casos en que puede ser o necesariamente es sujeto pasivo un residente: causantes no residentes en España (en los que el sucesor puede ser residente) y donaciones de inmuebles fuera del territorio español (en que el sujeto pasivo es necesariamente un residente, puesto que el no residente sólo tributa por obligación real, limitado a los bienes y derechos en España –art. 7 de la Ley del ISD–). Por ello, se produce una quiebra de la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos, en lo que atañe a los puntos de conexión internos en el artículo 32. Además resultan inaplicables los preceptos de la Ley 29/1987, del ISD, en cuanto incidan sobre los supuestos afectados, como –por ejemplo– el número 3 del artículo 21.

España argumentaba que el artículo 4 TUE prevé en su apartado 2 que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras

fundamentales políticas y constitucionales, incluido lo concerniente a la autonomía local y regional y que, por tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre el ejercicio de las competencias en materia fiscal en el ordenamiento jurídico constitucional español. Destaca también que deberían haber sido examinadas todas las legislaciones fiscales de las Comunidades Autónomas para comprobar si una legislación favorable aplicable a ciertos residentes no era aplicable a los no residentes. Puntualiza en ese sentido que la carga fiscal no es necesariamente inferior cuando se aplica la legislación de una Comunidad Autónoma y que la restricción alegada por la Comisión también se puede producir en una situación puramente interna cuando una Comunidad Autónoma no ha ejercido su competencia fiscal. Presenta algunos ejemplos tendentes a demostrar que hay supuestos en los que el no residente soporta una carga fiscal inferior a la del residente. Añade que, en principio, la situación de los residentes y de los no residentes no es comparable en la fiscalidad española en materia de sucesiones y donaciones. Se considera a los residentes sujetos por obligación personal, mientras que los no residentes lo están por obligación real. De esa forma, censura que la Comisión no atienda al hecho de que los residentes tributan por todas las adquisiciones de bienes y derechos con independencia del lugar en el que se hallan o son ejercitables, mientras que los no residentes sólo tributan por las adquisiciones de bienes situados en el territorio español y de derechos ejercitables en el mismo territorio. Y puntualiza finalmente que, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia apreciara una infracción del artículo 63 TFUE, de ello no podría deducirse automáticamente una vulneración del artículo 40 del Acuerdo EEE. En efecto, de la jurisprudencia resulta que las relaciones jurídicas que tienen conexión con un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) no miembro de la Unión son equiparables a las relacionadas con un Estado tercero si no existe mecanismo de asistencia mutua. Por tanto, corresponde a la Comisión apreciar *in concreto* cada caso, para verificar, en particular, la existencia de instrumentos de intercambio de información que permitan controlar las declaraciones presentadas por los sujetos pasivos residentes en Estados miembros del EEE no miembros de la Unión.

El Tribunal de Justicia rechaza las alegaciones vertidas por el Estado español y considera que no existe una justificación razonable a la diferencia de trato entre residentes y no residentes en nuestro país, y aun invocándose la persecución de un objetivo legítimo de garantizar la lucha contra la elusión fiscal, no se ha demostrado que dicha diferencia esté justificada por razones imperiosas de interés general. Explica que la normativa nacional coloca en el mismo plano a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones a los residentes y los no residentes, o a los bienes situados en el territorio nacional y los situados fuera de éste, y que esta misma normativa no puede, sin incurrir en discriminación prohibida, tratar de manera diferente en el marco del mismo impuesto a esas dos categorías de sujetos pasivos o de bienes en lo que se refiere a reducciones fiscales; y, efectivamente, la controvertida normativa considera

en principio a los herederos o los donatarios, sean residentes o no residentes, como sujetos pasivos a efectos de la tributación por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones sobre los bienes inmuebles situados en España, por lo que carece de justificación la diferenciación entre la situación objetiva de un residente y la de un no residente.

Como consecuencia de esta sentencia será necesario el cambio de nuestra normativa interna a la mayor brevedad (art. 260 del TFUE) para poner término a las situaciones contrarias a la libre circulación de capitales. Tal reforma podría realizarse de formas contrapuestas: bien mediante la unificación del Impuesto, propuesta sugerida en el «Informe Lagares para la reforma fiscal» o bien mediante la modificación de los puntos de conexión en la normativa estatal de coordinación, manteniendo la capacidad normativa de las CC. AA. de forma y manera que siempre sea competente y resulte aplicable la normativa de una determinada comunidad autónoma. Resulta bastante evidente que las CC. AA. no van a permitir la primera de las opciones, por ello la única alternativa posible a corto o medio plazo es la modificación de los puntos de conexión, bastando con reconducir todos los supuestos afectados por la sentencia al punto de conexión más próximo al no residente o al residente que hoy debe tributar por la normativa estatal en determinados supuestos. En definitiva, se trataría de trasladar los casos de tributación en que hoy es competente y se aplica la normativa del Estado, total o parcialmente, a una comunidad autónoma que sería la que asumiría la competencia y, por tanto, su normativa sería la aplicable para un único hecho imponible, atendiendo al vínculo personal o real más estrecho, ya se trate de residentes o no residentes.

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO  
*Profesora Contratada Doctora,*  
*Área de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[mguervos@usal.es](mailto:mguervos@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 12 de septiembre de 2014 [ROJ: STS 3892/2014]

#### **NUEVOS SUPUESTOS DE USO ABUSIVO DE PAGARÉS CAMBIARIOS COMO GARANTÍA EN LA FORMALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS A LOS CONSUMIDORES**

##### 1. Introducción

En este pronunciamiento, el TS ha estimado el recurso de casación contra la S. AP de Valencia [Civil/Secc. 9.ª] de 28 de noviembre de 2012 [AC 2013, 811], en la cual se había desestimado el recurso de apelación interpuesto contra la S. JPI e Instrucción núm. 4 de Paterna de 4 de abril de 2012 [JUR 2013, 101807], fallo este último en el que se había desestimado igualmente la oposición de los dos demandados prestatarios en el proceso especial cambiario que había instado contra ellos la entidad de crédito prestamista en virtud de un pagaré no satisfecho y emitido en garantía del préstamo en cuestión. Este pagaré fue puesto en circulación a tenor de una de las cláusulas insertas en las condiciones generales de este préstamo y en su misma fecha de estipulación como efecto no a la orden en virtud del art. 14.2 de la Ley 19/1985, de 16 julio (BOE 172, de 19 de julio de 1985), Cambiaria y del Cheque (LCCh), con vencimiento a la vista, y por un importe que se correspondía con el principal del préstamo, pero con una compleja cláusula de intereses al amparo del art. 6 LCCh que permitía incluir en el monto total de este título-valor los intereses anuales del préstamo, así como otros intereses indemnizatorios de demora calculados sobre la base de la cantidad pendiente de devolución en dicho préstamo, puesto que se harían constar en el pagaré todos los pagos efectuados por los prestatarios en concepto de amortización del capital, de acuerdo con lo previsto en el art. 45 LCCh. Los prestatarios fueron realizando puntualmente los pagos en los que se había fraccionado este préstamo durante los dos primeros años tras su formalización, pero, a partir de entonces, la entidad de crédito dio por vencido anticipadamente este contrato y reclamó los emolumentos pendientes, principal más intereses, introduciendo en el pagaré una declaración complementaria para hacer constar la cantidad líquida global y declarando impagado dicho documento conforme a lo dispuesto en el art. 51.2 LCCh. De este modo, la entidad de crédito planteó una demanda de proceso especial cambiario conjunta y solidariamente contra ambos prestatarios sobre la base del reiterado pagaré. Por su parte, estos últimos formularon demanda de oposición cambiaria aduciendo que desconocían haber firmado el efecto, dado que su formato le hacía parecer una más de las hojas del contrato de préstamo, del que no se les entregó copia, ni tampoco del propio pagaré y, sobre todo, el carácter abusivo de la cláusula que había dado lugar a su emisión,

en aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, ya que concurría dicha condición en los dos prestatarios.

Las alegaciones de los prestatarios fueron rechazadas en primera instancia y en apelación, básicamente por entender que ambos podían tener conocimiento del préstamo firmado y del pagaré vinculado al mismo, y porque no se podía sostener el carácter abusivo del uso de este efecto a estos fines, al no haber sido emitido totalmente en blanco como en otros supuestos de los que se había conocido en la jurisprudencia invocada en su favor por los dos codemandados, sino con todos los requisitos del art. 94 LCCh y con una cláusula de intereses que contenía en el propio documento todas las cantidades a devengar.

El recurso de casación estimado en esta sentencia se vio fundamentado en los motivos siguientes:

En el primer motivo, se alegó la reiteración del carácter abusivo de la cláusula de emisión del pagaré, y así, de su nulidad, tanto en virtud de los arts. 6 y 7 CC, en relación con el abuso de derecho, como del art. 83 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, aprobado por RDLeg 1/2007, de 16 noviembre (BOE 287, de 30 de noviembre de 2007). A mayor abundamiento, se invocó también la posible existencia de un fraude de ley en el uso de este pagaré para atribuir efecto ejecutivo a un préstamo formalizado en documento privado sin recurrir a la actuación de un fedatario público.

- En el segundo motivo, se adujo la infracción de la doctrina legal sobre la regla *contra proferentem*.
- El motivo tercero se basaba en la infracción de la jurisprudencia sobre el rigor formal a observar por el acreedor cambiario en los títulos cambiarios, ya que el pagaré no había sido correctamente presentado al pago ante la cuenta que tenían abierta en la propia entidad de crédito demandante.
- Finalmente, el cuarto motivo sexto iba referido al posible carácter abusivo de los intereses de demora estipulados por infracción del art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 marzo (BOE 72, de 25 de marzo de 1995), de Crédito al Consumo (LCC), Ley todavía vigente en el supuesto de autos, pero actualmente derogada y sustituida por la Ley 16/2011, de 24 junio (BOE 151, de 25 de junio de 2011), de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC), por ser intereses pactados en un crédito al consumo y superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero. Con todo, se indicó que dicho precepto ha venido siendo objeto de una jurisprudencia contradictoria en diversas AP.

## 2. La jurisprudencia previa sobre la emisión de pagarés en contratos de crédito al consumo

El TS lleva a cabo toda una síntesis de la jurisprudencia previa en esta materia en el fto. Tercero de esta sentencia, poniendo de manifiesto las numerosas divergencias

al respecto entre las diferentes AP, pero clasificando sus diferentes fallos en las tres líneas siguientes:

- Otorgar validez a los pagarés emitidos en garantía de préstamos al consumo, en virtud de la legalidad del efecto cambiario según la LCCh y la autonomía de la voluntad, sin que el deudor se vea en peor situación que en un préstamo documentado ante fedatario público (SS. AP de Zaragoza [Civil/Secc. 5.ª] de 24 de septiembre de 2013 [JUR 2014, 16328], de Barcelona [Civil/Secc. 16.ª] de 24 de octubre de 2013 [JUR 2013, 354326], y de Alicante [Civil/Secc. 4.ª] de 29 de noviembre de 2013 [JUR 2014, 120177], entre otras).
- Negar la validez de estos pagarés, dado su carácter abusivo por motivos como el excesivo privilegio que representan para la entidad de crédito, el fraude de ley a que dan lugar por eludir la intervención de un fedatario mercantil en la conclusión del contrato y en el procedimiento de liquidación, la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, y, sobre todo, la emisión en blanco del pagaré cuya reclamación va a quedar ligada a la evolución y circunstancias del préstamo (SS. AP de Castellón [Civil/Secc. 2.ª] de 6 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 12912], de Baleares [Civil/Secc. 5.ª] de 14 de septiembre de 2012 [JUR 2012, 372078], y de Córdoba [Civil/Secc. 3.ª] de 28 de septiembre de 2013 [JUR 2013, 248887], entre otras).
- Otorgar o negar validez a los referidos pagarés atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, sólo cuando se desprenda con claridad de tales circunstancias que la emisión del pagaré responde a la finalidad de eludir las garantías que la Ley otorga al deudor, en especial en cuanto a la determinación de la deuda mediante el procedimiento de liquidación contemplado en el proceso ejecutivo en el art. 572 LEC. A tales efectos, es fundamental comprobar el grado de complejidad en la liquidación de la deuda del préstamo, puesto que dicha cantidad puede verse determinada en ciertos casos por operaciones muy simples de cálculo de las amortizaciones impagadas y del principal del crédito y su interés (SS. AP de Córdoba [Civil/Secc. 3.ª] de 15 de abril de 2011 [JUR 2011, 380448], entre otras).

### 3. Las líneas básicas del pronunciamiento en este fallo

El Alto Tribunal comenzó por recalcar el especial cuidado con que siempre se han tratado los efectos cambiarios en los que se veían obligados consumidores, y especialmente si se utilizan en garantía de créditos en los que el acreedor puede así reclamar al deudor en juicio cambiario el monto total de la deuda pendiente. Sin embargo, al haberse emitido el pagaré debidamente cumplimentado y no en blanco como en otros pronunciamientos anteriores, su uso en garantía de créditos al consumo no podía ser automáticamente calificado como abusivo, y de ahí que fuese analizado con cierto

detalle. Con todo, el análisis llevó a esta misma calificación de esta cláusula como abusiva, básicamente por los motivos siguientes:

- La falta de negociación individual de esta cláusula en torno al pagaré y su imposición unilateral por parte de la entidad de crédito, hechos ambos que se consideraron suficientemente probados.
- La ausencia de contrapartidas derivadas de esta cláusula para los prestatarios-consumidores, que no fueran el abaratamiento de costes que supone el ahorro arancelario por no acudir al fedatario público.
- En cambio, sí que se produce una mejora sustancial de la posición jurídica de la entidad de crédito, que obtiene mediante este pagaré el acceso directo a un procedimiento privilegiado (el proceso especial cambiario) para el cobro de su crédito sin el control de legalidad que para el consumidor representa la referida presencia del fedatario público a través del otorgamiento del préstamo en el momento de su conclusión en póliza intervenida por notario o notaria, y de su participación en la determinación de la cuantía de la deuda en el procedimiento de liquidación, conforme al reiterado art. 572 LEC. Por el contrario, los prestatarios-consumidores sí que verán más limitadas sus posibilidades de defensa no sólo por tratarse el proceso cambiario de un proceso limitado y no plenario, sino porque a aquéllos sólo puede corresponderles oponerse al pago por alguna de las causas tipificadas en el art. 67 LCCh.
- Finalmente, el TS considera que, aunque el pagaré no fue emitido en blanco, operó en la práctica como tal, ya que, pese a tener consignado un importe *ab initio*, lo cierto es que la entidad de crédito prestamista podía completarlo con una declaración complementaria inserta en el efecto por las cantidades adicionales resultantes de la liquidación que realizaría de manera unilateral, como así fue, al resolver anticipadamente el contrato de préstamo y autoacreditar el impago del título cambiario, en virtud del art. 51.2 LCCh. Además, los prestatarios-consumidores tendrían de nuevo más restringidas sus posibilidades de oposición, no sólo por soportar una suerte de inversión de la carga de la prueba por verse obligados a oponer la correspondiente excepción cambiaria, sino porque, de este modo, el acreedor no tiene que aportar los documentos de liquidación de la deuda para hacer posible esta oposición si tal liquidación hubiese resultado incorrecta, como sí ocurre en el procedimiento ejecutivo.

De ahí que el TS estimase el recurso de casación, e incluso declarase como doctrina jurisprudencial (fto. Quinto y pto. 4 de la parte dispositiva) el carácter abusivo de la cláusula de emisión de un pagaré en un contrato de préstamo aceptada en el ámbito de un contrato de adhesión celebrado entre una entidad de crédito acreedora y un deudor consumidor y que, por tanto, dicha cláusula ha de tenerse por no puesta, y que la declaración cambiaria resultante no pueda tener validez. Con todo, este fallo no

fue adoptado por unanimidad, y que formuló voto particular al mismo el Magistrado D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL.

#### 4. Conclusión

Es evidente que este pronunciamiento nos aporta una novedad importante respecto a la jurisprudencia precedente sobre pagarés en garantía de créditos al consumo y es la declaración de su carácter abusivo, no por haber sido emitido en blanco, sino por el contenido de la cláusula de emisión del mismo en el contrato de préstamo y por los privilegios, considerados excesivos, que confiere a la entidad de crédito para el cobro de su deuda de un prestatario-consumidor. De ahí que, en una primera lectura, este fallo parezca llamado a unificar dicha jurisprudencia y poner fin a la polémica en este punto. Sin embargo, parece poco probable que sea así, no sólo por haber sido objeto de un voto particular fundamentado en motivos sin duda discutibles pero desde luego nada desdeñables, sino también porque, como se indica expresamente en ap. D del motivo Segundo de este voto particular, se ha fallado en favor de la admisibilidad y legalidad de uno de estos pagarés, por lo demás emitido en blanco, en la S. TS (Sala de lo Civil) de 11 de septiembre de 2014 [Id Cendoj 28079119912014100015/RJ 2014, 4663]. Ello indica lo lejos que queda este debate de verse cerrado, e incluso abre una nueva discusión sobre la conveniencia o no de evitar una excesiva litigiosidad a este respecto siguiendo la misma opción que en otros ordenamientos comparados de nuestro entorno próximo (*vid. fto. Cuarto de esta sentencia*), como Gran Bretaña en el art. 123 de la *Consumer Credit Act* de 1974 en su versión de 2006 (disponible en «<http://www.legislation.gov.uk>»), se prohíba expresa y directamente la emisión de este tipo de efectos cambiarios.

Luis Alberto MARCO ARCALÁ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[lmarco@unizar.es](mailto:lmarco@unizar.es)



**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª),  
de 14 de octubre [ROJ: STS 5089/2014]**

**PRIOR IN TEMPORE, POTIUR IN IURE.  
UN NUEVO PASO EN LA PROTECCIÓN DEL TITULAR DE LA MARCA**

Un cambio de doctrina del Tribunal Supremo es siempre importante, y lo es aún más si se trata de una materia que está siendo objeto de una profunda reforma por parte de la Unión Europea.

Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 5089/2014, de 14 de octubre, que ha supuesto un cambio radical en la manera de aprehender la protección del titular de la marca frente a un tercero titular de una marca posterior.

Esta sentencia dirime un largo proceso iniciado en base a una demanda interpuesta el 8 de junio de 2010, por Denso Holding GmbH & Co («Denso Holding») y su filial, Denso Química, S.A., contra la empresa Productos Denso Pla y Cía., S.L. («Productos Denso»), por la violación de sus derechos sobre sus signos distintivos.

Si bien entre Denso Holding y Productos Denso había existido una dilatada relación comercial que se había prolongado desde los años cuarenta hasta 2003, Productos Denso había registrado sin autorización expresa de Denso Holding dos marcas españolas: *Productos Denso* (solicitada el 30 de noviembre de 1943 y concedida el 4 de mayo de 1946) y *Denso* (solicitada el 3 de marzo de 1966 y concedida el 23 de junio de 1967).

Tanto el Juzgado de lo Mercantil, en primera instancia, como la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación, negaron que fuera antijurídico el uso por Productos Denso de los susodichos signos ya que estaba amparado por la titularidad de la marca, titularidad que no había sido cuestionada, en ningún momento, mediante una acción en declaración de nulidad. De hecho, en su desestimación del recurso, la Audiencia Provincial de Barcelona va más allá, llegando a afirmar que con base en la valoración de las pruebas no era posible confirmar la falta de autorización ni de conocimiento de la actora respecto de la marca registrada por la demandada («[...] el documento número 38 de la contestación a la demanda acredita que la actora conocía, al menos desde el año mil novecientos setenta y ocho, los derechos registrales sobre la denominación Denso [...], sin que la actora se hubiera opuesto al registro o al uso de los signos»).

Esta interpretación restrictiva de los derechos del titular de la marca frente al tercero titular de una marca registrada posteriormente resultaba perfectamente coherente con la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Supremo que respetaba el principio de *qui jure suo utitur neminem laedit*. Es decir, no puede considerarse tercero aquel que utiliza su derecho al amparo de su titularidad registral, sin perjuicio de que, existiendo alguna de las causas de nulidad establecidas en la ley, pueda ejercitarse la acción de nulidad al amparo del principio de prioridad registral (ver SSTS 470/1994,

de 23 de mayo; 169/1995, de 6 de marzo; 717/2006, de 7 de julio; 74/2007, de 8 de febrero; 1230/2008, de 15 de enero, y 1230/2008, de 15 de enero).

No obstante, el Tribunal Supremo, siguiendo la vía iniciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en su sentencia de 21 de febrero de 2013 (C-561/11), va a hacer una interpretación extensiva de la protección otorgada por el artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, al primer titular registral de la marca.

Recordemos que, en su sentencia de 21 de febrero de 2013, el TJUE había respondido a una petición de decisión judicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante y n.º 1 de Marca Comunitaria, en el marco de una acción por violación de marca comunitaria y de una acción de declaración de nulidad de marca que enfrentaba a dos federaciones de cinología, una internacional (FCI) y otra española (FCIPPR). La cuestión planteada se basaba en conocer si el derecho exclusivo que confiere el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, al titular de una marca comunitaria puede ser opuesto a un tercero titular de una marca comunitaria registrada con posterioridad, incluso si esta última marca no ha sido anulada.

El problema, como apunta el abogado general MENGGOZZI en sus conclusiones presentadas el 15 de noviembre de 2012, no es totalmente nuevo. La cuestión del conflicto de derechos ya fue tratada por el TJUE, en su sentencia del 16 de febrero de 2012, en el asunto *Celaya Empananza* (C-488/10) respecto a los diseños y modelos. En dicha sentencia, el TJUE optó por un sistema diferente al de la «inmunidad registral del titular», declarando el derecho de prohibir la utilización de un dibujo o modelo comunitario por terceros, incluidos aquellos titulares de un dibujo o modelo comunitario registrado posteriormente. Si bien, como señala MENGGOZZI, el control registral *ex ante* respecto a las marcas comunitarias es más severo, esto no excluye el riesgo de registros que lesionen derechos anteriores, por lo tanto, una solución similar sería perfectamente válida.

Tal es también la conclusión a la que llega el TJUE en su sentencia de 21 de febrero de 2013. El razonamiento del TJUE va a reposar en el hecho de que el artículo 9, apartado 1, no establece una diferencia según el tercero sea o no titular de una marca comunitaria (p. 33). El registro del titular de la marca posterior puede, efectivamente, deberse a diversos factores, entre otros a que el titular de la marca anterior no se haya opuesto formalmente a la misma o a que su oposición no haya sido examinada por la Oficina de Armonización del Mercado Interior («OAMI») por razones procesales, tal y como sucedió en el caso en cuestión. Además, de una interpretación amplia del 54 del Reglamento (CE) n.º 207/2009, puede deducirse que, antes de que sobrevenga la caducidad por tolerancia, el titular de una marca comunitaria está facultado, durante 5 años, tanto para solicitar ante la OAMI la nulidad de una marca comunitaria posterior como para oponerse al uso de la misma mediante una acción por violación de la marca ante un tribunal de marcas comunitarias (p. 35). Todo ello sin olvidar que «ni el artículo

12 del Reglamento, relativo a la limitación de los efectos de la marca comunitaria, ni ninguna otra disposición del Reglamento establece expresamente una limitación del derecho exclusivo del titular de la marca comunitaria en favor del tercero titular de una marca comunitaria posterior» (p. 36).

Si bien, como recuerda el Tribunal Supremo, «esas argumentaciones se utilizaron para responder a una cuestión prejudicial referida a una situación de conflicto entre dos marcas comunitarias», las mismas son extrapolables al caso presente con base en la aplicación de la regla de la interpretación conforme, más aún teniendo en cuenta que las normas del Reglamento 207/2009 sobre la marca comunitaria coinciden sustancialmente con las de la Directiva 2008/95/CE de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

El Tribunal Supremo procede, en consecuencia, a estimar el recurso interpuesto por Denso Holding y Denso Química, S.A., casar la sentencia recurrida y, en su lugar, estimar la apelación de las demandantes, reconociendo sus pretensiones respecto a las marcas en conflicto.

Esta solución, tan perturbadora en principio, no es más que la consagración del principio de prioridad registral frente a la mera titularidad, es decir, el retorno a uno de los principios clásicos de la protección de los derechos de propiedad industrial: *prior in tempore, potius in iure*. Como subrayaba el abogado general MENGOZZI en sus conclusiones, «al elegir cuál de los derechos conferidos por las dos marcas en conflicto, la anterior y la posterior, debe prevalecer, no es posible, [...], hacer caso omiso de uno de los principios fundamentales que informa el sistema de protección establecido en materia de marcas y constituye un principio fundamental universalmente reconocido en el ámbito de los derechos de propiedad industrial en general, es decir, del principio de prioridad».

Por último, es pertinente señalar que esta sentencia del Tribunal Supremo parece acorde con los vientos reformadores europeos (propuestas de modificación del Reglamento [CE] n.º 207/2009), que pretenden fortalecer y consolidar la función esencial de la marca, es decir, garantizar a los consumidores la procedencia del producto.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos afirmar, a modo conclusivo, que esta sentencia es un claro ejemplo de cómo una profunda interpretación teleológica es la única vía válida para una evolución coherente del derecho.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA  
Doctoranda  
Universidad de Salamanca  
[vserrania@usal.es](mailto:vserrania@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),  
713/2014, de 22 de octubre [ROJ STS 4317/2014]**

**DELITO CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.  
CONTAMINACIÓN POR RUIDO**

El Tribunal Supremo mantiene la calificación jurídica de la sentencia dictada en primera instancia como delito contra los recursos naturales del artículo 325 del CP con la agravante de actuar sin autorización del 326.1 CP. El recurrente alegó la indebida aplicación de dichos preceptos por estimar que su conducta no es subsumible en los elementos del tipo por dos razones: que la conducta carece de la «gravedad» del peligro y que la falta de actuación de la Administración ante las denuncias de los vecinos le ha generado una falta de «consciencia» sobre la existencia de la infracción, que debería excluir la apreciación del elemento *dolo* requerido por el tipo. Sí admite la concurrencia del elemento normativo de reenvío, pues «no cabe duda que se infringieron las normas administrativas sobre la emisión de ruidos».

La Sentencia aborda un tema especialmente polémico en el ámbito de la delincuencia ambiental: la contaminación acústica. Hasta la reforma del Código Penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre, la tendencia de los tribunales era a la exclusión del ruido del ámbito de las formas de contaminación encuadrables en el artículo 325 CP. Valga como muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 31 de octubre (ROJ SAP A 415/1997), que rechazó que fuera permisible una interpretación amplia del término «emisiones» para incluir a los ruidos, porque eso supondría realizar una interpretación analógica, contraria al sistema penal de garantías. Cabe destacar el impulso del Tribunal Supremo a la penalización de estas conductas. La primera sentencia del Tribunal Supremo en este sentido es la 52/2003, de 24 de febrero (ROJ STS 1220/2003), donde se señala que «el ruido aparece como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente» y su doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores. Todo ello amparado en una sólida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9-XII-1994; Asunto López Ostra contra el Reino de España; *requête* n.º 16798/90) y del Tribunal Constitucional (Sentencia 119/2001, de 24 de mayo; *BOE* n.º 137, de 08-VI-2001) que ha determinado la vigente redacción del artículo 325 y su expresa mención al ruido como factor contaminante con relevancia penal.

En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo abunda en la caracterización del resultado típico exigido por el artículo 325, que adopta la categoría de «peligro hipotético», categoría intermedia entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto, cuyos rasgos más sobresalientes son los siguientes:

- 1.º) No exige la producción de un resultado de peligro efectivo, cierto y empíricamente constatable (como sucede con el peligro concreto). Es decir, no es necesario comprobar que el objeto de la acción (el sistema natural en este caso) se haya encontrado en el radio de acción efectivo de la conducta de contaminación y que respecto a ese objeto se haya producido un peligro real de lesión.
- 2.º) No basta para su apreciación la mera verificación de la vulneración normativa sobre la materia ambiental para entender consumado el tipo (como sucede con el peligro abstracto). Es decir, en los delitos de peligro hipotético no se incorpora la presunción de peligro por la mera comisión de una conducta que vulnera las normas administrativas ambientales de reenvío.
- 3.º) ¿Qué es lo que requiere?: verificar que la acción descrita en el tipo presenta una idoneidad objetiva para llegar a producir una lesión al equilibrio de los sistemas naturales, que es el bien jurídico tutelado; es decir, se ha de realizar un juicio *ex ante* de peligrosidad de la acción específica, pero sin requerir que en el caso concreto se materialice efectivamente y de modo constatable ese peligro sobre el objeto de la acción. Como dice la propia Sentencia reseñada: ha de ser un «comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro». Y así, esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida en que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta.

Esta estructura presenta ventajas frente a la fórmula de peligro concreto o a la de peligro abstracto. Respecto a la primera, tiene la virtualidad de facilitar la tarea probatoria. No hay que entrar en la dificultosa prueba de la causalidad entre la acción contaminante y la futura pero inminente lesión concreta, sino que basta con verificar la idoneidad o capacidad de la conducta contaminante para producir un estado gravoso para el equilibrio ambiental. Respecto a la segunda, tiene la ventaja de evitar la confusión entre las infracciones penales y las administrativas, con sus indeseables consecuencias de formalización o funcionalización del tipo, ya que la sola contravención de la normativa administrativa no supone que se complete la tipicidad delictiva. Es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el equilibrio del sistema natural.

Además de lo anterior, debe predicarse la «gravedad» del perjuicio hipotético. La gravedad es un elemento valorativo y excesivamente ambiguo, que hace preciso que desde la jurisprudencia se deban suministrar criterios que lo cubran de contenido. Realmente los peligros para la seguridad jurídica y la taxatividad de la conducta con relevancia penal se concentran especialmente en esta exigencia, ya que como reconoce

el propio TS se «atribuye a los tribunales una labor de concreción» (Sentencia del Tribunal Supremo 194/2001, de 14 de febrero). Por ello, designa como guías para completar ese juicio valorativo el de la intensidad del acto contaminante, la mayor o menor probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, la magnitud de la lesión posible en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., o la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo. En este caso concreto, se ha estimado que la gravedad se integra por los parámetros de la intensidad y duración del ruido.

Dicho lo anterior, cabe destacar que la propia Sentencia acentúa el dato de que el bien jurídico protegido no es necesariamente la salud de las personas como destinataria del eventual riesgo derivado del comportamiento del autor. Es más, insiste en que, cuando ese riesgo para la salud concurre, será apreciable el tipo agravado del último inciso del artículo 325. El bien jurídico respecto al que se proyecta el juicio de peligrosidad es el equilibrio natural y, sin embargo, resulta sorprendente que la Sentencia centre todos sus esfuerzos en constatar que el ruido producido es idóneo para perturbar la salud de los vecinos, sin entrar a valorar la aptitud de esa conducta para alterar el equilibrio ambiental de la zona. Con ello, el Tribunal ha concluido que en el caso enjuiciado se dan los elementos del tipo básico del delito del artículo 325, por contaminación acústica, sin haber tomado en consideración la aptitud de esa emisión de ruidos respecto al equilibrio de las condiciones ambientales de ese lugar, dando un salto cualitativo en su argumentación, al plegar todos los datos probatorios a la incidencia que la conducta ha tenido sobre la salud de los ciudadanos y no sobre el medio ambiente como debería haberse hecho.

Finalmente, y respecto al elemento dolo, la Sentencia rechaza el argumento del recurrente de que la falta de actuación administrativa le generó la convicción de actuar lícitamente y que, en consecuencia, su conducta no es dolosa y, tras recalcar que esa inactividad de la Administración es reprochable y que pudiera serlo penalmente, considera que hay una clara actitud consciente en el recurrente, puesto que tras las denuncias de los vecinos, el Ayuntamiento ordenó el cierre del establecimiento, orden que no fue acatada por el acusado, quien incluso llegó a solicitar posteriormente una autorización administrativa para utilizar los aparatos de sonido que le fue denegada.

Nuria MATELLANES RODRÍGUEZ  
*Profesora Titular de Derecho Penal*  
*Universidad de Salamanca*  
[nuriam@usal.es](mailto:nuriam@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda),  
145/2014, de 22 de septiembre**

**[BOE n.º 261, de 28-X-2014]**

**INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES EN DEPENDENCIAS POLICIALES**

El Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo interpuesto por D. Fernando Ariel Ávila frente a las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por las que se le condenaba a sendos delitos de asesinato agravado, detención ilegal, robo con violencia e intimidación en las personas y tenencia ilícita de armas.

Por el Juzgado de instrucción n.º 5 de Zaragoza se decretaba, por auto de fecha 14 de marzo de 2007, en el ámbito de las Diligencias Previa incoadas para la investigación de los hechos, la instalación de artificios técnicos de escucha, grabación de sonido e imagen en los calabozos de la Comisaría de Policía que ocupen los detenidos a fin de escuchar las conversaciones que tengan lugar entre ellos durante el tiempo de su detención y que puedan afectar a la muerte violenta de Alberto Díaz Marín, especificando dónde no deben colocarse las escuchas como es la habitación o dependencia donde el detenido deba entrevistarse con su abogado.

Dicha intervención de comunicaciones es validada por la Sala II del Tribunal Supremo (STS 513/2010, de 2 de junio) al entender que si, en base al criterio de proporcionalidad y con la adecuada motivación, puede intervenir una conversación telefónica de una persona en situación de libertad, incluso no imputada, no menos podrá hacerse ello en relación a personas privadas de libertad e imputadas por delito cuya gravedad justifica tal intervención, máxime cuando la misma hace referencia expresamente a la muerte violenta de Alberto Díaz Marín.

Se alza el recurrente en amparo alegando la ilicitud de las escuchas realizadas en los calabozos policiales durante la detención. A su juicio, era obligado y no fue satisfecho el deber de informar a los detenidos del derecho constitucional a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a conocer el motivo de la detención (art. 24.2 CE), a la vez que mantiene que, pese a los intentos de las resoluciones recurridas para encontrar el amparo a esas escuchas en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es patente la falta de previsión legal que les sirva de soporte, habiéndose dado una interpretación extensiva de la Ley en materia tan sensible como la indicada. Por ello, considera vulnerados los arts. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva; 24.2 CE, en sus vertientes de derecho a un proceso con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, y 18.3 CE, derecho al secreto de las comunicaciones.

En definitiva, lo que se está planteando es la legitimidad y regularidad de la intervención de las conversaciones verbales en dependencias policiales, al entenderse carente de cobertura legal la resolución judicial que la autoriza (art. 18.3 CE).

Debe partirse de que las resoluciones judiciales impugnadas encontraron cobertura legal para la adopción de la medida en normas penitenciarias y en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual «asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Concretamente, a juicio del Tribunal Supremo, como sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas, las insuficiencias del precepto legal podían ser suplidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, así como por las previsiones de la Ley General Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario.

Ante ello, señala el Tribunal Constitucional que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.) precisa, además, una habilitación legal, teniendo en cuenta que la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por tanto, la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

Partiendo de dichas garantías concluye el Tribunal que ni el artículo 579.2 LECrim que citan las resoluciones judiciales impugnadas ni la normativa penitenciaria a la que igualmente aluden habilitan la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales.

En el presente caso, no es que el Tribunal rechace que la doctrina jurisprudencial pueda suplir los déficits de la regulación contenida en el artículo 579.2 LECrim, es que mantiene que «abierta e inequívocamente» la norma invocada no regula una intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos. Dicho de otra manera, no estamos ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la calidad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley.

Ello es así, a juicio del Tribunal, porque el citado artículo 579.2 LECrim se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención, como las que aquí resultan controvertidas; ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía y singularidad normativa.



En consecuencia, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre insuficiencia de la regulación legal en materia de comunicaciones telefónicas, y la posibilidad de suplir los defectos de la Ley, no puede ser trasladada a un escenario de injerencia en el secreto de las comunicaciones en el que no exista previsión legal alguna, o en el que, cuando menos, tal regulación no se corresponde con la que se identifica y cita en las resoluciones recurridas. La normativa penitenciaria no puede regir en un marco extrapenitenciario ni está pensada para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza.

De todo lo expuesto se deduce que las grabaciones en dependencias policiales resultaron contrarias al artículo 18.3 CE, deviniendo nula la prueba obtenida por ese cauce. No obstante lo expuesto, añade finalmente, el resto del material probatorio que fue tenido en cuenta para fundamentar el fallo condenatorio no guardaba relación con dichas grabaciones en comisaría, por lo que la vulneración reseñada debe comportar únicamente la imposibilidad de valoración de tales conversaciones, pero no la del resto del material probatorio.

Alicia GONZÁLEZ MONJE  
*Profesora Asociada de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[alicia.g.monje@usal.es](mailto:alicia.g.monje@usal.es)

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),**  
**850/2014, de 26 de noviembre**  
**[ROJ: STS 5174/2014]**

**EXTRACCIÓN DE SMS DEL TELÉFONO MÓVIL SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

La insuficiente regulación que de la intervención de las comunicaciones hace nuestra LECrim, de 1882, es algo sobradamente conocido. Y ello no sólo en lo relativo a la intervención telefónica, sino, en pleno siglo XXI, en lo que se refiere a las llamadas comunicaciones telemáticas. Numerosos han sido los intentos de los distintos Gobiernos por introducir en nuestra legislación procesal una reforma profunda e integral en la materia que permita su adaptación al avance imparable de las nuevas tecnologías (abordando el último de ellos la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución), sin que hasta la fecha haya prosperado ninguno de ellos.

Las lagunas en la materia, que, según la sentencia que se va a analizar, afectan a la calidad democrática de nuestro sistema de investigación penal, han tratado de ser suplidas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, con el propósito de establecer un equilibrio entre el esclarecimiento de actividades delictuales, tan necesario para el mantenimiento del orden social y la seguridad ciudadana, y la salvaguarda al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que son fundamento del orden político y de la paz social (STC 281/2006, de 9 de octubre, y STS 766/2008, de 27 de noviembre).

En este ámbito se mueve precisamente la sentencia analizada, valorando la licitud de la extracción de SMS de un terminal telefónico de una menor fallecida, por parte de sus progenitores, valiéndose de un tercero y sin autorización judicial.

En la presente resolución, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 18 de febrero de 2014, por la que se condena a siete acusados a penas que suman 59 años de prisión, por delitos contra la salud pública, inducción a la prostitución y corrupción de menores.

Contra la mencionada sentencia, se alza en casación uno de los condenados, alegando vulneración al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución. Según el recurrente, dicha vulneración se habría producido al extraer los padres de la menor fallecida los SMS recibidos por ésta en su teléfono móvil, con la ayuda de un informático y sin autorización judicial. Siendo así que es a través de estos mensajes como se obtiene el número de teléfono del recurrente, que posteriormente es intervenido con autorización judicial.

Entiende el recurrente que es a partir de esta prueba, que considera ilícita, como se obtienen los datos que le incriminan y acaban con su condena, por lo que argumenta que la totalidad de la prueba de cargo existente contra el mismo se encuentra viciada por su conexión de antijuridicidad con la prueba inicialmente obtenida de forma ilícita.

En relación a la obtención de los SMS del terminal telefónico, comienza la Sala por reconocer que la intervención de las comunicaciones telemáticas carece de regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico, laguna que es preciso subsanar con la máxima urgencia, dada la relevancia de los derechos fundamentales e intereses generales en conflicto. La vía utilizada para ello ha sido, de manera reiterada, la asimilación de las comunicaciones telemáticas al régimen de las intervenciones telefónicas, lo que implica, con carácter general, la exigencia de autorización judicial sujeta a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Entiende la Sala que la intervención telefónica del terminal del condenado recurrente no está antijurídicamente conectada con la obtención de los SMS del teléfono de la menor fallecida por parte de sus progenitores, pues la base fáctica relevante para acordar judicialmente dicha intervención procede de una declaración testifical, la cual proporciona datos del desarrollo de una actividad delictiva de acentuada gravedad por parte del recurrente, a lo que hay que añadir que el número de teléfono del traficante, una vez identificado por la testigo, podría haber sido obtenido policialmente por otras vías, como es habitual.

En cuanto a la licitud o ilicitud de los SMS obtenidos por los padres de la menor, una vez fallecida ésta, el Tribunal desestima su ilicitud. Equipara las copias de los mensajes recibidos y transmitidos por la menor, que pueden ser borrados del terminal una vez leídos, pero fueron guardados, a la correspondencia que puede ser conservada por la joven entre sus papeles privados. Como tales está amparada por el derecho constitucional a la intimidad; pero, una vez fallecida, sus herederos legítimos, en este caso, sus progenitores, suceden a la fallecida en todos sus derechos y obligaciones, conforme al artículo 661 del Código Civil.

Es, por tanto, en la condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, que se produce el acceso proporcional de los padres de la menor fallecida a sus documentos privados, con la finalidad de conocer a los responsables de haberle proporcionado las drogas que acabaron ocasionando su muerte, y, en su caso, promover el castigo de los responsables, no considerando la Sala que con ello se produzca injerencia alguna en el derecho a la intimidad de la menor.

Respecto a la repercusión que tales hechos pudieren tener en el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, el mismo alega como fundamento de su recurso que los SMS fueron enviados por él a la fallecida y viceversa, y que se encontraban guardados en el terminal telefónico de ésta, porque sólo a ella iban dirigidos, y

sólo entre ellos se mantenía la comunicación, sin que hubiera exteriorización de dichas comunicaciones por ninguno de los interlocutores.

El Tribunal aduce que es sabido que el artículo 18 de la Constitución no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a un tercero. Por ello y en consecuencia, los sucesores legítimos del receptor, titulares de sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin que por ello se vulnere ningún precepto constitucional.

Alicia GONZÁLEZ MONJE  
*Profesora Asociada de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[alicia.g.monje@usal.es](mailto:alicia.g.monje@usal.es)

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/2013, FOA contra KL

#### **LA OBESIDAD NO CONSTITUYE CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL**

El TJUE resuelve en esta Sentencia la decisión prejudicial planteada por el sindicato danés FOA en nombre de un trabajador que fue despedido. Se pretende obtener una interpretación acerca del contenido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El trabajador había celebrado un primer contrato temporal como cuidador infantil con un organismo dependiente de la administración pública danesa para atender en su propio domicilio a niños, contrato que dos años después se convirtió en una relación indefinida durante quince años, hasta que el ahora demandante fue objeto de despido.

En este asunto confluye un factor admitido por ambos litigantes, cual es el estado de obesidad del trabajador, contrastado según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, elaborada por la OMS. Resulta incontrovertido en el relato de los hechos que sus circunstancias particulares le llevaron a intentar perder peso al inicio de la relación individual indefinida, recibiendo para ello una subvención pública, objetivo que consiguió transitoriamente, aunque luego volvió a recuperarlo. Dicho proceso fue seguido por la responsable de los cuidadores infantiles, pudiendo comprobar que no se habían obtenido resultados favorables.

Sin embargo, surge aquí un segundo dato al que es preciso atender de forma prioritaria, y que parece alcanzar una mayor repercusión en lo que fue el devenir de los acontecimientos: se redujo en un 25% el número de niños que necesitaban ser atendidos; en concreto, en lugar de cuatro niños le fueron asignados tres. En vista de que esa tendencia continuaba progresando, fue necesario prescindir de uno de los cuidadores, en este caso del trabajador demandante, el cual fue informado convenientemente de su próximo despido y al que se le ofreció el preceptivo trámite de audiencia obligatoria para que formulara las alegaciones pertinentes, sin que en ningún momento salieran a relucir posibles motivos de obesidad como el detonante de la extinción contractual. Ello no obstante, y en una conversación con la responsable de los cuidadores, el tema del sobrepeso se trató indirectamente, sin que quedara acreditado que fuera un elemento trascendental a la hora de acordar la decisión de despedirle, algo con lo que el trabajador no estuvo de acuerdo, pues entendió que era ésta la sola razón y no una disminución en la necesidad de efectivos. En apoyo del trabajador, el sindicato

FAO interpuso recurso jurisdiccional en el que sostenía la existencia de discriminación por razón de obesidad y la petición de que fuera indemnizado por daños y perjuicios. Debido a la peculiaridad de dicha interpretación, el tribunal danés decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE cuatro cuestiones prejudiciales: ante la falta de una previsión expresa de la obesidad como eventual causa de discriminación, el tribunal acordó consultar acerca de esta posibilidad y de si la Directiva 2000/78 la configura como una forma de discapacidad.

El TJUE es claro en este sentido: ni el TUE ni el TFUE contienen en cuanto a tal una prohibición de discriminación por motivos de obesidad. Tampoco el derecho derivado, concretado en la Directiva 2000/78 lo menciona, por lo cual, y como primera conclusión, no sería procedente realizar una aplicación analógica extensiva a otros tipos de discriminación no expresamente contemplados en los diferentes instrumentos normativos comunitarios.

En cuanto a la hipotética consideración de la obesidad como una discapacidad, la Directiva engloba a esta última dentro de la esfera de la limitación para desempeñar una tarea en plenitud de facultades, siendo así que las dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo sean susceptibles de impedir la participación efectiva de una persona en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, independientemente de que tal circunstancia haya sido buscada de propósito o no por la propia persona. Para el TJUE, en principio la obesidad no puede considerarse discapacidad. Sólo si tal motivo afectara a esa participación plena en la vida profesional (movilidad reducida, patologías asociadas que dificultaran o impidieran en su totalidad prestar su trabajo) nos encontraríamos ante una discapacidad. Pero eso es algo que, en opinión del TJUE, corresponde valorar al tribunal nacional, quien deberá además determinar si es la parte demandada la que ha de demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

En conclusión, en esta sentencia el TJUE se pronuncia sobre el alcance del principio de no discriminación, que no permitiría incluir analógicamente la obesidad como elemento de prohibición, y establece una vinculación directa entre obesidad y discapacidad solo si la primera acarrea consecuencias graves para el adecuado desempeño de una actividad profesional. En nuestra opinión, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por parte del tribunal nacional no era imprescindible, toda vez que en el asunto que se sustanciaba no aparecía de modo evidente una intencionalidad discriminatoria por parte del empleador: en ningún momento fue advertido el trabajador de que su sobrepeso estuviera dificultando el cumplimiento de sus obligaciones laborales; simplemente, y por motivos económicos, parece que suficientemente acreditados, fue necesario prescindir de un trabajador, al que ya con carácter previo se había aligerado de tareas por esa misma motivación. El demandante no demuestra en ningún momento la correlación entre el despido y su situación personal, y se acoge a una pretendida conducta discriminatoria ejercida sobre él para intentar dejar

sin efecto la extinción del contrato. Por eso, el TJUE es especialmente cuidadoso en este sentido y se limita únicamente a resolver aspectos conceptuales, incluso en el apartado relativo a la resolución del fondo del asunto, dejando a la normativa interna del Estado danés la determinación del contenido de las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

María Cristina POLO SÁNCHEZ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[polo@usal.es](mailto:polo@usal.es)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno),  
de 22 de diciembre de 2014  
[ROJ STS 5504/2014]

**LA REFORMA LEGAL DE LA ULTRAATIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO  
A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO:  
¿PUEDE SER PEOR EL REMEDIO QUE LA ENFERMEDAD?**

I. La esperada intervención del Tribunal Supremo ante el callejón sin salida creado por la reforma laboral de 2012

Uno de los aspectos estrella de la reforma laboral de 2012, y de los más controvertidos sin duda, es el de la pérdida de vigencia del convenio colectivo estatutario trascurrido un año desde su denuncia sin haberse alcanzado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, a menos que se hubiera dispuesto algo distinto por los negociadores del correspondiente convenio colectivo de manera originaria o de forma sobrevenida. Es lo que se conoce como el fin de la ultraactividad del convenio colectivo estatutario, regulada con carácter dispositivo por el artículo 86.3 ET, producto de la reforma laboral de 2012, tras el cuestionamiento de la institución por parte de la reforma laboral de 2011.

Aspecto estrella de la reforma de 2012 trillado desde entonces por buena parte de la doctrina laboralista más prestigiosa –entre otros muchos, ALFONSO MELLADO, CASAS BAAMONDE, DURÁN LÓPEZ, GOERLICH PESET, MOLINA NAVARRETE, SALA FRANCO, SEMPERE NAVARRO–, con posturas discrepantes y con una gran carga de argumentos conceptuales de altura al servicio de un problema práctico de importancia superlativa. Destacan entre las muchas obras escritas las dos siguientes: MOLINA NAVARRETE, C. 2014: *Escenarios de «pos-ultraactividad» del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*. Albacete: Bomarzo, y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E. 2013: «La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, 2013, núm. 29.

Problema práctico de importancia superlativa derivado de la relativamente habitual inexistencia de convenios colectivos de ámbito superior al decaído que pudieran pasar a regular, con el carácter normativo que se atribuye en el Ordenamiento español a los convenios colectivos estatutarios, las relaciones laborales de los trabajadores y empresarios hasta ese momento regidos por el convenio colectivo decaído, sin vigencia ultraactiva por utilizar la terminología al uso. En consecuencia, ausencia de regulación vía autonomía colectiva del grueso de las condiciones de trabajo, con todo lo que ello conlleva o puede conllevar. Ante tal escenario de aparente laguna legal, estaban más que servidas la discusión doctrinal y la desbordante litigiosidad. Y a la vista de que sobre este aspecto de la reforma laboral no se cernía duda alguna de constitucionalidad, se esperaba como agua de mayo la intervención del Tribunal Supremo.



## II. La solución contractualista dada por el Tribunal Supremo

Era muy consciente el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de enfrentarse no ya al caso más importante del año 2014, que también, sino a un genuino *leading case*. De ahí que entre la fecha del fallo, 22 de diciembre de 2014, y la de la redacción y publicación de la sentencia transcurriera más de un mes.

Sin entrar en el detalle de los argumentos técnicos o conceptuales manejados por el Tribunal Supremo, lo que a todas luces escapa del espacio reducido de este comentario, lo relevante es dejar constancia aquí de que el alto tribunal español se alinea con los defensores de la tesis que el propio tribunal llama conservacionista –contractualista suele también decirse–, defendida por buena parte de la doctrina y mantenida, entre otros, por los Superiores de Justicia del País Vasco, de Cataluña y de las Islas Baleares. Tesis en virtud de la cual, y a diferencia de la denominada tesis rupturista a la que después se hará referencia, las condiciones de trabajo del convenio estatutario sin vigencia normativa deben continuar aplicándose con carácter contractual a los trabajadores ya contratados en el momento de la pérdida *ex lege* de la mencionada vigencia normativa, a la espera bien de la conclusión de un nuevo convenio colectivo, bien de modificación unilateral *ex artículo 41 ET*, bien de novación contractual, aunque esto último no lo diga expresamente el Supremo. Y sin cubrir, qué remedio, a los trabajadores contratados con posterioridad, para los que la autonomía individual *ex artículo 1255 CC* asumiría un rol protagonista.

Como era de esperar, a la vista de los antecedentes doctrinales y judiciales del tema, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se fragmenta, dando lugar a la sentencia votada por la mayoría –8 a 6– y a varios votos particulares, dos de ellos concurrentes y otros dos discrepantes, con especial protagonismo del voto discrepante redactado por el magistrado Sempere Navarro, partidario de la tesis rupturista, en virtud de la cual el convenio colectivo decaído no podría continuar aplicándose en bloque con carácter contractual, dejando abierta la puerta a eventuales soluciones de respeto de determinadas condiciones de trabajo que se vinieran disfrutando, en particular el salario, si bien siempre desde premisas distintas de las contractualistas.

Por cierto, abre esta sentencia un nuevo frente para los procesalistas finos, el hecho de que mientras en el fallo 8 magistrados votan en un sentido y 6 en otro «incluido el Presidente de la Sala», en la argumentación solo 6 de los 8 magistrados están de acuerdo. ¿Cabría sostener en estas circunstancias, más allá de la solución del caso concreto, la existencia de jurisprudencia?

## III. ¿Puede ser peor el remedio que la enfermedad?

Vaya por delante que pese a la inquietante pregunta que abre este epígrafe se comparte la solución adoptada por la mayoría del Supremo, aunque se discrepe de la argumentación conceptual empleada –FJ 3.C–, en particular de la contractualización *ab origine* de las condiciones pactadas en los convenios colectivos estatutarios, por

no hablar de la contractualización también *ab origine* de las condiciones contenidas en las normas estatales *lato sensu*. A buen seguro, esta discrepancia –y otras más presentes en los votos particulares–, con el consiguiente maremoto conceptual que tiene detrás, consumirá mucho papel y muchos *bits* a partir de ahora, debiendo este comentario dejar solo apuntado el río de «tinta» que se avecina. En el momento en que esto se escribe, principios de febrero de 2015, resulta obligado remitir al brillante comentario jurisprudencial de MOLINA NAVARRETE, C. 2015: «Lagunas y antinomias del régimen legal de ultra-actividad de convenios: líneas de integración y corrección por el “Derecho vivo”». *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 2. Asimismo, MONTOYA MELGAR, A. 2015: «Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 173.

Como con buen criterio expresa el profesor MOLINA NAVARRETE en la obra citada en el párrafo anterior, podía haber llegado el Tribunal Supremo a la misma solución conservacionista de las condiciones de trabajo del convenio sin vigencia normativa, pero por un camino conceptual o técnico menos arriesgado. El camino de la contractualización no *ab origine* sino sobrevenida, una vez acaecida la finalización de la vigencia normativa *ex lege*. Contractualización como remedio de la laguna legal existente y con fundamento en principios generales del Derecho como la equivalencia de las prestaciones, la conservación del negocio jurídico y las exigencias derivadas de la buena fe. Principios a los que habría de añadirse la especial significación de la autonomía colectiva en materia laboral. Y todo ello a partir del sustrato contractual que hay en todo convenio colectivo.

Habrà que esperar al siguiente pronunciamiento del Supremo, que no habrá de tardar mucho, para comprobar si se abandona o no el peligroso camino de la plena y original contractualización de las condiciones de trabajo contenidas en los convenios colectivos e incluso en las normas estatales *lato sensu*. Y es que ese camino no se sabe muy bien adónde conduce y permite preguntarse si no será peor el remedio que la enfermedad.

A modo de coda, y pese al sabor agridulce que tiene esta sentencia, hay que dejar constancia de la llamativa disonancia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria a la hora de afrontar los litigios capitales derivados de la reforma laboral de 2012, a saber, complaciente la primera –ATC 43/2014, STC 119/2014 y STC de 15 de enero de 2015– e incisiva la segunda. Se dirá, con razón, que las diferentes perspectivas de aproximación de una y otra explican en parte la disonancia. Y el resto de la explicación se deja para el agudo lector.

Juan Bautista VIVERO SERRANO  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad de Salamanca  
Responsable de la sección de Jurisprudencia  
de Trabajo y Derecho (Wolters Kluwer)

### Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno)

#### ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dictó su Dictamen 2/13, con el que se pronunció con objeto de examinar la compatibilidad entre el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de los Derechos Humanos (PAA) y los Tratados constitutivos de la Unión. Como ya hiciera en 1996 (con su Dictamen 2/94), el TJUE ha vuelto a bloquear –o al menos a retrasar– la posibilidad de que la Unión Europea se adhiriera al citado Convenio. El Pleno del Tribunal se ha apartado, así, de todas las alegaciones presentadas por los Estados miembros y por la Comisión Europea, así como por la Abogada General Kokott, quienes sostenían –con matices aquí o allí– que el PAA era conforme con los Tratados.

La declaración de incompatibilidad con los Tratados ha sido todo un giro inesperado por parte de la curia luxemburguesa, y ha sido acogida con comprensible estupor por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), y ha sido calificada por su Presidente, Dean Spielman, como una «gran decepción» (*vide* su Informe Anual 2014, versión provisional, p. 6).

En primer lugar, el Tribunal afirma en su argumentario que ya se ha resuelto el problema de la falta de base jurídica para la adhesión, que fue el fundamento para el dictamen de 1996, puesto que el Tratado de Lisboa ha previsto –de hecho, ordenado– la adhesión de la Unión al Convenio de Roma, reformando el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en ese sentido.

Pero este primer punto positivo se diluye de inmediato. El Tribunal ha aprovechado todos y cada uno de los posibles obstáculos –ciertamente muchos y variados, pero ninguno insalvable– que podían derivarse de la adhesión, para rechazar el PAA sometido a su examen. El argumento central de Luxemburgo ha sido que el PAA no respeta suficientemente las características específicas de la Unión, equiparándola *in totum* a los otros Estados firmantes del CEDH. A tal efecto, el TJUE afirma –con la evidente intención de adelantarse a las críticas que estaban por venir– que los derechos de los ciudadanos europeos están ya suficientemente protegidos por sus Constituciones nacionales, por la jurisprudencia del propio Tribunal y, muy especialmente, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuerda, en ese sentido, que la misma es ahora Derecho primario de la Unión, y que los derechos contenidos en el CEDH forman parte también del ordenamiento jurídico comunitario como principios generales y como base de numerosos artículos de la Carta.

Repasaremos, de manera forzosamente sucinta, los argumentos esgrimidos por el TJUE para declarar la oposición del PAA a los Tratados. Un grupo inicial de razones

se refiere a las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión. La primera de tales razones es que el PAA no contiene ninguna disposición orientada a coordinar el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales, lo que podría poner en peligro el nivel de protección –generalmente más alto– que la Carta establece, así como los principios de primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. Seguidamente, el Tribunal considera que el proyecto examinado también puede hacer peligrar el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, al exigir el Convenio que cada uno de ellos verifique el respeto, por parte de los demás, de los derechos y libertades convencionales. En tercer lugar, dentro de este grupo, el TJUE se refiere al Protocolo 16 al CEDH, que aún no ha entrado en vigor. Tal Protocolo permitirá a los más altos órganos jurisdiccionales de los Estados signatarios solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el CEDH o sus Protocolos. El TJUE teme que este Protocolo pueda dar lugar a una suerte de *forum shopping* entre Luxemburgo y Estrasburgo, afectando a la eficacia del procedimiento de remisión pre-judicial que es el buque insignia del Tribunal de Justicia.

Cabe señalar que, en nuestra opinión, ninguno de estos obstáculos eran realmente insalvables, y varios de ellos podían haberse sustanciado en las Reglas internas que deberá aprobar la Unión para adecuar la adhesión al CEDH a su ordenamiento interno. Así, por ejemplo, podía prever una prohibición para los Estados miembros en lo referente a someter al TEDH opiniones consultivas cuando esté en cuestión el Derecho comunitario.

La segunda línea de objeciones del TJUE giraba en torno al artículo 344 del TFUE. Según esa disposición del Derecho primario, los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados de la Unión a un procedimiento de solución distinto de los previstos en esos mismos Tratados –*i. e.*, recurrir únicamente al TJUE–. Puesto que el PAA deja abierta, en principio, la puerta para que los Estados miembros o la Unión planteen una demanda ante Estrasburgo cuyo objeto sea una presunta violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión en relación con el Derecho de la Unión, se está violando el citado art. 344 del TFUE. Aquí el Tribunal parece buscar una solución a un problema inexistente: desde que se creara la Unión Europea, ningún Estado miembro ha presentado asuntos interestatales contra otro ante Estrasburgo.

La tercera discrepancia entre el PAA y los Tratados señalada por el TJUE se refiere al novedoso «mecanismo de codemandado». A través del mismo, los recursos ante el TEDH podrían dirigirse contra la Unión y contra un Estado miembro, lo que permitiría una defensa conjunta por ambos. El TJUE ha estimado que, puesto que es el TEDH quien decide cuándo se dan las circunstancias para que una parte se convierta en codemandada, se podría vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Parece olvidar el Tribunal luxemburgués que sus colegas

estrasburgueses disponían, en virtud del PAA, de un margen de actuación muy estrecho, limitado a evaluar si era «plausible» que se dieran las condiciones necesarias para activar el mecanismo de codemandado.

La penúltima objeción del TJUE se refería al procedimiento de intervención previa establecido en el PAA, que no incluía la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado, lo que vulnera, a su entender, sus atribuciones de acuerdo a los Tratados.

Finalmente, la cuestión más compleja se refiere a la tutela judicial en materia de política exterior y de seguridad común (PESC), donde el Tribunal de Justicia tiene una competencia muy limitada, por voluntad de los Estados expresada en los Tratados. Esta situación podría producir que el TEDH conociese de cuestiones en el marco de la PESC sobre las que el TJUE no tuviera control jurisdiccional. Se trata de la argumentación más inquietante del Dictamen 2/13. Puesto que la PESC no puede excluirse del conocimiento de Estrasburgo –el CEDH prohíbe en su artículo 57 reservas de carácter general–, la única otra opción a la vista sería reformar los Tratados para ampliar la competencia del TJUE en materia PESC, lo que podría retrasar años –quizá para siempre– la adhesión de la Unión al Convenio de Roma.

En suma, una decisión controvertida y preocupante la del Tribunal de Justicia, que perpetúa incomprensiblemente la «cojera» del sistema de protección jurisdiccional de los derechos en Europa y que tendrá sin duda consecuencias aún imprevisibles.

Daniel GONZÁLEZ HERRERA  
*Doctorando en el Programa de Doctorado  
Estado de Derecho y Gobernanza Global  
y Máster en Estudios de la Unión Europea  
Universidad de Salamanca  
[danielgh20@hotmail.com](mailto:danielgh20@hotmail.com)*



## **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](mailto: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 FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.<sup>ª</sup> 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.