

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 1

Número 1

Junio 2013

eISSN: 2340-5155

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/issue/view/688>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 1

| Número 1

| Junio 2013

| eISSN: 0000-0000

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 BELLO KNOWLES (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)

Diego Pablo FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'études politiques de Paris, Francia.

Codirector de Global Governance Studies)

Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)

Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)

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

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

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia

Antonia DURÁN AYAGO (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

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

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

Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)

Marta DEL POZO PÉREZ (Universidad de Salamanca, España)

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

Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)

Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)

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

Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)

Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)

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

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

Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)

M.^a José ROCA FERNÁNDEZ (Universidad Complutense de Madrid, España)

Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)

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

Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología),

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



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 1

| Número 1

| Junio 2013

| eISSN: 0000-0000

SECRETARÍA DE REDACCIÓN:

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS)
Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

CONTACTO

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (Director)
Dr. Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Secretario)
Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España)
Teléfono: +34 923 29 44 41
Correo-e: ais@usal.es

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

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

Propiedad intelectual de la revista «ARS IURIS Salmanticensis» (AIS)

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

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

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

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

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf

Maquetación: Intergraf

Corrección de pruebas: Eloísa Revilla



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 1

| Número 1

| Junio 2013

| eISSN: 0000-0000

ÍNDICE

EDITORIAL 5-6

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. La mediación en la mente del legislador,
por Pablo Sánchez Martín 9-15
2. Género y reformas legales. (La crisis económica como excusa),
por Inmaculada Montalbán Huertas 17-24
3. Aproximación y visión crítica del Anteproyecto de Reforma de la Ley de
Justicia Gratuita,
por Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro 25-32
4. Criminología ambiental: un área en expansión,
por César San Juan Guillén 33-38

ESTUDIOS

1. Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la
facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma
laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular),
por Manuel Carlos Palomeque López 41-67
2. Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción
de derecho definido como facultad o potestad («derecho subjetivo»),
por Alejandro Guzmán-Brito 69-91
3. El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos,
por Antoni Vaquer Aloy 93-115

| | |
|---|---------|
| 4. La audacia del Derecho (Notas prácticas sobre la protección de los consumidores en el marco del Derecho y la Jurisprudencia de la Unión Europea), <i>por José María Fernández Seijó</i> | 117-133 |
| 5. El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012, <i>por Josep M. Tamarit Sumalla</i> | 135-156 |

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

(JULIO-DICIEMBRE 2012)

| | |
|---|---------|
| Derecho Administrativo..... | 162-168 |
| Derecho Constitucional | 168-170 |
| Derecho Financiero y Tributario | 170-186 |
| Derecho Internacional Privado | 186-192 |
| Derecho Mercantil | 193-204 |
| Derecho Penal..... | 204-208 |
| Derecho Procesal | 208-213 |
| Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social..... | 214-219 |

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(JULIO-DICIEMBRE 2012)

| | |
|---|---------|
| Derecho Administrativo..... | 226-232 |
| Derecho Civil | 232-235 |
| Derecho Constitucional | 235-241 |
| Derecho Financiero y Tributario | 241-247 |
| Derecho Internacional Privado | 247-252 |
| Derecho Internacional Público | 252-256 |
| Derecho Mercantil | 256-264 |
| Derecho Penal..... | 264-272 |
| Derecho Procesal | 272-275 |
| Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social..... | 276-281 |



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 1

Número 1

Junio 2013

eISSN: 0000-0000

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL 5-6

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. Mediation in the mind of the legislator,
Pablo Sánchez Martín 9-15
2. Gender and legal reforms (the economic crisis as an excuse),
Inmaculada Montalbán Huertas 17-24
3. Approach and critical view of the preliminary draft of the Ley de
Justicia Gratuita,
Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro 25-32
4. Environmental criminology: an expanding field,
César San Juan Guillén 33-38

ARTICLES

1. An under suspicion path: Towards the creation of employment through
facilitating and cheapening of dismissals (on the 2012 labour law reform
from the Partido Popular Government),
Manuel Carlos Palomeque López 41-67
2. Brief historical relationship on the formation and development of the
concept of law defined as a right or a power,
Alejandro Guzmán-Brito 69-91
3. The European Soft Law in Spanish case-law: twelve cases,
Antoni Vaquer Aloy 93-115

| | |
|---|---------|
| 4. The Audacity of Law (Practical notes on consumer protection under the European Union legislation and case-law), <i>José María Fernández Seijó</i> | 117-133 |
| 5. The needed impulse of restorative justice after the European Directive of 2012, <i>Josep M. Tamarit Sumilla</i> | 135-156 |

LAW REVIEW

(JULY-DECEMBER 2012)

| | |
|--------------------------------|---------|
| Administrative Law | 162-168 |
| Constitutional Law | 168-170 |
| Tax Law Derecho | 170-186 |
| International Private Law..... | 186-192 |
| Commercial Law | 193-204 |
| Criminal Law..... | 204-208 |
| Procedural Law | 208-213 |
| Labour Law | 214-219 |

CASE LAW

(JULY-DECEMBER 2012)

| | |
|--------------------------------|---------|
| Administrative Law | 226-232 |
| Civil Law | 232-235 |
| Constitutional Law | 235-241 |
| Tax Law | 241-247 |
| International Private Law..... | 247-252 |
| International Public Law..... | 252-256 |
| Commercial Law | 256-264 |
| Criminal Law..... | 264-272 |
| Procedural Law | 272-275 |
| Labour Law | 276-281 |

Editorial

ARS IURIS Salmanticensis, Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, ve la luz en el año 2013, como miscelánea interdisciplinar, con la firme intención de servir de cauce de expresión e intercambio científico entre juristas, politólogos y criminólogos del continente europeo y americano. De esta manera, **ARS IURIS** pretende mostrarse como epígono digital de la labor tradicionalmente desarrollada por el viejo Estudio universitario salmantino, puente de unión y lugar de encuentro entre orillas geográficamente distantes pero culturalmente tan próximas. Y más allá del intercambio estrictamente académico, la revista se abre también a los distintos profesionales del Derecho, de la Ciencia Política y de la Criminología, en un afán por superar la secular y –por qué no decirlo– un tanto trasnochada visión disgregadora de la teoría y la práctica en las ciencias jurídicas y sociales.

La revista se presenta exclusivamente en *formato electrónico* y tiene *periodicidad semestral*, apareciendo los meses de junio y diciembre de cada año. Es editada por *Ediciones Universidad de Salamanca*, la editorial más antigua de España (1486), al tiempo que una de las más modernas en el proceso de adaptación al ineludible entorno digital. Es de acceso libre desde el sitio web de la editorial (www.eusal.es).

La revista se estructura en *cuatro secciones*: (I) Tribuna de Actualidad; (II) Estudios; (III) Crónica de Legislación; (IV) Reseñas de Jurisprudencia. La sección *Estudios* pretende potenciar los trabajos de pensamiento, reflexión y análisis general de cuestiones relevantes de las tres disciplinas objeto de la revista: el Derecho, la Ciencia Política y la Criminología. Las secciones *Tribuna de Actualidad*, *Crónica de Legislación* y *Reseñas de Jurisprudencia* contienen información correspondiente a los semestres naturales anteriores a

la publicación de cada número (v. gr. julio-diciembre de 2012; enero-junio de 2013).

Los trabajos de las secciones *Tribuna* y *Estudios* podrán presentarse en cualquiera de las *lenguas científicas* generalmente admitidas, si bien se dará preferencia a los trabajos en castellano, portugués e italiano (aunque se admitan también en inglés, francés y alemán), debiendo presentarse cada uno de ellos con título (en el caso de la sección *Tribuna*), sumario, resumen y palabras clave (en el caso de la sección *Estudios*) traducidos al inglés, para facilitar el acceso a la revista y sus contenidos por parte de toda la comunidad internacional.

Se someterán a *evaluación mediante el sistema de doble ciego por pares académicos* europeos e iberoamericanos exclusivamente los trabajos destinados a la sección *Estudios*. Los evaluadores serán expertos de las respectivas áreas ajenos al organigrama de la revista. El proceso se hará garantizando el anonimato del autor y concluirá con un informe motivado que le será notificado.

—— TRIBUNA DE ACTUALIDAD ——

La mediación en la mente del legislador

Pablo Sánchez Martín

Magistrado

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

1. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente un año que se publicó el Real Decreto-Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, posteriormente convalidado, promulgándose la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Su andadura o puesta en marcha está resultando lenta, y la misma más parece deberse a la iniciativa de determinados grupos y/o entidades que a los poderes públicos. Dicha circunstancia puede achacarse a diferentes factores.

De un lado, no basta con promulgar una ley de mediación, hace falta también darla a conocer, como también es necesario poner los cimientos para fomentar una cultura más proclive a solucionar los conflictos por medio del diálogo. Es cierto que entre determinados sectores, esencialmente aquellos que se desenvuelven en una esfera cercana al ámbito de los litigios judiciales o a los conflictos (de mayor o menor enjundia jurídica), la nueva normativa sobre la mediación está teniendo una amplia repercusión. Sin embargo, dicha repercusión no parece que tenga el mismo calado

en los sectores de la sociedad que serían más proclives a hacer uso de este procedimiento de solución de conflictos. El justiciable sigue sin saber, en la mayoría de los casos, que existe una modalidad para resolver el conflicto en que él mismo va ser el protagonista, no delegando la resolución de la controversia a un tercero; y quienes conocen su existencia suelen tener una vaga idea de en qué consiste dicho procedimiento, que en muchas ocasiones poco tiene que ver con la realidad de la mediación (pues poco o nada les dice la posibilidad de autocomposición del conflicto), así como se suele desconocer lo que se pretende en la mediación y qué se espera de ellos en la mediación.

Otro de los aspectos que pueden resultar preocupantes es la concepción que de la mediación se desprende del análisis que se hace de dicha institución en la Exposición de Motivos de la citada Ley 5/2012.

No es infrecuente escuchar que el procedimiento judicial no suele ser el cauce adecuado para dar respuesta a los conflictos planteados, por cuanto el juez (y las partes) se ve encorsetado en unos procedimientos rígidos, poco flexibles, y debe dar respuesta con base en las normas jurídicas, normas que pueden resultar inadecuadas para resolver la controversia, por cuanto en ocasiones en el procedimiento judicial se deja de lado el aspecto personal de la controversia. Se incide en el aspecto adversarial del proceso judicial, que suele agravar más el conflicto subyacente, aun cuando se dé una respuesta (jurídica, claro está) al mismo, frente a la pacificación del conflicto que suele atribuirse al procedimiento de mediación. No obstante «se olvida con todo ello que el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir ese mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible»¹. Ciertamente que al proceso judicial se le pueden achacar algunos defectos, pero no por eso deja de ejercer su función como garantía de los derechos de los ciudadanos, dando respuesta a la controversia que se plantea en el mismo.

De otro lado, es necesario poner de manifiesto que los planteamientos aludidos en defensa de la mediación frente al proceso judicial parecen olvidar que procedimiento judicial y mediación han de ser considerados como dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, aunque muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes deben poder optar por acudir libremente a una u otra vía para solucionar sus controversias.

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 realiza una serie de consideraciones que merecen un, cuando menos, somero análisis, pues de las mismas parece desprenderse que el legislador asume algunos de los planteamientos citados para hacer una apuesta decidida a favor de la mediación frente al proceso judicial.

1. NIEVA-FENOLL, Jordi. 2012: «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?». *Actualidad Civil*, septiembre, n.º 15, tomo 2: 1585.

2. IMPLANTACIÓN DE UNA JUSTICIA DE CALIDAD

En el preámbulo de la ley se alude a que «una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y a la vez compleja. En este contexto... destaca la mediación que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia».

Ciertamente no puede negarse que una de las funciones del Estado de Derecho es garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, pero para ello es necesario dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos necesarios para que la respuesta judicial sea rápida y eficaz².

Si realmente se dan esas circunstancias, sí cabría entender o calificar a la mediación como un medio complementario para la resolución de conflictos, por cuanto es esencial que las partes en conflicto conozcan no solo la existencia del proceso judicial (conocimiento que se presume), sino también la existencia del procedimiento de mediación para solventar sus conflictos. Pero lo que es más importante es que no se obligue o induzca a las partes a hacer uso del procedimiento de mediación, por carecer de un sistema judicial capaz de dar una respuesta rápida y eficaz al problema que se le plantea.

En enero de 2012 el Ministro de Justicia decía, al defender la implantación de la conocida como Ley de Tasas, que hay un abuso en el acceso a los tribunales. Sin embargo, cabría recordar que «el abuso de un derecho no excluye su legitimidad». No cabe poner trabas al acceso a los tribunales para resolver controversias, ello sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia de potenciar la mediación, como sistema para la resolución de conflictos. Pero es indispensable que las partes acudan a dicho procedimiento de mediación de forma absolutamente voluntaria, y no porque se «induzca» u «obligue» a las partes a acudir este procedimiento de mediación, por mor de insistir en la idea de que el acceso a la Administración de Justicia es muy costoso, la solución que se dé será indefectiblemente tardía, y será necesariamente peor que el acuerdo que se alcance en mediación. No cabe confundir los incentivos que puedan establecerse para que las partes acudan a este medio para solucionar sus conflictos, con la coacción que, de forma más o menos consciente, parece pretenderse para inducir a las partes a evitar el acceso a los tribunales.

2. «Un factor sumamente importante [...] está constituido por la actividad del legislador, que con frecuencia cada vez mayor interviene para regular –y a veces para imponer– el recurso a diferentes formas de mediación... En varios ordenamientos [...] la razón de esta intervención del legislador está en la crisis profunda que caracteriza el funcionamiento de la justicia civil *pública* y en la incapacidad del mismo legislador para ponerle remedio». TARUFFO, Michele. 2009: *Una alternativa a las alternativas: Modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 115.

Así, en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (conocida como Ley de tasas judiciales) se establecen determinados supuestos para favorecer el recurso a la mediación. En el artículo 7, al regular la determinación de la cuota tributaria, se incluyen únicamente la ejecución extrajudicial y la oposición a la ejecución de títulos judiciales. En consecuencia, la interposición de demanda ejecutiva para dar cumplimiento a un acuerdo de mediación elevado a escritura pública (que goza del carácter de título ejecutivo) no está sujeta al pago de la tasa, pues no se contempla en dicho precepto.

De otro lado, el apartado 5 del artículo 8 prevé la devolución del 60% del importe de la cuota de la tasa cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. El hecho de que la exención opere en el mismo porcentaje con independencia de en qué momento procesal se haya alcanzado el acuerdo puede dar lugar a controversias, pues ciertamente no se genera el mismo coste a la administración si las partes suspenden el proceso judicial en un momento inicial, o bien avanzado el proceso.

Cuestión distinta es, como prevé el apartado 2 del artículo 395.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Disposición Final 3.ª de la Ley 5/2012, presumir la mala fe siempre que, previo a la interposición de la demandada, se hubiera iniciado procedimiento de mediación, pues con ello se desconoce uno de los principios de la mediación, cual es la voluntariedad, que se recoge expresamente en el artículo 6 de la Ley 5/2012, según el cual, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. No parece muy coherente que se proclame la voluntariedad de la mediación, al tiempo que se sanciona a quien, voluntariamente, se aparta de la misma.

3. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Se habla así mismo en la Exposición de Motivos de la citada Ley 5/2012 de la mediación como instrumento complementario (en realidad lo califica de «alternativo») de la Administración de Justicia.

No cabe duda de que procedimiento de mediación y proceso judicial han de ser absolutamente compatibles, en el sentido de que no puede obligarse a nadie que acuda a la mediación para solventar sus controversias, pero tampoco pueden ponerse trabas a quien decida acudir a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial, pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva.

No puede olvidarse que procedimiento judicial y mediación son dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, pero muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes puedan optar libremente por acudir a una u otra vía.

Siguiendo al profesor Martín Diz³ el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución es barrera infranqueable en este sentido; ninguna norma puede prohibir expresamente a un ciudadano la posibilidad de acudir a la jurisdicción para la tutela de sus derechos e intereses. Del mismo modo, ninguna norma puede imponer exclusivamente, como medio de solución de un litigio o conflicto, un método extrajudicial. En consecuencia la compatibilidad entre los medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales de solución de conflictos debe ser total.

4. CONEXIÓN CON LA JURISDICCIÓN

Según se infiere de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, se pretende, con la ordenación de la mediación, garantizar su conexión con la jurisdicción ordinaria. Para cumplir dicho objetivo, se precisa esencialmente una adecuada regulación de tres aspectos fundamentales, cuales son: la figura del mediador, y más concretamente su estatuto y formación; la interrelación del procedimiento de mediación y del procedimiento civil, con la finalidad de evitar disfunciones entre ambos procedimientos; y, finalmente, es necesaria una adecuada regulación de la integración del acuerdo que se alcance a través de un procedimiento de mediación en el procedimiento de ejecución, para garantizar el efectivo cumplimiento del acuerdo en aquellos supuestos en que no sea cumplido de forma voluntaria, total o parcialmente, por una de las partes.

Por lo que respecta al mediador, su función va a ser esencial para la eficacia de la mediación. Como señala Pascual Ortuño «no hay mediación, sino buenos mediadores». Para ello será necesario que el mediador despliegue sus conocimientos y habilidades para lograr el entendimiento entre los sujetos de la mediación. Pero tales conocimientos y habilidades no son inherentes a la persona. Será necesaria una adecuada formación para que el mediador pueda realizar su función de forma adecuada y eficaz.

No obstante, la Ley 5/2012 tan solo regula los principios que han de guiar la actuación profesional del mediador (artículos 7, 8 y 9), y en su artículo 11 establece los requisitos para poder ejercer como mediador, si bien se constata una absoluta falta de previsión para dotar de contenido, tanto la preparación específica inicial del mediador, como la formación continua posterior, y así nada se concreta respecto de los cursos que deberá realizar el mediador, cuál sea el contenido mínimo de los mismos y su duración, en su caso, como tampoco se concreta cuáles sean las «instituciones debidamente acreditadas» que vayan a impartir tales cursos específicos

3. MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 37.

de formación o qué requisitos se van a exigir para tal acreditación⁴. Es por ello que, con el panorama actual, y en tanto no se concreten aspectos como los reseñados, el control de calidad de la mediación a que alude el artículo 4 de la Directiva 2008/52/CE no deja de ser, hoy por hoy, una mera aspiración difícil de concretar tanto a nivel teórico como práctico.

Sobre las demás cuestiones, tan solo señalar, respecto de la primera de ellas (la interrelación del procedimiento de mediación y del procedimiento civil), que es necesario que el acceso a la mediación no suponga un obstáculo para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a los sujetos en conflicto pues, de un lado, con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto no cabe limitar o poner obstáculos al libre acceso a los tribunales. Y, de otro, debe facilitarse el acceso a la mediación sin merma de los derechos de las partes.

Finalmente, en cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación señalar que, si bien los acuerdos de mediación, en un alto porcentaje, se suelen cumplir de forma voluntaria, quedaría falta de contenido la Ley de Mediación si no regulase esta cuestión, en previsión de posibles incumplimientos. La Directiva 2008/52/CE, en su considerando n.º 19, viene a señalar que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la voluntad de las partes; y es por ello que en su artículo 6 establece que «Los Estados miembros garantizarán que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo resultante de una mediación». Y a ello dedica la Ley 5/2012 el Título V.

5. CONCEBIR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMO ÚLTIMO REMEDIO

Como última cuestión a tratar de las consideraciones que se extraen de la Exposición de Motivos no puede obviarse la mención a la, desde mi punto de vista,

4. La Disposición final octava de la Ley 5/2012 prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, pueda determinar la duración y contenido mínimo de los cursos que deban realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria, así como la formación continua que deban recibir. Sin embargo, hasta la fecha aún no se ha promulgado la norma que lo desarrolle, si bien en el último borrador de fecha 13 de noviembre de 2012 se señala, en el artículo 4, que la formación específica del mediador deberá completar la que corresponda al mediador en función de su titulación, añadiendo en su apartado 2.º que la formación específica deberá proporcionar a los mediadores conocimientos suficientes para el ejercicio de la mediación, comprendiendo [...] sus aspectos jurídicos, psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. El artículo 5 fija una duración mínima de la formación específica de 50 horas.

desafortunada expresión relativa al hecho de pretender concebir el acceso a los tribunales como último remedio.

Como ya se ha dicho, el acceso a la mediación ha de ser absolutamente libre y voluntario. Dado que uno de los ejes fundamentales de la mediación es la voluntariedad, si a la mediación no se acude de forma absolutamente voluntaria, se desnaturaliza dicha institución.

Si realmente se pretende que la mediación se perciba como una posible vía de solución de controversias distinta del proceso judicial, sería conveniente que se implantase, de una vez por todas, una Administración de Justicia de calidad que pueda dar una respuesta a los conflictos en un plazo razonable (algo impensable actualmente en la mayor parte de los órganos judiciales dada la sobrecarga de trabajo que soportan). En ese caso sí podría estimarse, sin temor a equívocos, que las partes en conflicto podrían optar por una u otra vía (procedimiento judicial o de mediación) con absoluta libertad, valorando las ventajas de una u otra opción; sin verse abocados a elegir una u otra vía en función de los inconvenientes que plantea, fundamentalmente, el acceso a los tribunales.

De otro lado, no basta solo con legislar para que la mediación se instaure de forma efectiva como un procedimiento de resolución de conflictos, es necesario además que los ciudadanos conozcan la existencia de este mecanismo y tengan facilidad para poder acceder al mismo, pues si se desconoce su existencia o no se facilita de forma adecuada el acceso a los servicios de mediación, es muy poco probable que las partes acudan a este sistema para intentar solucionar sus controversias, y seguirán optando por acudir a la vía judicial, no tanto por convencimiento, sino por desconocer otras formas posibles de solucionar el conflicto.

Género y reformas legales. (La crisis económica como excusa)

Inmaculada Montalbán Huertas

Magistrada. Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidenta del Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

1. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar la exposición para la que he sido invitada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, debo expresar mi agradecimiento y aprovechar esta oportunidad para reconocer, de manera pública, la calidad y rigor de sus estudios sobre la violencia de género y perspectiva de género; así como el compromiso de dicha institución con la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

Estas líneas solo pretenden ser una reflexión en estos momentos de vorágine en la producción de normas y leyes. Nuevas normas que pueden afectar directamente a un marco jurídico ya preestablecido y ajustado a los instrumentos internacionales suscritos por España y construido, fundamentalmente, con la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género 1/2004 y con la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

El frenesí legislativo de esta época en el ámbito de la Administración de Justicia plantea varias interrogantes. Se utilizan razones de «eficacia y racionalización» como justificación de estas nuevas medidas legales. Palabras que suenan muy bien y resultan

adecuadas en épocas de crisis económicas, muy tecnócratas; pero que, en definitiva, valen para cualquier decisión: ¿quién no quiere conseguir sus objetivos o quién no quiere aumentar el rendimiento reduciendo los costos?

Para alumbrar otras posibles razones, quizá haya que responder preguntas más elementales: por qué y para qué. La sobreproducción legislativa a la que asistimos, la mayoría por el trámite de urgencia, sin el necesario consenso previo de los diferentes actores de la política, no propicia el debate sosegado en el diagnóstico y búsqueda de medidas en aras de la paz social.

En lo que afecta a la normativa específica en violencia de género las reformas –anunciadas o instauradas– señalan el camino de la invisibilización de la perspectiva de género y anuncian nuevos obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia.

Y como muestra bastan, de una parte, las anunciadas reformas del Código Penal, que eliminan la consolidada mención de «delitos relacionados con la violencia de género», al regular las prohibiciones, deberes y medidas en las suspensiones de penas sustitutivas.

De otro lado, las leyes recientemente aprobadas de «eficiencia» presupuestaria en la Administración de Justicia y de tasas judiciales crean barreras para el acceso a la tutela judicial efectiva; que, de manera más específica, afectará a las mujeres.

2. ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: RIESGO DE INVISIBILIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su Exposición de Motivos, utiliza el criterio de la «eficacia» como una de las razones o motivos de sus medidas, muchas de las cuales afectan al ámbito de la respuesta penal contra la violencia de género. La proyectada reforma –se dice– pretende dotar a la justicia penal de mayor eficacia y para ello introduce importantes modificaciones en la regulación de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad y suprime las faltas como categoría penal con sustantividad propia.

Si bien las figuras de la prisión permanente revisable y la custodia de seguridad han polarizado el debate social y han tenido mayor eco en los medios de comunicación –cuya constitucionalidad, por cierto, ha sido cuestionada en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013–, en mi opinión el anteproyecto contiene otras propuestas que constituyen un revisionismo de la normativa específica en violencia de género. Normativa específica que ha situado a España como referente internacional en el abordaje integral de este fenómeno criminal.

Destacan estas doce conclusiones del informe elaborado por el Grupo de Expertos/as en violencia de género del Consejo General del Poder Judicial (GEEVG documento 21-12-2012), y que fueron remitidas a todas las instituciones que integran el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (OVDyG):

2.1. En relación a la proyectada despenalización de la vejación injusta de carácter leve en violencia de género

Resulta cuestionable la despenalización de la vejación injusta de carácter leve en el ámbito de la violencia de género y se sugiere su conversión en delito leve. Su destipificación provocaría la impunidad de tales acciones y la desprotección de las víctimas, ya que no podría dictarse orden de protección en estos casos.

Las vejaciones injustas suelen ser la primera manifestación del ciclo de la violencia de género en el ámbito de la pareja. En la actualidad, en torno al cuarenta por ciento de las sentencias de faltas condenatorias dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son por vejaciones injustas. Si se elimina el reproche penal no sería posible, en muchos casos, romper la cadena del maltrato ante sus primeros síntomas.

2.2. En relación a la proyectada reinstauración de la multa en los delitos de violencia de género

El informe del CGPJ considera adecuado el mantenimiento del criterio actual, que exceptúa el recurso a la multa cuando se trata de delitos de violencia de género, a fin de evitar las repercusiones negativas que la imposición de la multa al agresor supondría para la mujer maltratada. Aconseja eliminar del catálogo de medidas sustitutorias la de multa cuando se trata de un delito relacionado con la violencia de género.

2.3. Exclusión de la mediación

El Consejo considera aconsejable recoger de forma expresa la exclusión de la mediación en los supuestos de violencia de género. Así lo establece el art. 44 de la Ley Integral contra la violencia de género 1/2004, de 28 de diciembre (art. 87 ter 5 de la LOPJ); la Recomendación 3.9.1 del Manual de Legislación de Violencia sobre la Mujer elaborado en el año 2010 por Naciones Unidas, y el artículo 48 del convenio del

Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

La expresa exclusión en el texto penal de la mediación en delitos relacionados con la violencia de género cierra el paso a una eventual interpretación de la tácita derogación del art. 87 ter 5 de la LOPJ.

La mediación es incompatible con las situaciones de violencia por varias razones. Dos básicas: primero, porque no existe igualdad ni equilibrio entre las partes; y segundo, porque la violencia es incompatible con la «neutralidad e imparcialidad» exigida al mediador, que no puede permanecer indiferente ante situaciones de dominio, temor y coacción.

Efectivamente, quien ejerce la violencia intenta doblegar la voluntad de la mujer y, de otro lado, las mujeres que han sufrido maltratos reiterados suelen presentar estrés postraumático, deterioro de autoestima y sentimientos de culpa que las hacen más vulnerables.

Existen más argumentos contrarios a la mediación en casos de violencia de género, como los siguientes.

- **La mediación supone minimizar lo sucedido en el pasado y permitir que los agresores no asuman responsabilidad por su comportamiento.**
- No puede garantizar la seguridad personal de las mujeres maltratadas. Uno de los factores más decisivos asociados con la violencia de género es la decisión de las mujeres de separarse y divorciarse y mantener la custodia de los hijos. En este contexto, se produce riesgo de nueva agresión tras las entrevistas y riesgo de utilización de los menores, sin que se pueda garantizar la seguridad personal.
- Implica derivar la violencia a ámbitos extrajudiciales e informales, lo que supone cuestionar el sistema policial y judicial de protección, así como reducir los derechos y la seguridad de las víctimas, después de los largos esfuerzos por hacer salir la violencia al ámbito de lo público.

2.4. Respecto a la supresión de la agravante de cometer el delito de violencia habitual sobre la mujer en presencia de menores o en el domicilio

El prelegislador no da ninguna explicación de la supresión de estas circunstancias agravantes en el delito de violencia habitual, manteniéndolas, sin embargo, para el maltrato puntual y las amenazas puntuales. Se considera necesario su mantenimiento en el delito más grave de violencia habitual.

2.5. Propuesta de mejora técnica en la redacción actual de los tipos penales relativos a violencia de género

El informe considera aconsejable que la reforma ponga fin a la diversidad de criterios que actualmente existe sobre la necesidad o no de acreditar un elemento finalista en los delitos relacionados con la violencia de género, como es el ánimo de dominio, y que está dando lugar a resoluciones dispares.

2.6. Omisión de la obligación de no cometer delito en el plazo de la suspensión

Al regularse las prohibiciones, obligaciones y medidas de la suspensión de la pena, se omite que el penado no puede cometer un delito durante el plazo de la suspensión. El informe considera que esto debe ser subsanado ya que la no comisión de delito alguno en ese plazo es inherente al instituto de la suspensión.

2.7. Sobre la suspensión de penas privativas de libertad por delitos de violencia de género

Es recomendable que la prohibición a la que puede condicionarse la suspensión (aproximarse a la víctima u otros miembros de la familia del artículo 83.1), se extienda también a *otras personas* y a la prohibición de comunicar con la misma o personas respecto de las que se establece la prohibición, tal y como contempla la regulación actual.

De otro lado, el anteproyecto excluye del artículo 83.2 los delitos del Título I (Del homicidio y sus formas). Sería necesaria su inclusión para imponer obligatoriamente las prohibiciones y deberes previstos en ese precepto cuando se trate de la comisión de un homicidio en grado de tentativa o bien cuando concurren circunstancias atenuantes o una muy cualificada que posibilite la suspensión de la pena.

2.8. Nueva regulación del delito de lesiones

El informe destaca que se suprime la referencia al «tratamiento médico o quirúrgico» –que en la actualidad diferencia la falta de lesiones del delito de lesiones– atendiendo el Anteproyecto, para las lesiones leves, a la «menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido». Ello no excluye los problemas de tipificación referidos a lo que haya de entenderse por «menor entidad».

La gran novedad en este delito se encuentra en la exigencia de denuncia previa para perseguir el delito de lesiones de menor entidad y el de maltrato que no sea violencia de género. En atención al bien jurídico protegido y entidad de la lesión, se está de acuerdo con la exigencia de denuncia previa en los supuestos de malos tratos, siempre que no se trate de violencia de género. Sin embargo, en los supuestos de las lesiones de menor entidad del artículo 147.2 CP se considera que debería ser suprimido este requisito de procedibilidad que es la denuncia.

2.9. Supresión de la excepción del régimen de denuncia previa en las amenazas y coacciones leves

Resulta conveniente el mantenimiento del régimen actual, así como la supresión de la pena de multa para estos casos.

2.10. Juzgados de Violencia sobre la Mujer

El informe considera conveniente estudiar posibles nuevas competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como, por ejemplo, el delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar impuesta por un delito de violencia de género, o el delito de acoso.

3. TASAS JUDICIALES: UN OBSTÁCULO ECONÓMICO PARA EL ACCESO DE LAS MUJERES A LA JUSTICIA

Esta iniciativa se presentó como una forma de «racionalizar» el acceso a la Justicia y quedó plasmada en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre. Esta ley, tramitada por el procedimiento de urgencia (en dos meses), recibió críticas unánimes de profesionales de la Justicia y de amplios sectores sociales. Fue reformada tres meses después por Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE 23 de febrero de 2013) y entrada en vigor el día 25 del mismo mes.

Esta ley estaba acompañada por el preceptivo Estudio de Informe de Impacto de Género (IEIG) –Ley 30/2003, de 13 de octubre– y de manera sorprendente se limitaba a una afirmación: «No existe impacto de género». Esta frase aparece sin diagnóstico del impacto de estas medidas sobre hombres y mujeres; sin explicar las razones o argumentos que concluían con tal aseveración y, en definitiva, con total desconocimiento

de que el IEIG es un instrumento obligatorio para la transversalidad del principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres y su presencia en las políticas públicas. Resulta claro que el legislador no tuvo interés alguno en conocer el impacto que la exigencia de tasas puede provocar en las mujeres. Tanto Eurostat como el Instituto Nacional de Estadística coinciden en que la distancia de las retribuciones de mujeres y hombres en 2010 se movía entre el 15 y el 16%.

El artículo 4 de la Ley de Tasas no exime del pago de las mismas a las víctimas de violencia de género que inician procesos matrimoniales o civiles para recomponer su esfera personal y patrimonial. Este hecho supone un claro obstáculo añadido para el acceso de las mujeres a la justicia y recibió numerosas críticas, que provocaron una modificación de la Ley de Asistencia Gratuita 1/1996, de 10 de enero, por el mismo Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero

Según el panorama normativo actual, las mujeres tienen obligación de pagar las tasas cuando interpongan demandas en procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio y exista oposición del marido o pareja; salvo que litigue exclusivamente sobre guarda, custodia y alimentos de menores, o bien tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita (AJG). Y tienen derecho a la AJG, con independencia de la existencia de recursos para litigar, las víctimas de violencia de género; no obstante, *el beneficio de justifica gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal*, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. Esto supone un quebranto para los derechos de las víctimas de violencia de género en los casos que el sistema penal no ha logrado recoger suficiente prueba de cargo y concluye con sobreseimiento provisional o libre o por sentencia absolutoria.

Las beneficiadas por insuficiencia de recursos para litigar serían aquellas, en general, con ingresos económicos brutos, computados anualmente, que no superen dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) que está fijado en 6.390,13 euros anuales para 2013. Pero aun siendo beneficiarias por insuficiencia de recursos, lo cierto es que la no exención del pago de tasas en procesos matrimoniales y derivados supondrá un obstáculo o traba para el acceso de las mujeres a la justicia. La normativa final genera más burocratización y deja abiertas cuestiones que generarán confusión, lo que aumentará la doble victimización y los daños añadidos que sufren las mujeres cuando acuden al sistema judicial.

Es el caso de la expresión «se les prestará de inmediato». El art. 2 LAJG, nueva letra g) incorporada por ese RDL, parece querer decir que a las víctimas de violencia de género se les prestará asistencia letrada desde el inicio, pero no especifica si incluye la fase policial –esto es, desde el momento mismo de la denuncia ante fuerzas y cuerpos de seguridad, como sería deseable– o se refiere al inicio del proceso judicial y desde el momento de la denuncia.

También deja sin resolver cómo proceder con las costas del procedimiento, cuando la víctima de violencia de género no obtenga una sentencia firme de condena respecto del acusado. Dice la norma que la beneficiaria de AJG «pierde» tal derecho desde el momento de la *sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal*; pero no aclara si estará obligada a pagar los gastos procesales ocasionados al contrario, porque el deber de pagar tales gastos, como costas, nace de la sentencia o auto en que el beneficiario es vencido.

La norma, en su actual redacción, no garantiza una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada, ni establece instrumentos para controlar la calidad del sistema.

4. CONCLUSIÓN

La crisis económica no justifica medidas que devuelvan la violencia de género al ámbito familiar o privado; no sirve de excusa para ignorar que el «género y la perspectiva de género» es un instrumento de análisis que permite aplicar las leyes para avanzar en roles igualitarios. Tampoco la crisis justifica el aumento de las trabas en el acceso a la justicia.

No podemos permitirnos retrocesos en este ámbito. España, hay que decirlo, está a la vanguardia de la lucha contra la violencia de género. Pocas cosas antes, en nuestra historia democrática, han tenido un consenso, una unanimidad tan aplastante como la lucha contra la violencia de género. Lo que hasta hace unas décadas era un problema privado, escondido en los llamados conflictos conyugales, la sociedad española lo ha convertido en un problema público y de derechos humanos.

Gracias a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, a la entrega de todas las instituciones públicas y asociaciones de mujeres comprometidas contra esta lacra, muchas víctimas han tenido una segunda oportunidad para comenzar de nuevo. Ahora corresponde seguir desarrollando y evaluando esta ley, junto con la Ley de Igualdad, no solo para mejorar la calidad de nuestra democracia; sino también –igual esto interese a economistas preocupados por la crisis– para aprovechar el talento y capacidad de la mitad de la población, que son las mujeres.

Aproximación y visión crítica del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Justicia Gratuita

Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro

Abogado. Exdecano del Colegio de Abogados de Salamanca

Expresidente de la Comisión de Justicia Gratuita del Consejo General de la Abogacía Española

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

El pasado 11 de enero, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita, abordando así una reforma largamente anunciada y también demandada por los diferentes intervinientes en la prestación de este servicio (administraciones competentes, colegios de abogados, profesionales, usuarios, etc.). Es lo cierto que transcurridos ya 17 años desde que la Ley 1/96 de 10 de enero viera la luz, resultaba necesaria una reforma que la adecuara a la actual realidad social y económica, a los distintos cambios legislativos operados, así como que abordara posibles disfunciones advertidas en el día a día de su aplicación.

Antes de entrar a valorar el contenido concreto del Anteproyecto, conviene destacar que nos referimos a una materia, la asistencia jurídica gratuita, de una singular trascendencia e interés para toda la sociedad y que se constituye como pilar fundamental en nuestro Estado de derecho, en tanto con ella trata de garantizar el acceso a la justicia a todas aquellas personas que carecen de recursos suficientes para litigar. Y aun cuando goza de un expreso reconocimiento en el art. 119 de nuestra Carta Magna, no puede obviarse que afecta de lleno a derechos constitucionales

fundamentales como son el de defensa, tutela judicial efectiva, asistencia letrada al detenido o igualdad de los ciudadanos ante la Ley. Materia que, por otra parte, adquiere una especial relevancia en estos momentos de ya larga y dura crisis económica en los que se materializan un mayor número de reclamaciones, así como hay más ciudadanos cuyas posibilidades económicas se han visto mermadas y se encuentran en los umbrales establecidos para el reconocimiento del derecho.

Hemos de partir, igualmente, del importante paso que, sin duda, supuso en su día la Ley 1/96 en la modernización entonces del servicio de justicia gratuita y que, entre sus principales novedades, adoptaba una regulación unitaria de la materia que acababa con la dispersión normativa existente hasta entonces; desjudicializaba toda la tramitación de reconocimiento del derecho, quedando no obstante el control jurisdiccional respecto de la resolución final del expediente; mejoraba los criterios de reconocimiento del derecho, sobre la base de unos límites cuantitativos objetivos pero dejando margen para analizar la eventual concurrencia de circunstancias excepcionales subjetivas; así como ampliaba el contenido del derecho en aspectos tales como el asesoramiento previo al proceso o la asistencia pericial que tan trascendente puede resultar en ciertos supuestos para la efectividad de la pretensión a ejercitar.

Sobre tales premisas y antecedentes y entrando ya de lleno en el análisis del Anteproyecto que nos ocupa, ha de subrayarse que el mismo, de forma plausible, *mantiene el modelo actual* en tanto que organizado y gestionado, fundamentalmente, por los Colegios de Abogados y prestado por abogados independientes adscritos al servicio. El hecho de que el legislador siga apostando claramente por este modelo no es sino buena prueba de la calidad y eficacia del servicio, que viene siendo reconocido como uno de los más avanzados y completos en el marco del derecho comparado, sin perjuicio de que, como todo, lógicamente, pueda ser susceptible de crítica, reforma y mejora en diversos aspectos.

Queda, de esta manera, obviado en el Anteproyecto cualquier otro sistema que en algunas ocasiones se ha llegado a plantear, siquiera dialécticamente, en orden a la llamada «privatización» o «externalización» del servicio o incluso su «funcionarización», de difícil implantación en nuestro país no solo por razones económicas y sociológicas, sino muy especialmente por lo que podría suponer de pérdida de calidad del servicio y de las condiciones de libertad e independencia en que los profesionales actualmente lo prestan.

Hoy día, más de 36.000 abogados y abogadas de oficio garantizan la defensa de las personas que carecen de recursos y llevan a cabo cientos de miles de actuaciones al año, en todas las demarcaciones territoriales y en todos los órdenes jurisdiccionales, «24 horas al día, 365 días al año» en lo que respecta a los servicios de guardia (violencia de género, asistencia al detenido y juicios rápidos).

Se mantiene también la «doble instancia» en la tramitación del expediente, con una primera resolución provisional por parte de los Colegios de Abogados que posteriormente es confirmada o revocada definitivamente por la comisión de asistencia jurídica gratuita, órgano administrativo de naturaleza mixta que integra administración y Colegios de Abogados y Procuradores, quedando igualmente el control jurisdiccional de dicha resolución administrativa.

En este punto y en orden a evitar la notable disparidad de criterios que, a la hora de reconocer o no el derecho, se venía observando entre las diferentes comisiones provinciales de asistencia jurídica gratuita –incluso de una misma comunidad autónoma–, el Anteproyecto prevé un llamado «Comité de consultas» que, aun sin carácter vinculante para evitar problemas competenciales entre CC. AA., pueda ciertamente servir de vehículo para sentar unas bases generales que eviten en la medida de lo posible tales divergencias. Al igual que prevé una «comisión de seguimiento» para analizar y evaluar el funcionamiento del servicio.

Es también importante y positivo que el Anteproyecto apueste de forma decidida por los medios electrónicos en la tramitación del expediente de reconocimiento del derecho, para las distintas comunicaciones y notificaciones como para dar cobertura legal al llamado «expediente electrónico», elaborado y desarrollado por la Abogacía y que se viene implantando paulatinamente (157.412 expedientes se tramitaron por esta vía en 2010; 245.890 en 2011; más de 375.000 en 2012).

Su aplicación, no cabe duda, evita molestias, trámites y demoras al ciudadano y a todos los intervinientes en tal expediente, ya que permite recabar, por vía telemática y de forma inmediata, los datos económicos de aquél de los diferentes organismos competentes (Agencia Tributaria, Seguridad Social, Catastro, etc.), sin necesidad de acudir físicamente a las respectivas oficinas.

Frente a la valoración sin duda positiva que supone, en términos generales, el mantenimiento del modelo vigente, con la apuesta hacia los medios electrónicos y hacia la unificación de criterios de las comisiones, en la parte negativa, de entrada, ha de rechazarse, frontalmente, la reiterada e injustificada vinculación del Anteproyecto a la denominada «Ley de Tasas» (Ley 10/2012, de 20 de noviembre), por cuanto la justicia gratuita es un derecho constitucional y como tal ha de sufragarse en todo caso por las Administraciones Públicas competentes, como de hecho siempre ha ocurrido.

Es por ello que no cabe ligar su financiación a una decisión del legislador de índole estrictamente recaudatoria, por otra parte, fuertemente contestada por la Abogacía y por la gran mayoría de operadores jurídicos en tanto limitativa cuando no impeditiva del derecho de los ciudadanos al acceso a los tribunales y al régimen de recursos, estos últimos especialmente penalizados por la misma. Ello con independencia ya de que en el fondo parece contraponerse a ciudadanos que pagan la justicia para que otros disfruten de ella.

Pues bien, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita insiste en esa vinculación con la Ley de Tasas, a modo, si se me permite la expresión, de «coartada» de la misma al punto de que en no pocos momentos parece tratarse realmente de la Exposición de Motivos de esta última, de lo que constituye buen ejemplo también el más reciente Real Decreto-Ley 3/2013 de 22 de febrero por el que se modifica el régimen de las tasas aprobado apenas tres meses antes –en un inusitado ejercicio de rectificación, por más que forzada e insuficiente y de reconocimiento de sus excesos–, de forma que en su Exposición de Motivos se reitera nuevamente la pretendida vinculación entre ambas disposiciones.

Y no solo eso, sino que se llega al punto de que por esta norma se adelanta la reforma de hasta 7 artículos de la actual Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que ya se incluían en el Anteproyecto de la Ley de Justicia Gratuita en lo que parece, más bien, un intento de tratar de tapar los huecos que había dejado la Ley de Tasas ante supuestos que habían sido objeto de una especial crítica como, por ejemplo, al no excluir de su pago a las mujeres víctimas de violencia de género o las altísimas tasas resultantes de accidentes con graves secuelas. Recordemos aquí también la falta de aprobación de los formularios correspondientes al pago de las tasas que demoró, de facto, la entrada en vigor de la tan cuestionada Ley de Tasas.

Para cualquier observador imparcial y desde un punto de vista ajeno por completo a toda vicisitud y connotación políticas, se trata de un ejercicio difícilmente superable de improvisación y precipitación en la tramitación de tan trascendentes disposiciones. Tampoco parece adecuado que una ley con vocación de permanencia se pretenda justificar en su Exposición de Motivos en base a tratar de garantizar un objetivo de déficit referido a un solo año, el 2014, lo que no deja de ser una visión demasiado cortoplacista.

Si el Anteproyecto es susceptible de crítica respecto de su justificación finalista, lo es igualmente desde el análisis de su contenido en tanto que, aunque incluye ciertas mejoras del sistema –introduciendo referencia expresa a la mediación y medios extrajudiciales de resolución de conflictos–, *resulta insuficiente y no resuelve determinados problemas o carencias de la actual regulación* como, por ejemplo, no incluye la vía previa en los ámbitos social y contencioso-administrativo, ni tampoco el servicio de orientación jurídica penitenciaria en favor de un colectivo especialmente vulnerable como es el de los presos.

Tampoco se garantiza la preceptiva intervención del abogado, en todo caso y desde el primer momento, en favor de la mujer víctima de violencia de género –aunque sí se le reconoce el derecho a ello, así como la asistencia jurídica gratuita para todos los procesos que se deriven, con independencia de sus posibilidades económicas–. Sin embargo, en el caso de trabajadores y beneficiarios de la seguridad social, se mantiene el reconocimiento del derecho *ex lege* en el orden social que ya

tenían si bien solo para la primera instancia, no así para los recursos como hasta ahora venía ocurriendo.

En este sentido y como reflexión general, el reconocimiento del derecho de justicia gratuita a ciertos colectivos y personas jurídicas, al margen de los recursos económicos de que dispongan y en unos u otros grados, quiebra el criterio general referido a la capacidad económica del solicitante y puede dar lugar a abusos o a situaciones injustas y/o discriminatorias entre personas o entre distintos colectivos, además de dificultar la viabilidad económica del servicio, siendo contradictorio con el objetivo que se expresa en relación a la situación económica actual y control del déficit presupuestario.

Igualmente es contradictorio con ello ampliar los límites de concesión del derecho en términos generales, debiendo precisarse, no obstante, que no es así para todos los supuestos como en algún caso se ha dado a entender, ya que realmente desciende el umbral económico aplicable cuando se trata de personas que no integran ninguna unidad familiar o dicho de otra forma, ésta la constituye un solo miembro.

En este sentido, una de las novedades del Anteproyecto, cuya entrada en vigor que ya se ha adelantado a través del antes citado Real Decreto-ley 3/2013 de 22 de febrero, es la de establecer una escala que diferencia, según el número de miembros que integren la unidad familiar –concepto que parece razonable–, el límite de ingresos económicos computables para el reconocimiento del derecho, sobre los que se aclara ahora que han de ser brutos y con la referencia del IPREM en lugar del salario mínimo interprofesional.

De esta forma y para observarlo gráficamente con los números resultantes, mientras que el límite actual estaba, en todo caso, en 14.910 euros anuales, ahora se reduce a 12.780 euros (2 IPREM) si el solicitante no integra ninguna unidad familiar, mientras que, por el contrario, se incrementa a 15.975 euros (2,5 IPREM) cuando la unidad familiar la integran 2 o 3 miembros y a 19.170 euros (3 IPREM) si son 4. En caso de circunstancias excepcionales se amplía también de los 29.821 euros anuales actuales a 31.950,65 euros (5 IPREM).

Especial hincapié hace el Anteproyecto en relación a la lucha contra el fraude y abuso del servicio, cuestión que no deja de ser en cierta medida un tópico y que en no pocas ocasiones se alega en esta materia de forma exagerada, cuando no demagógica. En primer término, ha de decirse que el grado actual de control y acceso respecto de los datos económicos de los solicitantes del derecho es muy elevado, así como la mayor parte de ellos, en especial en el orden penal, se puede observar *prima facie* que realmente son beneficiarios del derecho, por lo que el porcentaje de posible fraude es, de entrada, claramente minoritario.

Y, de otra parte, también ha de destacarse el hecho de que si existe algún fraude será porque éste existe ante otras administraciones e instrumentos de control económico (por ejemplo, en la declaración del IRPF o una relación laboral sin dar de

alta) ya que son los que, en definitiva, se van a tener en cuenta para la concesión o no del derecho al igual que se pueden tener en cuenta para cualquier tipo de ayuda pública, subvención, subsidio, etc.

Dicho lo cual, sea bienvenida cualquier mejora que abunde en eliminar en la medida de lo posible toda opción de uso abusivo o fraudulento del derecho pues ciertamente ello supone detraer parte de los limitados recursos existentes para quienes realmente sí lo precisan.

Y en esta línea el Anteproyecto apunta una serie de medidas como es la presunción de abuso cuando se reiteren más de tres solicitudes al año –salvo prueba en contra y salvo que se trate del orden penal–, tratando de poner coto a aquellas personas especialmente querulantes que realizan un uso indiscriminado y abusivo del derecho contándose por decenas y en algunos casos incluso por centenares las solicitudes del derecho para cualesquiera pretensión por nimia que pueda resultar. También prevé la posibilidad de apreciación judicial del uso abusivo del derecho hasta el punto de permitir la revocación del derecho o la obligación de los Colegios de Abogados y Procuradores de denunciar este tipo de conductas, así como facilita mayores facultades de investigación de los bienes del solicitante y la condena en costas si la impugnación de la resolución del reconocimiento o denegación del derecho se estima temeraria.

También se incorporan nuevas cargas administrativas tanto para el solicitante, como para los profesionales y los colegios. Se impone, al primero, la obligación expresa de determinar las prestaciones del derecho que pretende utilizar, lo que supone, además de una complicación burocrática, una dificultad de aplicación práctica ya que al momento inicial de la solicitud puede desconocerse exactamente cuáles de ellas se van a precisar, lo que llevará a solicitar todas. La principal excepción suele ser el nombramiento de Abogado cuando se recurre a uno de confianza y se mantienen el resto de las prestaciones del derecho o podrá ser la simple solicitud a efectos de no pagar la tasa judicial, pero tales situaciones excepcionales no pueden convertirse en el principio general a la hora de tramitar la solicitud del derecho.

Especialmente relevante es la obligación que se impone al beneficiario de justicia gratuita de tener que ratificar personalmente ante el Juzgado su voluntad de interponer recurso ante una resolución judicial, así como tener que realizar un nuevo expediente para comprobar su situación económica salvo que el reconocimiento se hubiera producido menos de un año antes. Ello puede dar lugar a problemas prácticos, ya que además de la sobrecarga de trabajo que supone para los órganos judiciales o demoras a que ello puede dar lugar, pueden producirse supuestos en los que sea imposible de localizar al ciudadano y que puedan dar lugar a situaciones de indefensión, cuando no contradicciones con el propio tenor de la Ley de Justicia Gratuita, que impide presentar insostenibilidad en vía de recurso frente al condenado.

También se establecen mayores cargas administrativas para los Colegios de Abogados, sin previsión alguna de una mayor financiación, ya de por sí escasa, lo que puede hacer peligrar la viabilidad económica del servicio, estableciéndose nuevas exigencias a nivel de estadísticas completas de los asuntos y resoluciones; creación de un registro de insostenibilidades –cuando, por contra, se eliminan los informes del Colegio y del Ministerio Fiscal y se residencia su tramitación en las comisiones provinciales, si bien con la garantía última del control judicial–; la tramitación y comprobación de los supuestos de venir «a mejor fortuna»; mayor información al solicitante respecto del coste del servicio, obligaciones que contrae si se le deniega el derecho u otras, ámbito éste en que la Abogacía ha sido pionera elaborando la «Carta de Derechos y Obligaciones» del ciudadano en esta materia o, por ejemplo, cuestionarios de calidad.

No puedo dejar de destacar aquí una de las reivindicaciones básicas de la Abogacía, cual es *la necesidad de garantizar al profesional, en todo caso, el cobro de la actuación desempeñada* con independencia de que el derecho sea o no reconocido –en no pocas ocasiones por la propia desidia del solicitante que simplemente no facilita los datos que le son requeridos–, ya que el trabajo está hecho y con ello se ha posibilitado, en definitiva, que funcione el Estado de derecho. Es de justicia que la administración garantice, en todo caso, el pago de los baremos –cuya cuantía es muy inferior a los precios de mercado– establecidos según el procedimiento de que se trate y ello sin perjuicio del derecho de aquélla a repetir contra el ciudadano lo abonado al profesional e incluso que éste pueda cobrar sus honorarios, devolviendo en tal caso a la administración el baremo que hubiera podido cobrar.

El lado positivo del Anteproyecto en este punto es que su Exposición de Motivos se hace eco, perfectamente, de tan legítima pretensión, asumiéndola literalmente en los términos expresados; sin embargo, ello no tiene su total refrendo en el articulado que resulta insuficiente ya que, además de exigir la previa reclamación judicial del profesional al ciudadano, únicamente garantiza dicho pago respecto a determinadas actuaciones –las prestadas en los cinco primeros días desde la designación, probablemente pensando en las asistencias al detenido y actuaciones inmediatamente posteriores–, lo cual es insuficiente a todas luces respecto de buen número de supuestos que quedarían fuera de tal cobertura.

Tampoco aborda el Anteproyecto otras reivindicaciones tradicionales de la Abogacía, como ampliar los motivos de excusa del abogado de oficio, qué sucede cuando existe una pérdida de confianza entre el abogado y el beneficiario de justicia gratuita y viceversa, evitar las demoras de la Administración en el abono de las retribuciones, garantizarles una retribución digna y su actualización conforme al IPC, etc. Sí se amplían algunos plazos especialmente escasos en la anterior regulación como la presentación de insostenibilidad (de 15 a 20 días) o la impugnación de la resolución (de 5 a 10).

Existen otras novedades en la reforma que sería prolijo detallar en la extensión de este artículo, como también quedan atrás otras propuestas que afortunadamente no se han incluido en el Anteproyecto, pero que en algún momento se pusieron en la mesa, como el silencio negativo de las resoluciones o la obligación de denuncia de los profesionales del abuso de sus clientes.

Aún nos encontramos en un momento inicial de la tramitación del Anteproyecto y, al margen del avance que del mismo ya se ha hecho a través del Real Decreto-ley referenciado, no obstante lo cual, hay recorrido suficiente para efectuar las oportunas mejoras que precisaría, a cuyo fin será importante que desde el Ministerio se atiendan las propuestas que se están efectuando por los diferentes operadores jurídicos, especialmente, discúlpenme si peco de corporativismo, por parte de la Abogacía, siempre en vanguardia de la mejora del servicio dado su papel protagonista en la gestión y prestación diaria del servicio y por tanto conocedora de sus carencias y necesidades del mejora, entonando también la autocrítica en aquello que sea preciso, pero reconociendo, en todo caso, la eficacia y calidad de un servicio contrastado y reconocido.

Criminología ambiental: un área en expansión

César San Juan Guillén

Presidente de la Sociedad española de Investigación Criminológica.

Director del «International Research Centre on Delinquency, Marginality and Social Relationships»

Vicedecano de Proyección Internacional. Subdirector del Instituto Vasco de Criminología

Profesor del Departamento de Psicología Social de la UPV/EHU

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

1. QUÉ ES LA CRIMINOLOGÍA AMBIENTAL

La Criminología, como disciplina académica, es un área en expansión en España sobre todo a partir de su implantación como estudio de grado en un número muy importante de Universidades del Estado. De hecho, el gran reto de esta apuesta impulsada por la comunidad científica y académica es, entre otros, abrir nuevos espacios en el mundo laboral donde el criminólogo profesional pueda ejercer las funciones que le son propias. La estrategia para conseguir esta inserción laboral es netamente política, toda vez que la necesidad potencial de criminólogos es altísima, al menos mientras la criminalidad y la seguridad sean consideradas indicadores muy significativos de calidad de vida urbana y una preocupación de primer orden para la ciudadanía en general.

En este contexto, la Criminología Ambiental está consolidándose, no solo como especialidad académica de la Criminología (Vozmediano & San Juan, 2010), sino

como respuesta a demandas reales por parte de la sociedad, de las entidades públicas y de la empresa privada con soluciones prácticas y eficaces en materia de análisis, intervención y prevención de la delincuencia. En esta línea, son especialmente útiles las auditorías de seguridad que permiten a las administraciones locales disponer de diagnósticos exhaustivos en relación a la criminalidad registrada y su impacto, entre otras variables, en el miedo a ser víctima de un delito (Varona, 2011). Ambos indicadores van a condicionar fuertemente las dinámicas sociales: convivencia, conflictividad, interacciones, etc.

El objetivo de esta modesta aportación es intentar responder brevemente a la pregunta básica: *¿Qué es la Criminología Ambiental?*

Si esta cuestión es formulada en la calle, en la mayor parte de las ocasiones, las respuestas harán alusión muy probablemente a temas relacionados con el delito contra el medio ambiente, pero, en realidad, no tiene nada que ver con este tópico del derecho penal. No es lo mismo el *delito ecológico* que la *ecología del delito*, que es el asunto que nos ocupa ahora. La cuestión clave, por tanto, sería determinar en qué medida el contexto, el escenario de conducta, puede explicar la transgresión de la norma y el comportamiento antisocial. Y es que el escenario de conducta, con las eventuales oportunidades que pueda ofrecer para delinquir, es una variable que no podemos obviar toda vez que los crímenes, aun pudiendo ser de muy diversa índole y naturaleza, por regla general, tienen un denominador común: todos ocurren en un espacio.

Si bien es cierto que la cibercriminalidad constituye un nuevo reto para la criminología en tanto que, en sentido estricto, no podríamos hablar aquí de escenario físico (San Juan & De la Cuesta, 2010), tal y como apuntan Brantingham & Brantingham (1981), un crimen se produce cuando concurren cuatro elementos: una ley, un infractor, un objetivo y un lugar. Sin esa ley, no hay crimen. Si no hay un infractor de esa ley, no hay crimen. Sin un objetivo, una víctima, no hay crimen. Sin un lugar, unas coordenadas espacio-temporales donde los otros tres elementos convergen, no hay crimen. Esta perspectiva espacio-temporal, centrada en el análisis de dónde y cuándo ocurre un crimen, las características físicas y sociales de los escenarios del crimen, constituye el interés de la Criminología Ambiental.

Efectivamente, Santiago Redondo (2008) en su formulación del denominado modelo del *Triple Riesgo Delictivo* (TRD) realiza un importante esfuerzo de clarificación y ordenación de la compleja etiología de la conducta delictiva. Según este autor, las dimensiones de riesgo son agrupadas exhaustivamente en tres fuentes: variables *personales*, variables relacionadas con *apoyo pro-social* recibido por cada sujeto y, por último, las conocidas en la literatura como *oportunidades delictivas* que se le ofrecen. Las dos primeras dimensiones podemos convenir que se trata de variables «remotas». Es decir, constituyen un conjunto de variables que, si los modelos teóricos funcionan, predicen con un indeterminado grado de antelación el hecho delictivo. El escenario de conducta y las oportunidades delictivas, al contrario de las anteriores, son

«concomitantes» con el hecho delictivo. Este último aspecto, lógicamente, ofrece un conjunto de interesantes posibilidades en materia de lo que se denomina la *prevención situacional* del delito.

En todo caso, queremos subrayar desde esta tribuna que no se pretende explicar todo el fenómeno criminal únicamente desde variables ambientales o espaciales, pero sin duda constituye una perspectiva interesante a tener en cuenta en un modelo global, integral para explicar, predecir y prevenir los comportamientos antisociales o infractores.

El ambiente puede resultar, en definitiva, un obstáculo o un mediador entre el autor potencial del delito y su víctima. Si cabe introducir neologismos, ya acuñamos la conveniencia de referirse a los espacios urbanos como *crimífugos* y *crimípetos*. Desde esta perspectiva, los espacios *crimífugos* serían aquellos diseños urbanos que, por sus especiales características físicas, inhiban, disuadan o, cuando menos, disminuyan la probabilidad de que sea cometido un delito. En el sentido contrario, un diseño *crimípeto* será espacialmente favorecedor de acciones delictivas como lo pudiera ser, por ejemplo, el acceso a un garaje o a un paso subterráneo (San Juan & Vozmediano, 2008).

2. ¿SOMOS TODOS LOS CRIMINÓLOGOS, CRIMINÓLOGOS AMBIENTALES?

Ya que todos los hechos delictivos ocurren en un lugar, parece difícil no considerar la posible influencia que tiene el contexto en la etiología del delito. Siguiendo a Wortley & Mazerolle (2008), las premisas de esta perspectiva ambiental pueden resumirse en tres puntos: la influencia del ambiente en la conducta delictiva, la no aleatoriedad de la distribución espacio-temporal del delito y la utilidad de los elementos anteriores en el control y prevención del delito. Pasaremos a explicarlos de forma muy breve:

1. El comportamiento delictivo está influenciado, de forma significativa, por el ambiente en el que se produce. De hecho, tal y como se plantea desde la Psicología Ambiental, toda conducta ocurre en un lugar, lo que convierte al escenario, al contexto, en una variable más a la hora de predecir y explicar el comportamiento. También el comportamiento infractor. La Criminología Ambiental estudia cómo el ambiente afecta a la conducta delictiva, y por qué en ciertos escenarios es más probable que ocurran determinados delitos.
2. La distribución de los delitos en el espacio y el tiempo no es aleatoria. Si lo fuera, carecería de sentido la Criminología Ambiental. Lo que justifica esta disciplina es que los estudios empíricos han mostrado repetidamente que los delitos se concentran en ciertos lugares y momentos concretos, pudiéndose

incluso llegar a establecer zonas específicas en las que es más probable que se cometa un determinado delito. Son los denominados *hot spots*.

3. La comprensión del papel de los ambientes *crimípetos* en la aparición de *hot spots* resulta muy útil para el control y prevención del delito. El diseño de espacios urbanos apoyándose en distintas estrategias (enfoque *CPTED*, siglas en inglés de *Crime Prevention Through Environmental Design*; prevención situacional...) puede ayudar a dar respuesta a los problemas de seguridad objetiva y/o subjetiva y, en consecuencia, mejorar la calidad de vida urbana.

3. LA INVESTIGACIÓN ASISTIDA CON SISTEMAS DE INFORMACIÓN GEOGRÁFICA

La tecnología SIG (*Sistemas de Información Geográfica*) se emplea para la recopilación, representación y análisis de todo tipo de información referenciada geográficamente. En poco tiempo, este sistema informático se ha instaurado en las prácticas cotidianas de los ámbitos privado, universitario y gubernamental.

Un SIG es una tecnología de manejo de información geográfica por medio de equipos informáticos. Esta información geográfica tiene dos vertientes distintas, la vertiente *espacial* y la *temática*. La *espacial* hace referencia a los mapas o representaciones cartográficas de enclaves naturales o urbanos, y la *temática*, a tablas que contienen información alfanumérica. La clave del SIG es que enlaza la información geográfica con la temática, de modo que trabaja simultáneamente con una representación geográfica y sus atributos temáticos asociados.

Resulta sencillo ejemplificar la aplicabilidad de esta tecnología en el estudio del fenómeno delictivo, ya que su uso se halla muy extendido tanto en el ámbito científico, como policial. Un sistema de este tipo nos permitiría construir una base de datos que contenga, por ejemplo, el callejero de una ciudad, datos sociodemográficos de sus habitantes con una referencia espacial (la dirección del censo), datos sobre servicios en cada zona (colegios, bibliotecas, comisarías...) y datos de delitos denunciados con su referencia espacial (lugar de comisión del supuesto delito). Bases de datos de este tipo se emplean, en la actualidad, para la elaboración de «mapas del delito», que nos muestran cómo se distribuyen distintos tipos de delitos por la ciudad, y permiten relacionar ese patrón con otras variables como las citadas. Su aplicación, por su parte, también ha resultado de una gran utilidad para evaluar la eficacia real de la videovigilancia en la reducción de la delincuencia (Cerezo & Díez Ripollés, 2010). Asimismo, se utilizan para gestionar la respuesta policial en las llamadas de denuncia, o para planificar de forma más eficiente las necesidades de agentes en las distintas zonas de las ciudades. Por otro lado, es cada vez más usual el empleo de estos sistemas para

comunicar a la sociedad la situación en relación a la incidencia delictiva. En definitiva, el SIG ha demostrado su utilidad en la comprensión y prevención del delito como así se constata en diversas referencias especializadas (Boba, 2005; Chainey & Ratcliffe, 2005; Weisburd & McEwen, 1997).

En nuestro país su empleo en éste y otros campos es creciente. Stangeland & Garrido (2004), por ejemplo, lo emplearon en el análisis de la delincuencia en Málaga, con satisfactorios resultados. Por su parte, Hernando (2001, 2007) ha desarrollado diversos análisis espaciales de la delincuencia en Madrid con una gran aplicabilidad práctica. Sin embargo, su uso no tiene por qué limitarse al estudio de la delincuencia objetiva, y los mismos autores sugieren el uso de SIG para el estudio del miedo al delito, como se ve reflejado en un estudio de San Juan, Vozmediano & Vergara, en el que analizan las conductas de protección utilizadas por los ciudadanos como respuesta a la percepción de inseguridad.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BOBA, R. 2005: *Crime Analysis and Crime Mapping*. Thousands Oaks: Sage Publications.
- BRANTINGHAM, P. J. & BRANTINGHAM, P. L. 1981: *Environmental Criminology*. Illinois: Waveland Press Inc.
- CEREZO, A. I. & DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. 2010: «La video-vigilancia en las zonas públicas: su eficacia en la reducción de la delincuencia». *Boletín Criminológico*, 121: 1-4.
- CHAINAY, T. & RATCLIFFE, J. 2005: *GIS and Crime Mapping*. Chichester: John Wiley & Sons.
- DITTON, J. 2000: Crime and the City. *British Journal of Criminology*, 40 (4): 692-709.
- EUROPEAN CRIME PREVENTION NETWORK (2004): *Review of good practice for reducing feelings of insecurity or fear of crime in the EU Member States*. Tomado el 8 de enero de 2010 de: http://www.eucpn.org/download/?file=review_reducing_feelings_insecurities_fear_crime_en.pdf&type=8.
- HERNANDO, F. 2001: «Diferentes tipos de espacios delictivos en el municipio de Madrid». *Boletín de la Real Sociedad Cartográfica*, n.º 137-138: 203-216.
- 2007: *Atlas de la seguridad de Madrid*. Ayuntamiento de Madrid. Observatorio de la Seguridad.
- PINKERTON JAMES, M. 1993: «Fear Reduction». En James M. Pinkerton: *Crime Prevention for Older Australians - Crime Prevention Series*. Canberra: Australian Institute of Criminology, 44-53.
- REDONDO, S. 2008: «Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo». *Revista Española de Investigación Criminológica*, art. 7, n.º 6 [en línea].
- SAN JUAN, C. & DE LA CUESTA, J. L. 2010: «La cibercriminalidad: interes y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad». En J. L. de la Cuesta (ed.): *Derecho Penal Informático*. Pamplona: Thomson Reuters.
- SAN JUAN, C. & VOZMEDIANO, L. 2008: *Medición de la inseguridad y análisis del miedo al delito con sistemas de información geográfica*. Bogotá: Cámara de Comercio de Colombia.

- SAN JUAN, C.; VOZMEDIANO, L. & VERGARA, A. 2010: «Conductas de protección personal frente al delito en medio urbano: diagnóstico a través de encuesta y Sistemas de Información Geográfica». *Psycology*, 1 (2): 187-196.
- STANGELAND, P. & GARRIDO DE LOS SANTOS, M. J. 2004: *El mapa del crimen*. Valencia: Tirant lo Blach.
- VARONA, G. 2011: *Análisis local de la Seguridad desde la Criminología: Una auditoría de seguridad en Barakaldo*. (Vizcaya: San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.
- VOZMEDIANO, L. & SAN JUAN, C. 2010: *Criminología Ambiental: Ecología del delito y de la seguridad*. Barcelona: UOC.
- WORTLEY, R. & MAZEROLLE, L. 2008: «Environmental Criminology and Crime Analysis: situating the theory, analytic approach and application». En R. Wortley & L. Mazerolle (eds.): *Environmental Criminology and Crime Analysis*. Devon (UK): Willan Publishing, 1-18.

ESTUDIOS

Una ruta bajo sospecha: hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos (acerca de la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular)

Manuel Carlos Palomeque López

Catedrático del Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

El presente estudio se propone, como su subtítulo se encarga de resaltar, un análisis crítico de la reforma legislativa del ordenamiento laboral que el Gobierno del Partido Popular ha acometido en 2012, por considerarla imprescindible frente a la grave situación de la economía y del empleo generada por la crisis económica, en medio de los reclamos de organismos y mercados financieros. Tras un año de aplicación efectiva de las soluciones normativas adoptadas, puede sostenerse ya

Abstract

This study proposes, as its subtitle highlights, a critical analysis of the legislative reform of labour law that the People's Party Government has undertaken in 2012 by considering essential facing to the plight of the economy and the employment generated by the economic crisis, amid claims of agencies and financial markets. After a year of effective implementation of the regulatory solutions adopted, with foundation, it can be argued

con fundamento que esta reforma no solo no ha contribuido a la creación de empleo, como era previsible de modo objetivo por lo demás (¿hacia la creación de empleo a través de la facilitación y el abaratamiento de los despidos?), sino que la ocupación y el empleo existentes antes de su entrada en vigor han caído de forma considerable y alarmante. La reforma laboral 2012 es, a fin cuentas, injusta por ideológica y desequilibrada en favor de uno de los intereses en juego, los empresariales.

Palabras clave: creación de empleo - empleo - despido - política de empleo - reforma laboral.

that this labour market reform not only it has not helped to job creation, predictably objectively (¿toward the creation of employment opportunities through simplify and cheapen layoffs?), but the existing occupation and employment prior to their entry into force have fallen significantly and alarmingly. The 2012 labour reform is, after all, unfair by ideological and unbalanced in favour of one of the interests at stake, the entrepreneurs.

Key-words: Job creation - employment - dismissal - employment Policy - reform of labour law.

Uno de cada dos empresarios españoles confiesa que ha reducido empleo en los últimos seis meses y que va a hacer otro tanto en el primer semestre de 2013, y solo uno de cada diez confía en crearlo a lo largo de este ejercicio.

Barómetro de empresas del diario *El País*, segundo semestre de 2012.

1. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO DEL PARTIDO POPULAR EN MATERIA DE EMPLEO, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, UN AÑO DESPUÉS DEL INICIO DE LA LEGISLATURA: BALANCE NOMINATIVO Y RECORDATORIO POLÍTICO

El *preámbulo* de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, «de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social» (BOE, 27 de diciembre), contiene por cierto un buen resumen, efectuado a modo de balance y de recordatorio político, cuando se había consumido ya un año de la legislatura resultante de las elecciones habidas el 20 de noviembre de 2011 y del consiguiente estreno parlamentario semanas después de su amplia mayoría absoluta en ambas cámaras legislativas, del modo como el Gobierno del Partido Popular ha diseñado desde el comienzo su política en materia de empleo, seguridad social y migraciones.

Así, dentro de lo que se considera como los «dos grandes pilares de la política económica del Gobierno», esto es, la estabilidad presupuestaria y las reformas estructurales, son recordados a continuación los cuatro «objetivos identificados con claridad» de las acciones debidas en aquella materia:

En primer lugar, una «profunda modernización de la legislación laboral al servicio de la creación de empleo y que apueste por una mayor estabilidad y una mayor flexibilidad interna en las empresas». A cuyo propósito responde desde luego la –así calificada como– «reforma estructural de nuestro marco laboral», que se ha llevado a cabo a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, «de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral» (BOE, 7 de julio), que merecerá lógicamente la atención principal de este estudio. Y, también, tan solo una semana después, la promulgación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de «medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» (BOE, 14 de julio), de contenido principalmente económico, pero provisto asimismo de numerosas soluciones normativas en materia laboral, de empleo y de protección social [medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones públicas, en materia de empleo y seguridad social o de «racionalización» –lisa y llanamente desmontaje institucional– del sistema de dependencia] que mueven a considerarlo con razón como una segunda entrega o prolongación de la reforma laboral ya en vigor. Al igual, en fin, que el reciente Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE, 23 de febrero), que contiene medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil [según datos de *Eurostat*, la tasa de desempleo de los jóvenes menores de 25 años alcanzaba en el tercer trimestre de 2012 el 54,1 por 100], mediante la inserción laboral por cuenta ajena o a través del autoempleo y el emprendimiento.

En segundo lugar, la «necesaria sostenibilidad del sistema de seguridad social y el aseguramiento y el mantenimiento de las prestaciones por desempleo». A tal efecto han sido promulgados [además del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de «desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social», BOE, 31 de diciembre] diversos decretos-leyes en la materia, dentro de una secuencia de por sí enmarañada y oportunista:

- Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, «por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo» (BOE, 25 de agosto).
- Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de «medidas de consolidación y garantía del sistema de seguridad social» (BOE, 1 de diciembre).
- Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, «de mejora de gestión y protección social en el sistema especial para los empleados del hogar y otras medidas de carácter económico y social» (BOE, 31 de diciembre).
- Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, «por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas» (BOE, 26 de enero).

En tercer lugar, la «opción decidida por una inmigración legal, ordenada, responsable y vinculada al empleo».

Y, en cuarto y último lugar, la «consecución de una mayor eficacia y eficiencia en la gestión pública y hacer más y mejores políticas laborales y de empleo, sociales y migratorias con unos presupuestos necesariamente más austeros». A cuyo ámbito específico deben ser referidas –sin perjuicio claro es de su incidencia sobre los demás objetivos– la mencionada Ley 13/2012, de 26 de diciembre, «de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la seguridad social» (BOE, 27 de diciembre); así como la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que «se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social» (BOE, 28 de diciembre).

2. HACIA LA CREACIÓN DE EMPLEO A TRAVÉS DE LA FACILITACIÓN Y EL ABARATAMIENTO DE LOS DESPIDOS: UNA MISIÓN IMPOSIBLE EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA SEVERA

El día 24 de enero de 2013, el Instituto Nacional de Estadística (INE) hacía pública la entrega de su *Encuesta de Población Activa* (EPA) correspondiente al cuarto trimestre de 2012. Ello ocurría, ciertamente, tan solo días antes de que se cumpliera un año de la entrada en vigor de la gran reforma laboral acometida por el Gobierno del Partido Popular, largamente prometida antes de su victoria en las elecciones legislativas de 2011 como panacea para la superación de los males de nuestro empleo, que adelantaba el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 11 de febrero), y afianzaba más adelante la homónima Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE, 7 de julio). Tiempo suficiente, desde luego, para empeñar un juicio fundado acerca de la suerte de tan importante iniciativa política y jurídica en su primer recorrido práctico.

El año 2011 había concluido, de acuerdo con la fuente indicada y con datos relativos a su cuarto trimestre, con la cifra de casi cinco millones trescientos mil parados (5.273.600, con exactitud), lo que arrojaba una tasa de desempleo del 22,85 por 100 de la población activa del país. Un año después, esto es, una vez transcurrido un año de aplicación de las soluciones legislativas pretendidamente salvadoras de la reforma laboral, el desempleo ronda los seis millones de parados (5.965.400, con exactitud, EPA, cuarto trimestre 2012), alcanzando una abrumadora tasa de paro forzoso del 26,02 por 100 de la población activa. La población ocupada ha disminuido en un año, según esta fuente, nada menos que en 850.500 personas, un 4,78 por 100, que es precisamente el volumen de empleo destruido en este período. Los despidos por causas objetivas, provistos legalmente como se verá de una indemnización más barata, se

han incrementado en el mismo tiempo un 49 por 100 y los expedientes de regulación de empleo lo han hecho por su parte un 66 por 100, en tanto que las jornadas no trabajadas por huelga (período comprendido entre enero y octubre de 2011 y 2012) han pasado de 378.541 a 909.992 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Boletín de Estadísticas Laborales*, actualizado en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/index.htm> a 5 de febrero de 2013, cuando esto se escribe).

¿Cuántos empleos más se hubiesen perdido de no haber estado vigente la reforma laboral y su apuesta por medidas de flexibilidad interna disuasorias de las extinciones contractuales? Línea argumental que esgrime la propaganda reformista oficial, de imposible cuantificación por cierto, pero que debe ceder en último término ante la realidad apabullante del empleo destruido durante la vigencia de la propia reforma laboral y a lo que esta no es precisamente ajena. Porque la decisión legislativa de facilitación y abaratamiento de los despidos que lleva a cabo, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, en el marco de una operación general de flexibilización a ultranza del marco regulador de las relaciones de trabajo, no puede conducir lógica y razonablemente, por hipótesis –ello es así, por cierto, un año después–, y menos aún en tiempos de recesión económica grave, a la creación de empleo prometida, como no lo consiguieron en verdad cuantas iniciativas de este tipo fueron ensayadas en el inmediato pasado. La creación de empleo depende de modo directo, parece claro a estas alturas de la crisis, de la salud de la actividad económica general, de la inversión y del consumo, de las políticas públicas que se propongan de modo decidido el crecimiento, al fin y al cabo, y no de la promulgación de normas restrictivas de derechos.

3. LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL: UNA «REFORMA DE ENVERGADURA» FRENTE A LA GRAVEDAD DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y DE EMPLEO

La *reforma laboral* comparece una vez más a su cita periódica, dentro de su secuencia permanente desde la Transición democrática, provista en esta ocasión de un doble rasgo caracterizador. Es, en primer lugar, por lo que al origen de su iniciativa política se refiere, ya se ha dicho, la gran intervención estructural en el sistema jurídico laboral que el Partido Popular había considerado imprescindible frente a la grave situación de la economía y del empleo generada por la crisis económica, en medio de los reclamos de organismos y mercados financieros – una reforma demandada por el empresariado y la derecha política del país–, y que al fin ha podido acometer tras su victoria en las elecciones generales de noviembre de 2011. Y es también, en segundo término, si se atiende en este caso a la orientación, amplitud y contenido de la misma,

una reforma profunda –de «reforma de envergadura» se califica a sí misma– para una crisis económica grave y duradera.

De este modo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio), que ha resultado de la tramitación parlamentaria del precedente y homónimo Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE, 11 de febrero), al que sustituye con algunas modificaciones de importancia, y entrado en vigor «el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado» (disp. final 21.^a), deja a las claras desde el principio su propósito general de política legislativa, a partir de un diagnóstico que se incorpora de modo contundente al discurso legislativo desde la primera frase del preámbulo de la norma: «La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español». Una crisis económica internacional, cuya gravedad en nuestro país se juzga sin precedentes, al haberse «destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas» y alcanzado así, a finales de 2011, más de cinco millones de desempleados.

El preámbulo de la Ley no duda, por lo demás, cinco párrafos después, en insistir con algún desarrollo en esta posición de partida:

La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego y, sobre todo, por los datos de nuestra realidad laboral, que esconden verdaderos dramas humanos, [puesto que] las reformas laborales realizadas en los últimos años, aun bienintencionadas y orientadas en la buena dirección, han sido reformas fallidas.

El hilo conductor de la propuesta reformadora se asienta, así pues, sobre un esquema argumental que podría ser presentado a través de las siguientes proposiciones:

- 1.^a La crisis económica, especialmente grave en su duración y consecuencias en nuestro país, ha puesto de manifiesto que el modelo laboral español está aquejado por *problemas estructurales* severos que afectan a sus fundamentos y que han conducido a su insostenibilidad certificada.
- 2.^a Los intentos llevados a cabo hasta el momento por corregir esta situación han resultado ciertamente fallidos, si se toman en cuenta las cifras de paro que la actividad económica exhibe y a pesar de que las iniciativas reformadoras precedentes estuvieran orientadas en la buena dirección.
- 3.^a Por lo que, en conclusión, ha llegado la hora de acometer la *gran reforma necesaria* del ordenamiento laboral que la grave situación económica requiere, una reforma de envergadura que revierta de una vez la situación, que ha sido

reclamada por organizaciones económicas de dentro y fuera del país y que, a fin de cuentas, el nuevo Gobierno y su reforzado crédito electoral puede abordar con decisión.

Desde el punto de vista formal, y al igual que en ocasiones anteriores, aunque esta vez con técnica normativa más cuidada y de apariencia menos farragosa que otras precedentes, la Ley 3/2012 es una norma legal de *modificación* del ordenamiento laboral vigente, que combina institucionalmente nuevas regulaciones con alteraciones de contenido de leyes principales del sistema normativo (la Ley del Estatuto de los Trabajadores, LET, de modo extenso), amén de otras disposiciones reglamentarias de este. Provista la Ley de una estructura integrada por 25 artículos acomodados en 5 capítulos, más 18 disposiciones adicionales, 15 transitorias, 1 derogatoria única y 20 finales, este voluminoso cuerpo legal reformador se extiende en su publicación oficial nada menos que a lo largo de 79 páginas del *Boletín Oficial del Estado* del día 7 de julio, 9 de las cuales destinadas significativamente a su preámbulo o exposición de motivos, pues mucho parece que se tenga que justificar.

4. UNA OPERACIÓN LEGISLATIVA DE FLEXIBILIZACIÓN PROFUNDA DEL MODELO LABORAL: LA «FLEXISEGURIDAD» COMO OBJETIVO POLÍTICO DE LA REFORMA

La reforma laboral operada por la Ley 3/2012, que se presenta a sí misma por cierto como «completa y equilibrada», tiene como propósito decidido, al igual que sus precedentes dentro de una serie conocida en los últimos tiempos, la actuación inmediata de los poderes públicos contra la crisis económica y sus consecuencias desastrosas en el mercado de trabajo –el paro forzoso a la cabeza–, «al objeto [por decirlo con el preámbulo de la norma] de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país».

El objetivo es pues de nuevo la *creación de empleo* y el camino hacia ello, una vez más, la *flexibilidad* del marco regulador de las relaciones de trabajo. Hacia la creación de empleo por medio de la flexibilización podría ser perfectamente el lema en juego. O, mejor aún, a través de un singular trueque semántico utilizado por la norma, «el objetivo es la flexiseguridad» (preámbulo). Es decir, la *flexiguridad* que proponen las fuentes europeas convertida para nosotros en objetivo político mismo de la reforma. En efecto, la Unión Europea abría hace años un importante debate acerca de la *modernización* del Derecho del Trabajo con vistas al mantenimiento de los objetivos de la Estrategia de Lisboa de crecimiento sostenible de la economía (Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo*

XXI, Bruselas, 2006). El documento se planteaba, así pues, la «función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una flexiguridad que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva». O, de otro modo, el «reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos».

Por cierto, tal como se desprende del documento comunitario, creo que es preferible el uso de esta palabra apocopada (flexiguridad), frente a la más frecuente entre nosotros y recogida en el preámbulo de la Ley 3/2012 (flexiseguridad), aunque solo sea por la elemental e inventada razón de justicia gramatical, según la cual habría que exigir a los dos vocablos protagonistas de la fusión, a ambos por igual, la «flexibilidad» y la «seguridad», la pérdida de alguna de sus sílabas en aras de la mezcla semántica resultante, lo que no ocurre desde luego en el primer caso.

La reforma laboral en cuestión apuesta, así pues, al decir del preámbulo de la Ley 3/2012, «por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc.». Se verá con detenimiento a lo largo de este escrito, sin embargo, si ello es así o no.

Con todo, la reforma se inscribe decididamente dentro de la serie de políticas laborales de *flexibilización* o *adaptación* del ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo a la situación general de la economía –el factor económico en el origen de las transformaciones institucionales del Derecho del trabajo– que han acaparado de modo intermitente las tres décadas de nuestro desarrollo constitucional. Buen escaparate ofrecen, sin duda, la economía y sus crisis cíclicas, con ser la que ahora se padece de una gravedad inusitada, para la observación del modo como el Derecho del trabajo cumple su función histórica fisiológica de facilitación de las relaciones de producción –las relaciones de trabajo asalariado no son verdaderamente sino la otra cara de la moneda de las relaciones de producción, la articulación jurídica que las hace posibles, de ahí la relación *necesaria* entre Economía y Derecho del trabajo–, al propio tiempo que, de modo inescindible y mediante el equilibrio buscado del conjunto, de legitimación política y social del sistema económico de referencia, a través de un ordenamiento de compensación parcial de las desigualdades instaladas en las relaciones económicas –el factor político de la función social del Derecho del trabajo–. Es el caso, así pues, de las transformaciones normativas experimentadas por nuestro ordenamiento laboral de la mano de lo que he venido llamando desde hace tiempo *la reforma laboral permanente*.

La reforma laboral llevada a cabo por el gobierno del Partido Popular a través de la Ley 3/2012, adelantada como se ha dicho por el Real Decreto-ley 3/2012, con el título común para ambas disposiciones de «medidas urgentes para la reforma del mercado

laboral», se sitúa desde luego, sabidamente, en el camino bien conocido y experimentado largamente de flexibilización del marco regulador del trabajo asalariado. Si bien, la intervención legislativa ha ido en esta ocasión en verdad más lejos de lo actuado hasta el momento, mediante la adopción de soluciones normativas que afectan en determinados aspectos sensibles al equilibrio del modelo laboral en juego, potenciando ampliamente el poder del empresario en la administración de las condiciones de trabajo en detrimento del poder contractual colectivo de los trabajadores. Pero habrá que examinar esto con algún detalle más adelante.

5. LA REITERACIÓN DEL PATRÓN NORMATIVO AL USO Y SU SECUENCIA LEGISLATIVA DOBLE: UTILIZACIÓN DEL DECRETO-LEY POR RAZONES DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y SU TRATAMIENTO PARLAMENTARIO POSTERIOR COMO PROYECTO LEGISLATIVO

«La extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para legislar mediante decreto-ley se justifica por la situación del mercado laboral español». De modo tan escueto como terminante, el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 justificaba en su momento el recurso al instrumento normativo utilizado también en este caso y convertido ciertamente en una constante de política legislativa para estos escenarios: la aprobación por el Gobierno, en «caso de extraordinaria y urgente necesidad», de «disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes» y deberán ser «inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados» para su «convalidación o derogación», pudiendo ser tramitados como «proyectos de ley por el procedimiento de urgencia» (artículo 86 CE).

El preámbulo del Real Decreto-ley 3/2012 volvía más adelante, ya con detalle y una vez que había pasado revista de modo sucesivo a los contenidos de la disposición, a justificar la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por la Constitución para el decreto-ley. Tras la reiteración de la idea general ya anticipada de la concurrencia a juicio del legislador de la «premisa para recurrir a esta figura del Real Decreto-ley», el preámbulo iniciaba una relación de la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad «predicables de manera individualizada respecto de cada una de las medidas que se adoptan» y no solo del «conjunto que integran», lo que en verdad constituía una novedad significativa en el uso de esta figura legislativa hasta el momento. Otra cosa es, ciertamente, el juicio que merezca la correspondencia real o efectiva, tantas veces ausente por lo demás, entre las justificaciones esgrimidas y los contenidos reales de las medidas adoptadas.

Lo cierto es que la apelación a circunstancias de excepcionalidad económica ha permitido en general en los últimos años un sin duda criticable uso descuidado –cuando no lisa y llanamente arbitrario– del decreto-ley en el ámbito institucional de la política de empleo y de la actuación sobre el marco normativo del mercado de trabajo. Así pues, las reformas legislativas puestas en práctica en España en estos campos y durante las últimas décadas, no importa su iniciativa política ni la verdadera urgencia de las acciones, ni tampoco que hayan sido producto de acuerdos alcanzados con sindicatos y organizaciones empresariales o decididas por el propio Ejecutivo sin acuerdo social previo, han contado con el recurso normativo común al decreto-ley, tramitado –lo que se ha producido de modo habitual con alguna excepción– con posterioridad, eso sí, como proyecto legislativo.

Con todo, el Tribunal Constitucional ya ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de esta norma por vulneración del artículo 86.1 CE y su presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad» –el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de «medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad», adoptado en su momento por el Gobierno del Partido Popular–, al entender que «el Gobierno no ha aportado ninguna justificación que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida», pues «los argumentos que al respecto se utilizan en el preámbulo [de la norma] no solo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados –cuando no neutralizados– por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación», además de que «en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia» (STC 68/2007).

A pesar de la generalidad de los juicios vertidos en la extensa, si se compara con la práctica anterior en la materia, operación justificadora acometida por el Real Decreto-ley 3/2012 acerca de la concurrencia a su juicio de los presupuestos habilitantes del mismo, llama la atención desde luego el interés del legislador por ponerse a cubierto formalmente de eventuales juicios de inconstitucionalidad en este punto.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, es naturalmente el resultado de varios meses de tramitación parlamentaria como proyecto legislativo, por el procedimiento de urgencia, del referido Real Decreto-ley, poniéndose fin de este modo a la secuencia legislativa descrita, doble y ya habitual en estos casos, como se sabe. La Ley mantiene pues, de modo esencial, las soluciones normativas adoptadas por aquel, con agudización inclusive de la línea flexibilizadora de alguna de ellas, sin perjuicio de la incorporación final de insertos normativos de carácter aclaratorio o instrumental.

6. AUSENCIA DE CONCERTACIÓN SOCIAL Y DESLEGITIMACIÓN SINDICAL DE LA REFORMA

Las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las confederaciones sindicales CCOO y UGT suscribían el 25 de enero de 2012 el *II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014* (Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo, BOE 6 de febrero), que debe ser tenido sin reservas como una contribución importante de la autonomía colectiva al diagnóstico y superación del «momento muy delicado [de la economía española] debido al intenso deterioro de sus fundamentos que se refleja en una elevada tasa de desempleo» (de la *Introducción* del Acuerdo). Las partes firmantes aportaban así en esta dirección, más allá de otros acuerdos alcanzados (estructura de la negociación colectiva, flexibilidad interna, empleo, formación, flexibilidad y seguridad, información y consulta, inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo de los convenios colectivos sectoriales), un pacto de moderación salarial a lo largo de la vigencia del acuerdo, en el convencimiento de que «para alcanzar la recuperación económica el crecimiento de las rentas y de los precios constituyen elementos clave para conseguir ese objetivo».

Estos mismos sujetos habían alcanzado anualmente, con anterioridad, acuerdos interconfederales para la negociación colectiva (AANC), una vez concluida la vigencia del acuerdo homónimo de 1997 que pretendía «contribuir a racionalizar la estructura de la negociación colectiva, evitando la atomización actualmente existente», a partir del establecimiento de «una adecuada articulación entre los distintos ámbitos negociales»: ANC 2002 (20-12-2001); ANC 2003 (23-1-2003), prorrogado para 2004 (22-12-2003); ANC 2005 (4-3-2005), prorrogado para 2006 (26-1-2006), y finalmente ANC 2007 (6-2-2007), prorrogado para 2008 (18-12-2007). En 2009, sin embargo, no se obtenía el oportuno acuerdo, culpándose ambas partes de la ruptura en medio de «la crisis financiera y económica más intensa de las últimas décadas» (la cita corresponde al documento que seguidamente se menciona), por lo que los sindicatos presentes en la fallida negociación acordaban por su parte unos *Criterios unitarios de CCOO y UGT para la negociación colectiva y el empleo. Propuestas sindicales frente a la crisis y por unas condiciones de trabajo y empleo dignas* (9 de marzo de 2009). Al fin, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y sindicales CCOO y UGT suscribían un *Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012* (Madrid, 9 de febrero de 2010), que reanudaba la práctica interrumpida de los acuerdos interconfederales en la materia –es verdad que con un alcance y contenido distintos de los precedentes– y reservaba la reforma de la negociación colectiva y de otros asuntos recogidos a una «negociación bipartita». Este es, naturalmente, el precedente del II Acuerdo hoy en vigor.

A pesar de que el Gobierno valoraba de forma positiva este II Acuerdo, por considerarlo dentro de la senda de moderación exigida por la situación económica del momento, no dejaría de advertir sin embargo que la reforma laboral que se proponía de inmediato tendría que ir más lejos. Y, en efecto, sin haber sometido los contenidos de su iniciativa reformadora –mantenidos con reserva absoluta hasta el último instante– a negociación con las partes sociales, ni siquiera a consulta previa de las mismas, el Consejo de Ministros aprobaba finalmente la reforma laboral anunciada en su reunión del viernes 10 de febrero, siendo publicado al día siguiente el Real Decreto-ley 3/2012 resultante.

En tanto que las organizaciones empresariales recibían la norma con satisfacción lógica, al igual que ocurría por cierto en otros foros económicos nacionales y externos, los sindicatos CCOO y UGT hacían público su rechazo firme a las principales medidas adoptadas, por considerarlas lesivas para los intereses de los trabajadores y recortadoras de algunos de sus derechos, al tiempo que anunciaban una movilización continuada contra la reforma, que se saldaba en la convocatoria de manifestaciones en las principales ciudades, en la huelga general habida el día 29 de marzo y en la amenaza, de no producirse rectificación por parte del Gobierno, de un «conflicto social creciente» que no ha hecho sino confirmarse con el tiempo.

7. LAS «DEBILIDADES DEL MODELO LABORAL»: DESEMPLEO Y TEMPORALIDAD

El desempleo encuestado (INE, EPA, véase en cuadro siguiente), que ofrecía en 2007, a las puertas de la crisis financiera, la cifra de un millón ochocientos mil parados, con una tasa del 8,3 por 100 de la población activa, se incrementaba un año después (2008) en setecientos cincuenta mil personas (la tasa de desempleo subía al 11,3 por 100), para superar en 2009, el año en que una crisis económica ya generalizada presagiaba lo peor, nada menos que el nivel de los cuatro millones de parados (la tasa de desempleo ascendía siete puntos para situarse en un 18,0 por 100). En 2010, los más de cuatro millones seiscientos mil parados recogidos en la encuesta elevaban la tasa de desempleo al 20,1 por 100 de la población activa, dos puntos más en un solo año. Y en 2011, dentro de esta escalada terrible del deterioro, se rozaba la escandalosa cifra de cinco millones de parados de promedio anual, con una tasa relativa del 21,6 por 100. La encuesta, que mostraba ya en el cuarto trimestre de 2011 la superación del umbral de los cinco millones de parados, ha arrojado como se sabe en el cuarto trimestre de 2012 –últimos datos disponibles de esta fuente por el momento–, prácticamente un año después de la entrada en vigor de la reforma laboral en cuestión, un total de 5.965.400 parados o, lo que es lo mismo, el 26,4 por 100 (!) de la población activa española.

La destrucción de empleo ha sido todavía más intensa en determinados colectivos de trabajadores, especialmente en los jóvenes, cuya tasa de paro entre los menores de veinticinco años sobrepasa, como se sabe, el 54 por 100. Al igual que los parados de larga duración, ya que la duración media del desempleo en España alcanza en la actualidad los quince meses, muy por encima de la media de los países de la OCDE. Sin contar naturalmente con la repercusión negativa de estos datos sobre el sistema de seguridad social: la disminución del número de afiliados junto a un incremento del gasto medio mensual en prestaciones por desempleo.

| Desempleo (2007-2012) (EPA) | | |
|------------------------------------|----------------|--------------|
| Años (media anual) | Miles | Tasa |
| 2007 | 1.833,9 | 8,3 |
| 2008 | 2.590,6 | 11,3 |
| 2009 | 4.149,5 | 18,0 |
| 2010 | 4.632,4 | 20,1 |
| 2011 | 4.999,0 | 21,6 |
| 2012 | 5.769,0 | 25,03 |

La dualidad del mercado de trabajo arroja, por lo demás, una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, como consecuencia de una temporalidad laboral excesiva en el sistema de producción (la temporalidad media en la UE27 es más de diez puntos inferior a la española), verdadera anomalía comparativa dentro del contexto europeo.

En efecto, la tasa de temporalidad –la relación existente entre el número de trabajadores provistos de un contrato temporal y el conjunto de trabajadores asalariados, véase el cuadro siguiente–, que estaba a punto de alcanzar en 1995 el 35 por 100, la más elevada por cierto de nuestra historia constitucional como consecuencia de las políticas de fomento de la contratación temporal promovidas durante los años ochenta de la última centuria, comenzaba a descender con extrema moderación a partir de 1997 –sin perjuicio de algún repunte anual– y la ejecución de un cambio de orientación en la política de empleo, al apostarse ahora por el fomento de la contratación indefinida: 33,4 por 100 en 1997; 32,2 por 100 en 2000; 33,3 por 100 en 2005; 34,0 por 100

en 2006; 31,7 por 100 en 2007; 29,2 por 100 en 2008; 25,4 por 100 en 2009; 24,9 por 100 en 2010; y 25,3 por 100 en 2011. La tasa de temporalidad correspondiente a 2012 se ha situado finalmente, en promedio anual, en el 23,6 por 100 de la población asalariada –23,8 por 100, 23,7 por 100, 24,0 por 100 y 23,0 por 100, respectivamente, en cada uno de sus trimestres–, inaceptable todavía, a pesar de su reducción en once puntos desde 1997, para un funcionamiento razonable del mercado de trabajo.

| Años | Tasas (media anual) |
|------|---------------------|
| 1995 | 34,9 |
| 1997 | 33,4 |
| 2000 | 32,2 |
| 2005 | 33,3 |
| 2006 | 34,0 |
| 2007 | 31,7 |
| 2008 | 29,2 |
| 2009 | 25,4 |
| 2010 | 24,9 |
| 2011 | 25,3 |
| 2012 | 23,6 |

Esta situación del empleo en nuestro sistema productivo, agravada por la crisis económica iniciada en 2008, y que ha convertido a España en el país con más paro forzoso de la Unión Europea, debe ser imputada en último término, a juicio de los reformadores, a las *debilidades* y a la *rigidez* del mercado laboral español. Por lo demás, tan simple diagnóstico se formula de forma inequívoca, como se ha señalado, en el preámbulo de la Ley 3/2012, eso sí, con la mención al apoyo internacional imprescindible para la encomienda y justificación de la operación reformadora.

8. LA TERAPIA PRESCRITA Y SUS MEDIDAS DE ACTUACIÓN: LA CREACIÓN DE UN «HORIZONTE DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA» PARA LA RECUPERACIÓN DEL EMPLEO

De donde la conclusión está ciertamente servida: la necesidad de una reforma inmediata y profunda que aborde las deficiencias estructurales del sistema y proporcione a los operadores económicos y laborales «un horizonte de seguridad jurídica y

confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo» (preámbulo de la Ley 3/2012).

Para la consecución de este doble horizonte de *seguridad y confianza* para emprendedores e inversores que logre revertir la situación del empleo en nuestro sistema productivo, la Ley adopta como terapia de actuación un conjunto de medidas ordenadas, al hilo de la propia división capitular de la norma, en hasta cinco agrupamientos temáticos: 1) medidas para «favorecer la empleabilidad de los trabajadores» (capítulo I); 2) medidas de «fomento de la contratación indefinida» y otras para «favorecer la creación de empleo» (capítulo II); 3) medidas para «favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» (capítulo III); 4) medidas para «favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral» (capítulo IV), y 5) medidas de adaptación procesal de las regulaciones sustantivas anteriores («modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, capítulo V). Amén, claro es, de las diversas medidas extrasistemáticas, incorporadas por tanto a las disposiciones adicionales, transitorias y finales de la norma reformadora.

Habrà que mencionar aparte, con todo, regulaciones complementarias relativas a las entidades de crédito, a especialidades en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal, a la conciliación de la vida laboral y familiar, a la protección por desempleo o, en fin, a las medidas de políticas activas de empleo contempladas en la normativa estatal en el ámbito de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

8.1. Empleabilidad de los trabajadores

Bajo la rúbrica de «medidas para favorecer la empleabilidad –sabido es que el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española no recoge este término– de los trabajadores», el capítulo I (arts. 1 a 3) de la Ley 3/2012 agrupa diversas medidas encaminadas a juicio de la norma a esta finalidad:

- Autorización a las *empresas de trabajo temporal* (art. 1 y disp. transitoria 1.^a), que «se han revelado como un potente agente dinamizador del mercado de trabajo» (preámbulo), para operar como agencias de colocación [arts. 16.3 LET, 1 y 2.1.b) LETT, 21 bis.2 y disposición adicional 2.^a LE, todos ellos modificados].
- *Formación profesional* (art. 2, disps. transitorias 7.^a, 8.^a y 9.^a y disps. finales 2.^a, 3.^a, 7.^a y 8.^a), apostándose por «una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales» (preámbulo) a través de diversas medidas y

consiguiente modificación de la LET, la LE y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo: 1) la inclusión en el contenido del derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional en el trabajo [art. 4.2.b) modificado LET] de la formación dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo; 2) la modificación del régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 modificado LET y Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, «por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual», BOE, 9 de noviembre) con la finalidad de «potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas» (preámbulo), a pesar de que «hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por 100» podrán realizarse esos contratos con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo legal de 25 (disp. transitoria 9.ª); 3) el reconocimiento a los trabajadores de un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un período de hasta cinco años (art. 23.3 modificado LET); 4) el reconocimiento a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y a los centros y entidades de formación debidamente acreditados a través de sus organizaciones representativas del sector la posibilidad de participar en el diseño y planificación del subsistema de formación profesional para el empleo (art. 26.1 modificado LE), y 5) la inscripción de la formación recibida por el trabajador a lo largo de su carrera profesional en una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la seguridad social (art. 26.10 modificado LE).

- Reducciones de cuotas en los *contratos para la formación y el aprendizaje* (art. 3).

8.2. Fomento de la contratación indefinida y creación de empleo

El capítulo II de la Ley 3/2012 (arts. 4 a 7) contiene, bajo la rúbrica de «fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo» y con el propósito expreso, al decir del preámbulo de la norma, de «favorecer especialmente a quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica: los jóvenes desempleados y las PYMES», las siguientes:

- La creación de un nuevo contrato laboral, el *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores* (art. 4 y disp. adicional 1.ª), con el «objeto de facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial» para las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores (la mayor parte por cierto del tejido productivo del país), que se celebrará por tiempo indefinido y a jornada completa, cuyo régimen jurídico y los derechos

y obligaciones que de él se deriven se regirán con carácter general por lo dispuesto en la LET y «en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido», con la excepción de la duración del período de prueba que será de un año en todo caso. La empresa tendrá derecho a aplicar en este caso importantes incentivos fiscales (especialmente para menores de treinta años) y de bonificaciones en la cuota empresarial a la seguridad social (jóvenes entre 16 y 30 años, mayores de 45, mujeres en ocupaciones menos representadas). La excesiva duración del período de prueba del contrato, que desde luego desnaturaliza la institución, frente al límite ordinario general de dos meses como máximo para los trabajadores que no sean técnicos titulados (art. 14.1 LET), abre las puertas ciertamente a la extinción libre y por tanto a la temporalidad durante doce meses de la nueva modalidad contractual, ofrecida por cierto como una de las novedades más llamativas de la reforma.

La Ley 3/2012 procede a la derogación [disp. derogatoria única.1.a] de la disposición adicional 1.ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento y la mejora de su calidad, que contenía hasta ahora el régimen jurídico del *contrato para el fomento de la contratación indefinida*, que queda pues suprimido por haberse desnaturalizado considerablemente tras la última ampliación de los colectivos con los que se podía celebrar dicho contrato.

- La posibilidad de realización de horas extraordinarias en los *contratos a tiempo parcial* (art. 5), que computarán a efectos de bases de cotización a la seguridad social y de bases reguladoras de las prestaciones [art. 12.4.c) modificado LET].
- La incorporación legal del *trabajo a distancia* o teletrabajo (art. 6), mediante la modificación del régimen jurídico del «contrato de trabajo a domicilio» cuya denominación es sustituida (art. 13 modificado LET), con la finalidad reconocida de «favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar» (preámbulo), al amparo del uso intensivo de las nuevas tecnologías. Tendrá ahora la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral «se realice de manera preponderante» (especificación no contenida en la norma modificada) en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, «de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa» (desaparece la mención a la ausencia de vigilancia del empresario).
- Bonificaciones de cuotas por *transformación de contratos en prácticas, de relevo y de sustitución en indefinidos* (art. 7), de cuyo programa podrán beneficiarse las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos y las sociedades laborales o cooperativas. Más allá de este supuesto, será de

aplicación lo previsto con carácter general en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

8.3. Flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo

El capítulo III de la Ley 3/2012 contiene un conjunto de «medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» (arts. 8 a 16), por considerar el preámbulo de la norma que «en un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada»:

- El sistema de *clasificación profesional* de los trabajadores pasa a tener como única referencia el *grupo profesional* (art. 8 y disp. adicional 9.^a), frente al hasta ahora vigente de «categorías o grupos profesionales», basado en «la rigidez de la noción de categoría profesional» (preámbulo), lo que desde luego amplía el juego de la movilidad funcional en manos del empresario o, por decirlo también en los términos del preámbulo de la norma, hace de la movilidad funcional ordinaria «un mecanismo de adaptación más viable y eficaz». Se establece ahora (art. 22.4 modificado LET) que, por acuerdo entre el trabajador y el empresario, «se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas».
- La *distribución irregular de la jornada de trabajo* a lo largo del año (art. 9) podrá ser realizada por el empresario hasta un 10 por 100 de la misma, en defecto de pacto (art. 34.2 modificado LET).
- La definición legal de la *movilidad funcional* en la empresa a partir del grupo profesional (art. 10): movilidad funcional para «la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional», debiendo el empresario «comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores» (art. 39.2 modificado LET).
- La *movilidad geográfica* de trabajadores (art. 11), cuyo régimen jurídico se modifica en los siguientes puntos: 1) definición legal expansiva de las razones justificativas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) del traslado que exija cambio de residencia, considerándose ahora por tales, mediante la utilización de conceptos generales, «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así

como las contrataciones referidas a la actividad empresarial» (art. 40.1 modificado LET); 2) supresión de la posibilidad de intervención de la autoridad laboral en los traslados colectivos, quien hasta la presente reforma podía ordenar, una vez finalizado el período de consultas exigido en este supuesto, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justificaran, «la ampliación del plazo de incorporación» de los trabajadores al centro de destino y la consiguiente «paralización de la efectividad del traslado» por un tiempo no superior a seis meses (art. 40.2 modificado LET); y 3) ampliación de la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo originarios en caso de movilidad geográfica, cuando así se establezca por convenio colectivo o mediante acuerdo alcanzado durante el período de consultas, en favor de (además de los representantes legales de los trabajadores que ya disponen de ella) «trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 40.5 modificado LET).

- La *modificación sustancial de condiciones de trabajo* por el empresario (art. 12), que es objeto de las siguientes modificaciones flexibilizadoras: 1) definición simplificada y ampliatoria de las razones (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que justifican la modificación contractual, considerándose ahora como tales «las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa» (art. 41 modificado LET); 2) incorporación de la «cuantía salarial» a la relación legal de materias cuya modificación tiene la consideración de sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41.1 modificado LET); 3) distinción legal entre modificaciones sustanciales colectivas e individuales, que ahora se establece simplificada a partir del criterio numérico de afectación de trabajadores y no de la fuente de procedencia de las mismas (art. 41.2 modificado LET); 4) acortamiento del plazo de notificación por el empresario, al trabajador afectado y a sus representantes legales, de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter individual, que deberá hacerse con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad, en lugar de los treinta anteriores (art. 41.3 modificado LET); 5) inclusión de la modificación sustancial del sistema de remuneración y cuantía salarial y de funciones, cuando estas excedan de los límites de la movilidad funcional, como causas de extinción voluntaria del contrato de trabajo por el trabajador con derecho a indemnización (art. 41.3 modificado LET); 6) establecimiento de un plazo específico (frente al común existente hasta ahora) para la eficacia de la decisión empresarial sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, que «surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación» (art. 41.5 modificado LET); y 7) la remisión del régimen de modificación de las condiciones de trabajo establecidas

en los convenios colectivos estatutarios al supuesto general de inaplicación en la empresa de los convenios colectivos (art. 41.6 modificado LET).

- La *supresión de la autorización administrativa* en procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 13 y disp. transitoria 10.^a y art. 47 modificado LET), regulándose medidas de apoyo (bonificaciones en las cuotas empresariales a la seguridad social) a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada (art. 15), así como la reposición del derecho a la prestación por desempleo de los trabajadores que vean extinguidos posteriormente sus contratos de trabajo por causas objetivas (art. 16). Lo previsto en el artículo 47 LET no será de aplicación a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, «salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado» (disp. adicional 3.^a).
- La modificación en profundidad del sistema institucional de *negociación colectiva* (art. 14 y disp. transitoria 4.^a), con el objetivo declarado de procurar que esta «sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa» (preámbulo), que supone en realidad una notable desnaturalización de su función reguladora en el sistema laboral y que se centra en los siguientes ámbitos: 1) la extensión de la posibilidad de *inaplicación* del convenio colectivo en la empresa (radicada con anterioridad tan solo en el régimen salarial), por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores y cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, previo desarrollo de un período de consultas, al conjunto de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a sus principales materias: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistema retributivo y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites de la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social (art. 82.3 modificado LET); 2) el sometimiento de la discrepancia ante la *falta de acuerdo* para la inaplicación del convenio colectivo, y la no solución del conflicto por otras vías autónomas (la regulación de los procedimientos para solventar estas discrepancias siguen formando parte del contenido mínimo del convenio colectivo, artículo 85.3 modificado LET), a un *arbitraje obligatorio*, a petición de cualquiera de las partes, ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos [por Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, «se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», BOE, 28 de septiembre] o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas

en razón al ámbito territorial del asunto (art. 82.3 modificado LET); 3) pérdida de la naturaleza dispositiva (salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de comunidad autónoma estableciera reglas distintas sobre la estructura de la negociación colectiva o la concurrencia entre convenios) de la regla de la *prioridad aplicativa del convenio de empresa* respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, que se convierte así en principio legal imperativo y directo (art. 84.2 modificado LET); 4) la previsión legal de que los sujetos legitimados puedan negociar la *revisión del convenio colectivo* durante su propia vigencia y sin necesidad por tanto de esperar a su denuncia (art. 86.1 modificado LET); 5) la limitación temporal de la *ultractividad* –tampoco este término, habitual y utilizado en el preámbulo de la norma reformadora, está recogido en el *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE– del convenio colectivo a un año desde su denuncia, sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario (art. 86.3 modificado LET y disp. transitoria 4.^a); y 6) supresión del plazo máximo de quince días, a contar desde la constitución de la comisión negociadora, para el inicio de la negociación del convenio colectivo (art. 89.2 modificado LET).

8.4. *Eficiencia del mercado de trabajo y reducción de la dualidad laboral*

Para combatir la acusada rotación y segmentación del nuestro mercado de trabajo, el capítulo IV de la Ley 3/2012 (arts. 17 a 19) establece, bajo la rúbrica «medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral», un conjunto de ellas referidas esencialmente a la extinción del contrato de trabajo (art. 18, disps. transitorias 5.^a y 10.^a) en los siguientes puntos (salvo el primero de ellos, claro es):

- El adelantamiento del fin de la suspensión temporal de la prohibición de *encadenamiento de contratos temporales* (art. 15.5 LET), cuya previsión legal volvería a ser de aplicación plena a partir del 1 de enero de 2013 (art. 5 modificado RD-I 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes).
- El *despido colectivo*, cuyo régimen jurídico ha experimentado importantes modificaciones: 1) la delimitación legal de la justificación del despido (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), que se simplifica con la eliminación de referencias normativas existentes («proyecciones de futuro de imposible prueba», preámbulo), facilitándose su utilización para causas económicas al entenderse que la disminución [disminución persistente del «nivel de ingresos ordinarios o ventas» (?)] de la empresa] es persistente «si durante

tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior»; y 2) la supresión de la autorización administrativa, manteniéndose la exigencia comunitaria de un período de consultas, pero sin exigir un acuerdo con los representantes de los trabajadores (arts. 49.1 y 51 modificados LET). Por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, «se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada», *BOE*, 30 de octubre; y por Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, se regulan «las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años» (*BOE*, 30 de octubre).

- El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la *personal laboral* al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del *sector público* se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) LET y sus normas de desarrollo, entendiéndose que concurren causas económicas cuando se produzca en aquellos una situación de «insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes», en todo caso si se manifiesta durante «tres trimestres consecutivos» (disp. adicional 2.ª). Se abren las puertas, así pues, para un ajuste generalizado del empleo público.
- El *despido disciplinario improcedente*: 1) el abaratamiento de la indemnización a cargo del empresario, cuando no se opte por la readmisión del trabajador, que pasa ahora, de los anteriores «cuarenta y cinco» días de salario con el límite de «cuarenta y dos» mensualidades, a *treinta y tres* días de salario por año de servicio hasta un máximo de *veinticuatro* mensualidades (art. 56.1 modificado LET), generalizándose así para todos los despidos improcedentes la indemnización a la baja que contenía la ya suprimida modalidad del «contrato de fomento para la contratación indefinida»; 2) la percepción por el trabajador de los –aparece la expresión novedosamente en el precepto– *salarios de tramitación* (los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia) únicamente cuando se opte por su readmisión y consiguiente supresión de los mismos para el supuesto de indemnización (art. 56.2 modificado LET); 3) la excepción del nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación para los representantes legales de los trabajadores, quienes tendrán derecho a los salarios de tramitación, tanto si optan por la indemnización como si lo hacen por la readmisión (art. 56.4 modificado LET); y 4) la supresión legal de la posibilidad del llamado *despido exprés*: el contrato de trabajo se entendía extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera su improcedencia y ofreciese la

correspondiente indemnización y su depósito en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador (art. 56.2 modificado LET).

- La modificación de los artículos 209.4 (el ejercicio de la acción contra el despido o extinción del contrato no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo) y 5.a) (eliminación de la mención legal a los salarios de tramitación) LGSS y 8.3 (actualización de la relación de infracciones administrativas muy graves en el ámbito del despido colectivo y de la suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor) LISOS.
- La modificación del régimen jurídico del *Fondo de Garantía Salarial* (art. 19), para limitar el importe de la cantidad de resarcimiento al empresario que deberá abonar de la indemnización que corresponda a los trabajadores por extinciones por causas objetivas (arts. 51 y 52 LET), en empresas de menos de 25 trabajadores, que habrá de ser ahora (frente a la previsión legal anterior del «cuarenta por cien de la indemnización legal que corresponda») el «equivalente a ocho días de salario por año de servicio» (artículo 33.8 modificado LET).

8.5. Medidas de adaptación procesal de las modificaciones sustantivas llevadas a cabo

La reforma del régimen jurídico sustantivo de la suspensión temporal del contrato, de reducción de la jornada y del despido colectivo en lo relativo a la supresión de la autorización administrativa obliga ciertamente a la Ley 3/2012 a la adaptación del tratamiento procesal de estas instituciones mediante una extensa modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando esta apenas había estrenado su vigencia. A tal efecto destina su capítulo V y último (arts. 20 a 25), bajo la rúbrica de «modificaciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

Se efectúa, por lo pronto, una mera modificación adaptadora, a veces simplemente numérica o terminológica, relativa a los siguientes pasajes normativos de la LJS:

- el ámbito del orden jurisdiccional social [art. 2 h) y 2.n)];
- los Juzgados de lo Social [art. 6.2.a)];
- las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 7);
- la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (art. 8.1);
- la acumulación de procesos (arts. 31 y 32.3);
- el tiempo de las actuaciones judiciales (art. 43.4);
- las excepciones a la conciliación o mediación previa (art. 64.1);

- las excepciones a la reclamación administrativa previa o al agotamiento de la vía administrativa (art. 70.1);
- los efectos del despido improcedente (art. 110.1);
- los efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido [art. 111.1b)];
- la rúbrica del capítulo IV del título II del libro segundo («de la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción»);
- la rúbrica de la sección 2.^a del capítulo IV del título II del libro segundo («despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor»);
- la rúbrica de la sección 4.^a del capítulo V del título II del libro segundo («movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor»);
- el proceso de oficio [art. 148 b)];
- la tramitación del procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales (art. 151.11);
- el ámbito de aplicación del proceso de conflictos colectivos (art. 153.1);
- las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente (art. 184);
- el ámbito de aplicación del recurso de suplicación [art. 191.2.e) y 3.a)];
- las resoluciones procesales recurribles en casación (art. 206.1);
- el auto de resolución del incidente de no readmisión en ejecución de sentencias firmes de despido [art. 281.2 b)].

Mención aparte merece desde luego la creación de una nueva modalidad procesal para el *despido colectivo*, que tendrá carácter urgente y cuya tramitación gozará de preferencia absoluta en su despacho sobre cualesquiera otros asuntos, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124 modificado LJS). La rúbrica de este precepto («despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción») contiene por cierto, en la denominación de la modalidad procesal, una sorprendente y única alteración en el orden de los adjetivos de las causas del despido (económicas, organizativas, etc.), si se toma como referencia la mención sustantiva estándar de los nuevos artículos 49.1.i) y 51.1 LET (económicas, técnicas, etc.), que se arrastra de modo incomprensible, a pesar de haber sido puesta de manifiesto, de la redacción originaria del Real Decreto-ley.

Y, en fin, como se ha indicado de pasada, la hasta ahora modalidad procesal relativa a «movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo» incorpora a su denominación y ámbito jurídico las demandas por «suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de

producción [aquí se sigue la secuencia terminológica habitual] o derivadas de fuerza mayor» (art.º 138 modificado LJS).

9. UNA VALORACIÓN GENERAL DE LA REFORMA COMO CONCLUSIÓN

Las *ideas-fuerza* de política legislativa que envuelven a mi juicio el propósito de la reforma –el particular modo examinado de concebir la *flexibilidad* como objetivo para la creación de empleo– pueden ser presentadas finalmente del siguiente modo:

1.º El reforzamiento del *poder individual del empresario* en la gestión de las condiciones de trabajo, con vistas a la consecución de un modelo pleno de *gestión empresarial* de la flexibilidad interna en la empresa y la mejora de la tasa de ganancia empresarial, entendida como presupuesto para la recuperación de la actividad económica, lo que forzosamente redundará siempre en un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores en la empresa. Esta línea de política legislativa se manifiesta a las claras, desde luego, en algunas de las principales regulaciones de la norma:

- La *temporalidad encubierta* y la *extinción libre* en manos del empresario del nuevo y bonificado *contrato de trabajo (indefinido) de apoyo a los emprendedores* durante un año (presentado por cierto como la figura estelar de la reforma y que ha dado un juego moderado en la práctica empresarial), a través del expediente oblicuo de dotarlo legalmente de un período de prueba «que será de un año en todo caso», con la consiguiente desnaturalización de esta institución, en la medida en que, a pesar de la incorporación de su carácter indefinido a la denominación legal de la modalidad contractual, el empresario podrá decidir libremente su resolución durante los doce primeros meses de su vigencia.
- La *facilitación causal* (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa») y la *eliminación de formas de intervención de la autoridad laboral* en el procedimiento de la *movilidad geográfica* de trabajadores.
- La *facilitación causal* (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la «competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa») y la *ampliación material* (la «cuantía salarial» se incorpora a la lista de posibilidades) de las *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* por el empresario.

- La *supresión de la autorización administrativa* en los procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por el empresario en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.
- La *distribución irregular de la jornada de trabajo* a lo largo del año a cargo del empresario de hasta el diez por ciento de esta, en defecto de pacto.
- La *facilitación de la justificación* por causas económicas (se entenderá que existe disminución persistente del «nivel de ingresos ordinarios o ventas» de la empresa, si «durante tres trimestres consecutivos» el nivel de cada trimestre «es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior») y por causas técnicas, organizativas o de producción (el empresario no tiene ya que justificar la «razonabilidad de la decisión extintiva») y la *supresión de la autorización administrativa del despido colectivo*.
- El *abaratamiento de la indemnización* (pasa, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, a treinta y tres con un tope de veinticuatro, generalizándose la indemnización «baja» de los contratos para el fomento de la contratación indefinida que ahora desaparecen) y la *supresión de los salarios de tramitación* (en caso de que se opte por la readmisión, salvo para los representantes legales de los trabajadores) del *despido disciplinario improcedente*.

2.^a La *erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores*, visible desde luego en las modificaciones legislativas del sistema de *negociación colectiva*, cuando menos en los siguientes aspectos institucionales básicos:

- La *generalización de la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo* establecidas en el convenio colectivo de aplicación a la misma (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social), sea este de sector o de empresa, en tanto que dicha posibilidad legal se limitaba hasta ahora exclusivamente al *régimen salarial* previsto en los convenios de ámbito superior a la empresa. La inaplicación habrá de ser decidida «por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» en la misma, estableciéndose en último término el recurso a un *arbitraje obligatorio* ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano correspondiente de las comunidades autónomas), al que cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias, en caso de no haberse alcanzado aquel acuerdo tras el obligado y previo período de consultas.

- La configuración legal de la *prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa* (respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior y para una amplia lista de condiciones de trabajo principales) como *regla absoluta*, imperativa (no dispositiva como hasta ahora) e indisponible (los acuerdos marco estructurales no podrán disponer de la prioridad aplicativa). Esta norma consagra, a fin de cuentas, la *degradación de la negociación colectiva sectorial* de condiciones de trabajo y con ella, por tratarse esta de un elemento esencial del conjunto (la negociación colectiva, o es sectorial, como marco mínimo en distintos ámbitos territoriales para acuerdos descentralizados, los de empresa entre ellos, o es decididamente otra cosa), la erosión del propio sistema institucional de negociación colectiva.
- La *limitación temporal* de la ultractividad de los convenios colectivos a un año desde su denuncia, sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario.

3.^a Y, como consecuencia de todo ello, en fin, el *desplazamiento sensible de la línea de equilibrio* del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales.

Si estas políticas de ajuste desmesurado están aquí para quedarse o si, una vez superados los tiempos de crisis severa que nos agobian, pudiéramos emprender acaso la senda de la recuperación del equilibrio perdido o, por contra, tuviéramos que resignarnos a dejarlo todo como está, a condición de que no empeore, es algo que naturalmente habrá que ver. No creo, sin embargo, que la respuesta se halle en el viento.

La reforma laboral 2012 es, a fin de cuentas, manifiestamente injusta por ideológica y desequilibrada, por haber decantado sus soluciones legislativas en aspectos básicos de la regulación en favor de uno de los intereses en juego, los empresariales, y además –para quienes se contentan con juzgarlo todo en función de los resultados obtenidos– ha resultado hasta el momento decididamente ineficaz para la consecución de su objetivo principal declarado: no solo no ha contribuido a la creación de empleo neto en su primer año de vigencia, como era previsible de modo objetivo por lo demás, sino que la ocupación y el empleo existentes antes de su entrada en vigor han caído de forma considerable y alarmante.

El empleo vendrá tan solo, que nadie lo dude, de la mano de la salubridad y el crecimiento de la actividad económica y, cuando estos lleguen, veremos cómo los reformadores lo achacarán al unísono y con menguado escrúpulo a esta perezosa iniciativa legislativa que tanto ponderaron. Y, si no, al tiempo. Todo lo más, la reforma laboral 2012 del Gobierno del Partido Popular no ha pasado de ser por ahora, al igual que sus artífices calificaron a las que la habían precedido, tan bien intencionada y fallida como ellas.

Breve relación histórica sobre la formación y el desarrollo de la noción de derecho definido como facultad o potestad («derecho subjetivo»)

Alejandro Guzmán-Brito

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

El trabajo expone los hitos fundamentales de la historia de la noción del derecho facultad, modernamente llamado «subjetivo». Desde un alegato acerca de la inexistencia de esa noción en la ciencia de los juristas romanos y de su más seguro origen en la Edad Media, se examinan los aportes de Marsilio de Padua, Guillermo de Ockham y Juan Gerson, por un lado, y de Francisco de Vitoria y la Neoescolástica del siglo XVI, por otra, en la cual se fundó Hugo Grotius para introducir el concepto en el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, de donde la recogió la Pandectística alemana del siglo siguiente, expandiéndola universalmente. A través del

Abstract

The paper describes the key milestones in the history of the notion of legal right, modernly called «subjective». From an argument regarding the absence of that notion in the science of the Roman jurists and their likely origin at the Middle Ages, we examine the contributions of Marsilio de Padua, Guillermo de Ockham and Juan Gerson, on one hand, and Francisco de Vitoria and the sixteen century's Neo-Scholastic one the other, in which Hugo Grotius founded to introduce the concept in the rationalist natural law of the seventeenth and eighteenth centuries, than collected from the German Pandectism of the next century, expanding it universally.

estudio se pone de manifiesto que la idea del derecho subjetivo radica esencialmente en la de poder o facultad, un atributo perteneciente a la categoría de la cualidad, lo que explica que en el pasado se la haya atribuido a los animales y a los inanimados, que también tienen cualidades facultativas y que hoy día se reclame derechos bajo la opinión de poderse aquello que se reclama.

Palabras clave: Derecho subjetivo - Poder - Facultad.

By this study it is showed that the idea of subjective right lies essentially in the right or faculty, an attribute belonging to the category of quality, which explains that in the past it has been attributed to animals and inanimate, which also have facultative attributes, and that today rights are being claimed under the view of having right to what is claimed.

Key-words: Subjective right - Power - Faculty.

1. Me propongo examinar los hitos de la historia de una noción dogmática de gran importancia en el Derecho contemporáneo¹. El nombre técnico con que la identificamos hoy es «derecho subjetivo»; y puesto que en ese nombre interviene directamente la palabra «derecho», decimos que la noción significada viene a ser una acepción de esa palabra; la cual tiene otra, que mentamos con la expresión «Derecho objetivo». Ambas están entre los primeros conceptos que aprende un estudiante de Derecho en las escuelas. Con la acepción objetiva de «Derecho» se expresa a la norma jurídica, de la que rápidamente se transita a la ley. Con la acepción subjetiva se alude a las potestades o facultades de que disponen las personas, concedidas por la norma, en el ámbito positivo, o por la naturaleza humana, si se quiere exceder ese ámbito y trasladar el asunto al natural, como hace el artículo 5 de la *Constitución Política* de Chile cuando declara que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto «a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», derechos que, en consecuencia, no provienen de la norma positiva, ni siquiera de la *Constitución*, la que solo los reconoce y garantiza, sino precisamente de la naturaleza del hombre. De hecho, uno de los sectores en donde la noción de derecho subjetivo ha venido a cobrar una importancia superlativa es el constitucional, y hablamos de derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales; al cual sector se une el internacional, en donde se ha desarrollado con no menos vigor una rama del Derecho internacional también llamada de los derechos humanos.

1. Lo que expongo en este trabajo es una versión resumida y compactada de otro titulado: «La introducción del concepto de derecho-facultad (“derecho subjetivo”) en la ciencia jurídica y en la política». *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, 2012, 1: 23-61.

2. Pero esta irrupción de la idea de derecho subjetivo en los Derechos constitucional e internacional no nos debe hacer perder de vista que también ocupa un lugar importante en el Derecho privado, en donde sus figuras estructurales vienen interpretadas como manifestación de tal idea. Se me perdonará que ilustre tal afirmación con recurso al *Código Civil* chileno. Cuando su artículo 582 define el dominio o propiedad como «el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente», interpretamos que la palabra «derecho» ahí empleada alude a una facultad o potestad del dueño²; y la misma interpretación damos a esa palabra cuando aparece usada en multitud de otras normas de ese código, y de muchos otros por cierto. Claro es que se trata de una interpretación, porque el cuerpo legal citado no dice que la palabra «derecho» miente facultades o potestades. El artículo 565 del código chileno, que divide los bienes en cosas corporales e incorporeales, al definir estas últimas dice ser «las que consisten en meros derechos», no en «meras facultades o potestades»; su artículo 577, que define el derecho real, expresa ser «el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona»; no dice que sea «la facultad que tenemos sobre una cosa», etc.; y lo propio acaece en el artículo 578, que define los derechos personales como «los que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas»; sin expresar, pues, tratarse de unas «facultades o potestades que solo pueden reclamarse de ciertas personas», etc. Así que ese código evita indicar el género próximo al que pertenece «derecho» en la definición de éste, de guisa que sus definiciones resultan aparentemente tautológicas, pues que un derecho real sea «el que tenemos sobre una cosa» significa que el derecho real es «el derecho que tenemos sobre una cosa»; y que los derechos personales sean «los que solo pueden reclamarse», etc., significa que los derechos personales son «los derechos que solo pueden reclamarse», etc. Pero he dicho «aparentemente», porque, para el *Código Civil* de Chile, los derechos reales y personales pertenecen al género superior de las cosas e inferior de las cosas incorporeales; así que la definición de derecho real debe leerse como si de él dijera ser: «la cosa incorporal que tenemos sobre una cosa», etc.; y la de los derechos personales como si de ellos dijera ser «las cosas incorporeales que solo pueden reclamarse», etc. En cuanto a qué sean las cosas incorporeales, el mencionado código nada dice, y se limita a identificarlas con los derechos, aunque, por oposición a la definición de las cosas corporales, que son las que tienen un ser real, según el inciso 2.º del artículo 565, podemos sospechar que las incorporeales carecen de un ser real y solo poseen un ser ideal. Pero el código tampoco define a las «cosas», aunque de ellas dice que pertenecen al género de los bienes: «Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales» expresa, en efecto, el inciso 1.º del artículo 565. Así que el género

2. Lo propio acaece con el artículo 348 del *Código Civil* de España, cuando define la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de una cosa».

supremo es el de «bienes», que toman el nombre de «cosas» cuando se los divide en corporales e incorporales.

En fin, el código chileno tampoco define la noción de «bienes». La palabra «bienes» traduce exactamente el término latino *bona*, plural de *bonus*, que pertenece al vocabulario no del *ius civile* sino del edicto del pretor, aunque equivale, sin ser idéntico, al término sí civil de *patrimonium*. El *ius civile* se ocupaba de las pertenencias, vale decir de los *corpora*, u objetos constituidos por materia sensible, en cuanto son de una persona según el mismo *ius civile* (denotado con la expresión arcaica *ex iure Quiritium*, conservada en la época clásica); los juristas solían llamar *dominium* a tal pertenencia. También se ocupaba de los *iura*, u objetos creados por el Derecho, asimismo en cuanto pertenecen a cierta persona, que es su titular en terminología moderna, aunque los juristas no tienen una denominación especial para designar esa pertenencia de los derechos; los medievales usaron para ella la expresión *quasidominium*.

El planteamiento del pretor era diferente: él se ocupaba de las apariencias de pertenencia o bien de las pertenencias por analogía, en función de protegerlas; de lo cual podemos ofrecer un ejemplo sencillo. El que había adquirido una cosa corporal con arreglo al Derecho civil, esto es, de un dueño merced a un modo tipificado en ese Derecho, disponía de la acción reivindicatoria y por ello se decía ser su dueño, lo que significaba que la cosa era suya por Derecho. En terminología civilística, lo mismo podía expresarse diciendo que la cosa de que se tratara estaba en el *patrimonium* de esa persona. Pero el que había adquirido *a non domino* o sin respetar las formas adquisitivas del Derecho civil, ya no disponía de la acción reivindicatoria ni podía decirse ser dueño de esa cosa, por más que fuera cierto que la poseyera y pudiese adquirirla por usucapión pasado cierto tiempo y cumplidos determinados requisitos. Pero en este caso no se podía sostener que la cosa estaba en el *patrimonium* de la persona. Ahora bien, el punto de vista del pretor es ofrecer al poseedor de la cosa una acción llamada Publiciana, en la que aquél no necesita demostrar que ésta sea suya por Derecho, precisamente porque eso le es imposible; solo debe demostrar que la poseyó en tales condiciones que, de haber transcurrido todo el plazo de la usucapión, la hubiera adquirido a través de tal modo. En esas circunstancias, mediante la Publiciana, el exposeedor recupera la cosa cuya posesión perdió igual que un dueño en el mismo caso, aunque no es tal. Por cierto que la Publiciana no puede prosperar contra el verdadero dueño, salvo en un caso, que omito para evitar mayores explicaciones. El código chileno conoce la acción Publiciana, aunque la considera como una modalidad de la reivindicatoria, en el artículo 894, que dice:

Se concede la misma acción [*vale decir, la reivindicatoria*], aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. / Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

Como desde el punto de vista del Derecho civil, del poseedor de una cosa que puede defenderla con la Publiciana no puede decirse que tenga tal cosa en su patrimonio, el pretor se limitaba a emplear una fórmula neutra sustitutiva de la expresada con *patrimonium*, y decía de esa cosa «estar entre los bienes» de tal persona: *in bonis esse*.

Si nosotros interpretamos la expresión «bienes» que aparece en el artículo 565 inciso 1.º a la luz de la historia conceptual que acabo de narrar, resulta entonces que es una expresión que podemos hacer equivalente a *patrimonium*, debilitada como históricamente quedó la distinción de Derecho civil y Derecho pretorio, aunque a veces se nos imponga, como en el de los poseedores regulares, de quienes no podemos decir ser realmente dueños, aunque sí por presunción destructible.

El artículo 565 no pretende definir qué son los bienes. Lo que sí quiere decir es que lo real o presuntiva o aparentemente perteneciente a una persona está constituido tanto por cosas corporales como por cosas incorporeales o derechos. Y si nosotros, en efecto, examinamos de qué se compone el conjunto de lo que una persona dice ser suyo, independientemente de que lo sea en realidad, encontramos que se compone ora de objetos constituidos por materia sensible, o que tienen un ser real, como dice el código, ora de derechos personales o créditos, ora de derechos reales; y de nada más. Así que el artículo 565 describe la composición del patrimonio o bienes de una persona.

3. Todo lo anterior puede parecer una excesiva desviación del tema de este trabajo; pero no es así. La verificación de que el código chileno no habla de los derechos en cuanto facultades o potestades, sino de ellos en cuanto cosas que suelen componer los bienes o el patrimonio de una persona nos lleva de inmediato al Derecho romano, porque Bello, quien era un profundo conocedor y admirador de ese Derecho, compuso su código con la perspectiva romana, tal cual se desprende de las *Institutiones* de Justiniano, y no con la perspectiva moderna de los derechos subjetivos o potestades o facultades. En efecto, el derecho subjetivo es una idea, aunque nacida en la época medieval, de contornos especialmente modernos; pero no romana.

Si la esencia del «derecho subjetivo» se encuentra en la noción de «facultad» o «poder», deberíamos esperar que los juristas romanos hubieran designado a las facultades y a los poderes de las personas con la palabra «derecho»³. Pero no es así. Por

3. Sobre la existencia o no del derecho-facultad en el Derecho romano, véanse: KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY. 1928: «Quelques dispositions générales d'un projet de Code Civil polonais». *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 27: 569-578. Paris; PUGLIESE, Giovanni. 1939: *Actio e diritto subiettivo*. Milano (hay reimpresión Napoli: Jovene, s. d. [pero de 2006]); Ídem. 1951: «Res corporales, res incorporeales e il problema del diritto soggettivo»; Ídem. 1985: *Scritti giuridici scelti*. Napoli: Jovene, III: 237-274; KASER, Max. 1949: *Das altrömische Ius*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 96-100; GUARINO, G. 1949: *Potere giuridico e diritto subiettivo*. Napoli (que no he podido ver); VILLEY, Michel. 1962: «Las Institutes de Gaius et l'idée du droit

cierto, los juristas romanos hablan a cada instante de facultades y de poderes de las personas, y sus escritos están saturados de expresiones verbales como *potest* o *licet*, o sustantivas como *facultas* o *potestas*. Pero es también cierto que no existe texto jurisprudencial, legal o literario alguno en que se nos diga que la palabra *ius* significa el poder o la facultad de las personas.

Semejante significación esperaríamos encontrarla, desde luego, en algunos de los fragmentos que los compiladores justinianos reunieron en aquellos títulos de sus compilaciones destinados a recoger ideas generales y más o menos estructurales, como son los títulos I: *De iustitia et iure*, y II: *De iure naturali, gentium et civili*, del libro I de las *Institutiones* de Justiniano, y los títulos I: *De iustitia et iure*, y III: *De legibus, senatus consultis et longa consuetudine*, del libro I de sus *Digesta*. Pero no es así. Particularmente ilustrativo es un texto de Paulo, conservado en Dig. 1,1,11, en el que vienen analizados los diversos sentidos en que se usa la palabra *ius*. De ésta afirma, en efecto, el jurista que es plurisemántica («*ius pluribus modis dicitur*»: «derecho se dice de varios modos»)⁴, pues significa: Derecho natural, Derecho civil, Derecho honorario,

subjectif» (publicado en 1946-1947 como «L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romaines»), después en Ídem.: *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. París: Dalloz, 167-188 (traducción castellana en Ídem. [1976]: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, s. d., 71-99); Ídem. 1949: «Du sens de l'expression "jus in re" en Droit romain classique». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3: 417-436 (traducción castellana en Ídem.: *Estudios* cit. íbidem., 101-123); Ídem. 1950: «Le "ius in re" du Droit classique romain au Droit moderne». En *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain*. París: Sirey, VI, 187-225 (traducción castellana en Ídem.: *Estudios* cit. íbidem., 125-148); D'ORS, Álvaro. 1953: «Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius», después en Ídem. [de 1980]: *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp, s. d., 280-311; Ídem. 1954: «Varia romana, I: "ius" en sentido objetivo-subjetivo». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 24: 635-636. Madrid; Ídem.: 1955: «Varia romana, I: "ius", posición justa». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25: 825. Madrid; GIOFFREDI, Carlo. 1947-1948: «ius, lex, praetor». *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 13-14, especialmente en pp. 50-59. Roma; Ídem. 1955: *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*. Roma: Apollinaris, 291-300; Ídem. 1967: «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano». *Bullettino del Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 70: 227-238. Roma; ORESTANO, Riccardo. 1960: «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale», después en Ídem. 1988: *Scritti*. Napoli: Jovene, III: *Saggistica*, 1401-1450; BETTI, Emilio. 1953: «Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica», después en Ídem. 1991: *Diritto, metodo, ermeneutica*. Milano: Giuffrè, 393-449; ALBANESE, Bernardo. 1963. «Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo», después en Ídem. 1991: *Scritti giuridici*. Palermo: Palumbo, I, 351-361; SANTORO, Raimondo. 1967: «Potere ed azione nell'antico Diritto romano». *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 30: 103-651. Palermo, passim, pero véanse especialmente las pp. 213-217 y 427-439; BISCARDI, Arnaldo. 1968: «Azione e rapporti giuridico». En *Antologia giuridica romanistica ed anticuaría*. Milano: Giuffrè, I, 142-153; ROBLEDA, Olis. 1972: «El derecho subjetivo en Gayo». En *Studi in onore di Gaetano Scherillo*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, I, 7-18; Ídem. 1977: «La idea del derecho subjetivo». *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 80: 23-41. Roma; TELLEGEN, Jan Willem. 1994: «"Res incorporalis" et les codifications modernes du Droit civil». *Labeo*, 49, 1: 35-55. Un estado de la cuestión en: MEGÍAS, José Justo. 2003: «El derecho subjetivo en el Derecho romano». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25: 35-54. Valparaíso [esa revista está disponible en: www.scielo.cl]. Véase, además, la lista de trabajos de Michel Villey citados en la nota 7.

4. «*ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. Nec minus*

lo que hace el pretor, el lugar en donde se administra el Derecho. Pero en ningún momento Paulo insinúa siquiera que *ius* significara *potestas* o *facultas*. Ahora bien, si tales también hubiesen sido acepción de *ius*, es demasiado improbable que Paulo hubiera dejado de registrarlas. Se tendrá presente que aquel fue un jurista muy tardío (fines del siglo II y principios del siglo III d. C.), prácticamente uno de los últimos clásicos, que, por ende, hubiera estado en óptimas condiciones para recoger un uso lingüístico de cualquier época anterior que no se hubiera perdido, y no tenemos por qué suponer que *ius* como *potestas* o *facultas*, habiendo regido en el Derecho romano precedente, se hubiera perdido en la época de Paulo. Es asimismo increíble que la acepción de *maras*, suponiéndola registrada originalmente por Paulo en el texto en examen, hubiera sido eliminada por los compiladores justinianos cuando incorporaron el fragmento en el Digesto, para lo cual carecieron de razones.

También es particularmente decisivo el empleo de la palabra *ius* en las fórmulas del pretor. Como se recordará, en el procedimiento llamado *per formulas*, de la época clásica, todo litigio se sustancia ante el pretor, aunque se falla por un *iudex privatus*. El resultado de lo obrado ante el pretor queda registrado en una *formula*, que es un escrito construido con un lenguaje estilizado y tecnificado, con el cual el pretor instruye al juez acerca de los términos de la contienda sobre que debe recibir las pruebas, escuchar los alegatos de los abogados y, en fin, fallar. Tomemos como ejemplo la cláusula denominada *intentio* de la fórmula de la acción vindicatoria del usufructo, en que se contiene la pretensión del actor. Éste, que en las fórmulas abstractas aparece siempre como «Aulo Agerio», pretende ser titular de un usufructo sobre cierto fundo, cuya existencia niega el actual poseedor, el cual, consiguientemente, impide su ejercicio al supuesto titular. La pretensión del actor, en orden a ser titular de un usufructo, era vertida así en la *intentio* latina de la fórmula: «Si paret Aulo Agerio *ius esse in eo fundo quo de agitur uti frui*»⁵. Una tan apresurada como falsa traducción, inspirada por el prejuicio de que *ius* en materia de usufructo significa el derecho subjetivo de usufructo, sería ésta: «Si aparece que Aulo Agerio tiene el derecho de usar y disfrutar ese fundo

ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur» [«Derecho se dice de varios modos. En un modo se dice Derecho de aquello que siempre es ecuo y bueno, como es el Derecho natural. De otro modo, de lo que en cualquier ciudad es útil a todos o a los más, como es el Derecho civil. En nuestra ciudad rectamente se llama Derecho al Derecho honorario. También se dice que el pretor da Derecho incluso cuando resuelve inicuamente, con relación no a lo que el pretor hizo así, sino a aquello que el pretor convino hacer. En otra significación se dice Derecho al lugar en el cual se administra el Derecho, en denominación referida a aquello que hace en el lugar en donde se hace. El cual lugar podemos determinarlo de este modo: donde quiera que el pretor, dejando a salvo la majestad de su imperio y las costumbres de los antepasados, se constituye para ejercer la jurisdicción, rectamente se llama Derecho a ese lugar»].

5. LENEL, Otto. 1927: *Das Edictum perpetuum*. 3.^a ed. Leipzig: Tauchnitz, § 72, 190.

del cual se trata». Pero la traducción fiel, por literal, de la fórmula es la siguiente: «Si usar y disfrutar en ese fundo, del cual se trata, parece ser derecho para Aulo Agerio». El término *ius* tiene, pues, valor de adjetivo. El pretor ordena al juez no que investigue si Aulo Agerio tiene el derecho subjetivo de usufructo, sobre el fundo, o sea, el poder o facultad de usufructuarlo, sino que investigue si usar y disfrutar en el fundo es o no *ius* para Aulo Agerio. Casi tenemos la tentación de hacer equivaler *ius* a *iustum*, o de usar la traducción de *ius* como Derecho en su acepción adjetiva de algo no torcido, o sea, recto, o «derechurero», como se decía en castellano antiguo⁶. Se trata, pues, de saber si cierta actividad en el fundo es justa o no lo es.

Este significado adjetival del término *ius*, conservado en las fórmulas procesales, no siempre es recogido en el lenguaje de los juristas, en el cual se produjo una sustantivación del mismo: no ya «lo» *ius*, sino «el» *ius*. Que usar y disfrutar un fundo sea *ius* no es lo más importante cuando se mira al usufructo como un objeto del tráfico jurídico, en paralelo con los otros objetos constituidos por materia sensible, que se venden, arriendan, pignoran o depositan. También el usufructo, aunque en forma más limitada, es objeto de un cierto tráfico jurídico: se puede legar, en función de constituirlo, se puede hipotecar el ya constituido, también se puede ceder entre vivos; en suma, se comporta en el tráfico como los objetos reales y hace parte de las fortunas de las personas, es decir, de su patrimonio o bienes, pues tiene un valor pecuniario: cuando lo adquiero, me hago más rico; si se extingue, me hago más pobre o mis herederos reciben una herencia menos rica. Esta consideración llevó a los juristas a decir que el usufructo mismo es un *ius*, con valor sustantivo; sin perjuicio de que para su titular sea *ius* usar y disfrutar el fundo. Por consiguiente, así, con valor sustantivo, el usufructo representa una cosa, aunque incorporal.

Cierto es que también se puede ejecutar otra operación lingüística con *ius*, sobre la base de observar que el titular de un usufructo tiene el poder o facultad de usar y disfrutar el fundo, de modo de denominar *ius* a ese poder o facultad. Pero esta operación no la ejecutaron los juristas romanos. Naturalmente ellos sabían y hasta decían que el usufructuario tiene el poder y facultad de usar y disfrutar el fundo; pero nunca dijeron que ese poder o facultad diera la esencial del usufructo.

6. Cfr. *Partidas*, III, tít. 28.º, ley 47.ª, en donde, a propósito del modo de adquirir tradición, se dice: «Otrozi dezimos que por todas aquellas razones, o maneras que passa la tenencia delas cosas delos unos omes alos otros, maguer non sean apoderados dellas corporalmente, según dize en el titulo que fabla de la manera en que puede ome ganar o perder tenencia de las cosas a aquellos a quien son vendidas, o cambiadas, o dadas en dote, o en otra manera, o las han de aver por alguna razón derecha». En la expresión «razón derecha», esta última palabra funciona como adjetivo (como aún lo hace en muchos casos). Aquélla traduce la latina «iusta causa». «Derecho/a» en esta función adjetival comparece frecuentemente en las *Partidas* y en otras fuentes de su misma época.

4. Ahora bien, el día en que se empezó a decir que un *ius* significa lo mismo que el poder o la facultad de hacer algo, ese día surgió la noción de derecho subjetivo.

La tesis del filósofo del Derecho e historiador de las ideas jurídicas, el profesor francés Michel Villey, para quien la atribución del significado de «facultad» o «potestad» a la palabra «derecho» tuvo sus orígenes precisos en el pensamiento del filósofo y teólogo inglés Guillermo de Ockham (c. 1298-c. 1349)⁷, hoy día ya no podemos sostenerla. Villey se fundó en las investigaciones del historiador de las ideas, su compatriota Georges de Lagarde, quien, por la primera vez, había llamado la atención acerca de la importancia del escrito ockhamiano *Opus nonaginta dierum* para la historia de la formación del concepto de derecho-facultad⁸, pero acentuando esa importancia hasta el punto de convertir a la citada obra en el acta de nacimiento de aquella noción. Esto significaba, según Villey, que ni los romanos ni los pensadores medievales anteriores a Ockham, particularmente Tomás de Aquino (1225-1274), ni los civilistas y canonistas de esa época, conocieron la figura del derecho subjetivo.

Las ideas de Villey sobre el origen del derecho-facultad fueron revisadas por el profesor estadounidense Brian Tierney⁹. Merced a varios trabajos, éste ha configurado una nueva imagen del asunto, en la cual la noción de los derechos subjetivos resulta haber sido una creación de ciertos canonistas del siglo XII; en consecuencia, Ockham

7. Véase: VILLEY, Michel. 1964: *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*. En ídem. 1969: *Seize essais de Philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire*. Paris: Dalloz, 140-178 (traducción castellana en ídem. [1976]: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, s. d., 149-190. También debe tomarse en cuenta su exposición histórica de conjunto: *La formation de la pensée juridique*, 4.ª ed. Paris: Montchretien, 1975, passim desde pp. 147-272. Sobre las concepciones de Villey en esta materia, véase: RAMPAZZO, Natale. 2007: «Diritto soggettivo e "ius" nella visione di Michel Villey». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 54: 379-408. Acerca del derecho-facultad en Ockham, con independencia de su primacía u originalidad, véase: McGrade, Arthur Stephens: «Right(S) in Ockham. A Reasonable vision of politics». En V. Mäkinen-P. Korkman (eds.): *Transformations in Medieval and Early/Modern Rights Discourse*, 63-94.

8. VILLEY, M.: *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, cit. (n.º 7), 158: 170 y 174.

9. Véanse: TIERNEY, Brian. 1983: «Tuck on Right: Some Medieval Problems». *History of Political Thought*, 4: 429-441; Ídem. 1986: «Natural Law and Canon Law in Ockham's Dialogus». En J. G. Rowe, (ed.): *Aspect of Late Medieval Government and Society. Essays Presented to J. R. Lander*. Toronto; ídem. 1988: «Villey, Ockham and the Origin of Individual Right». En J. White-F. S. Alexander (eds.): *The Weightier Matters of the Law. Essays on Law and Religion*. Atlanta, 1-31, ahora en ídem. 1997: *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*. Grand Rapids, Mich., 13-42; ídem. 1989: «Origins of Natural Rights Language: Text and Context. 1150-1250». *History of Political Thought*, 10: 615-646, ahora en ídem.: *Idea of Nat. Rights*, cit. íbidem.: 43-77; ídem. 1991: «Aristotle and the American Indians-Again: Two Critical Discussions». *Cristianesimo nella Storia*, 12: 295-322, ahora en ídem.: *Idea of Nat. Rights*, cit. íbidem.: 255-287; Ídem. 1991: «Ius dictum est a iure possidendo: Law and Rights in Decretales 5, 40: 12». En WOOD, D. (ed.): *Church and Sovereignty. Essays in Honour of Michel Wilks*. Oxford, 457-466; ídem. 1991: «Marsilius on Rights». *Journal of the History of Ideas*, 53: 3-17, ahora en ídem. *Idea of Nat. Rights*, cit. íbidem.: 108-118; ídem. 1992: «Natural Rights in the Thirteenth Century. A Quaestio of Henry of Ghent». *Speculum*, 67: 58-68, ahora en ídem. *Idea of Nat. Rights*, cit. íbidem.: 78-89. De todos modos es conveniente tener presente todo el volumen titulado *The Idea of Natural Rights* antes citado, del que hay traducción italiana como *L'idea dei diritti naturali*. Bologna: Il Mulino, s. d. (pero 2002).

la encontró ya formada y se limitó a usarla. Esta opinión ha obtenido aceptación en algunos estudiosos de los Estados Unidos¹⁰ y de Europa¹¹; pero también ha sido directamente rebatida¹². Por otro lado, una importante corriente de pensamiento entiende que la noción del derecho-facultad tuvo su origen en el ambiente creado por la especulación franciscana en torno a la pobreza evangélica¹³ que, por cierto, es anterior a Ockam.

Sea como haya sido, el problema del origen no podemos darlo por resuelto en el sentido defendido por Villey: Ockham no fue el inventor de la noción de *ius* como *potestas* o *facultas*, que parece encontrarse documentada ya en el siglo XII, con la siguiente matización derivada del pensamiento de Villey: inicialmente éste había previsto que una noción como aquella en estudio no pudo aparecer de pronto e improvisto, y supuso que debió de surgir en el habla cotidiana del mundo medieval, como reflejo de vindicaciones de poderes y estatutos de particulares y comunidades contra comunidades mayores y viceversa, de que el mundo medieval estaba repleto, y en el cual la tendencia a transformar el poder que se defiende en Derecho resultaba muy marcada. Solo que Villey permaneció sujeto a Ockham. Tierney también parte casi del mismo postulado histórico-sociológico: «Medieval society was saturate with a concern of right»¹⁴, no bien haya podido remontarse más lejos hasta poner de manifiesto que ya en el siglo XII los canonistas entendían al *ius* como *potestas* o *facultas*. Tan solo hay que repetir que Villey quizá tuvo razón al afirmar que esta noción fue un deslizamiento del lenguaje vulgar («glissement du langage vulgaire»). Un indicio de esto yo lo veo en un texto del *Defensor pacis* (escrito entre 1318 y 1324, antes que el *Opus nonaginta*

10. Véase, por ejemplo: PENNINGTON, Kenneth. 1993: *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*. Berkeley y otras: University of California Press, 123 ss.; ídem. 1998: «The History of Rights in Western Thought». *Emory Law Journal*, 47: 237-252. Cfr. DONAHUE, Charles Jr. 2001: «Ius in the Subjective Sense in Roman Law. Reflections on Villey and Tierney». En D. Maffei (ed.): *A Ennio Cortese*. Roma: Il Cigno, I, 506-530.

11. Así, por ejemplo: NÖRR, Knut Wolfgang. 1992: «Zur Frage des subjectiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft». En D. Medicus y otros (eds.): *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag*. Stuttgart y otras: Kohlhammer, 193 ss.

12. PADOVANI, Andrea. 1999: «Prefazione» a PARISOLI, Luca: *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica franciscana*. Roma: Istituto Storico dei Cappuccini, 5-30.

13. Entre otros: GROSSI, Paolo, 1972: «“Usus facti”. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova», después en ídem. 1992: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderni dei diritti reali*. Milano: Giuffrè, 123-189; PARISOLI, Luca. 1999: *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica franciscana*. Roma: Istituto Storico dei Cappuccini; BRETT, Annabel. 1997: *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, reimpresión 2000; MÄKINEN, Virpi. 2001: *Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*. Leuven: Peeters; ídem. 2005: «The Franciscan Background of Early Modern Rights Discussion Rights of Property and Subsistence». En J. Krayer-Saarinen (eds.): *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer, s. d., 165-180; LAMBERTINI, Roberto: «Poverty and Power Franciscans in Later Medieval Political Thought». En J. Krayer-Saarinen (eds.): *Moral Philosophy*, cit. ibi, 141-163.

14. TIERNEY, B.: *Idea of Natural Rights*, cit. (n.º 8), 54.

dierum de Ockham) de Marsilio de Padua (c.1275 - c.1343), en donde su autor discute los sentidos de la palabra *ius*. A propósito de su significación «*de omni humano actu, potestate vel habito acquisito*»¹⁵, Marsilio comenta: «Secundum hanc quidem significationem soliti sumus dicere “hoc ius alicuius esse”, cum rem aliquam iuri primo modo dicto conformiter vult aut tractat»¹⁶. Marsilio, pues, habla, aunque promiscuamente, del derecho como *potestas*¹⁷. La noción aparece ilustrada enseguida con una expresión: se dice, en efecto, que «este derecho es de alguien» cuando alguien quiere o pretende algo. Pero lo que interesa destacar es el verbo empleado por Marsilio para introducir esta dicción: «acostumbramos decir» (en pretérito perfecto: *soliti sumus dicere*). La idea de los juristas de identificar *ius* con *potestas*, ¿no habrá sido precedida por usos lingüísticos del común, como «este derecho es mío», «esto es mi derecho», «por derecho puedo», etcétera?

La acepción de *ius* como *potestas* no pasó a los civilistas, vale a decir, a los glosadores del *Corpus iuris civilis*, ni, después, a los comentaristas del mismo. Pero se la encuentra en Marsilio de Padua, como vimos, y, poco después, sobre todo en Guillermo de Ockam, en efecto. Sus definiciones no fueron movidas por un interés puramente científico acerca de la naturaleza del Derecho, sino incitadas por la necesidad de defender a sus hermanos de orden, los franciscanos, en la querrela de la pobreza agitada a principios del siglo XIV. Aquí nos limitaremos a resumirla apretadamente y en forma algo esquemática en aras de la brevedad.

La orden franciscana, por regla de su fundador, debía practicar una pobreza total. Pero el prestigio de su acción pastoral había incitado a muchos fieles a donarle, heredarle y legarle bienes para sus obras caritativas, que con el tiempo transformaron a la orden en una rica propietaria. Ello hizo entrar en escrúpulos a los frailes, porque la riqueza acumulada contradecía la regla. Para superar la contradicción, el papa Nicolás III, en 1279, mediante la bula *Exiit qui seminatur*, confirmada posteriormente por diversos sucesores que protegían a la orden, declaró tomar para el Papa y la Iglesia Romana el dominio y propiedad de los bienes de aquélla, reservando a los monjes un mero «uso de hecho» (*usus facti*). De esta manera quedaron conciliadas la regla y la existencia de recursos para la actividad caritativa de los frailes.

15. MARSILIUS PATAV.: *Defensor pacis* II^a, 12, 10: «De todo acto humano, potestad o hábito adquirido [...] tanto inmanente como trascendente a alguna cosa exterior o a algo de una cosa, como el uso o el usufructo, una adquisición, detentación o conservación y cambio [...]».

16. MARSILIUS PATAV.: *Defensor pacis* II, 12, 11.^a: «Según esta significación, en efecto, acostumbramos a decir que “este derecho es de alguien”, cuando alguna cosa se quiere o pretende, conformemente con el derecho en el primer sentido dicho».

17. Sobre el derecho-facultad en Marsilio, véanse: TIERNEY, B.: *The Idea of Natural Rights*, cit. (n.º 8), 108-118; BRETT, Annabel. 2006: «Politics, Right and Human Freedom in Marsilius of Padua». En V. Mäkinen-P. Korkman, (eds.): *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*. Dordrecht: Springer, s. d., 95-115.

La solución papal marchó bien hasta que el tema de la pobreza evangélica se transformó en una ideología política en contra del Papado, muy rico él mismo, en el marco de las últimas luchas entre aquél y el Imperio, complicada con la delicada cuestión de si Cristo había sido propietario de algo, a que los radicales de la pobreza daban una respuesta negativa. El papa Juan XXII, enemigo de estos radicales, con ocasión de un incidente casi anecdótico, pero que, como suele suceder en climas enrarecidos, dio lugar a serios conflictos mayores, decidió devolver a los franciscanos el dominio de los bienes que antes les habían pertenecido y que una vez el Papado había asumido para sí. Al efecto el Papa emitió diversas bulas, de las cuales las principales fueron la *Ad conditorem canonum*, de 1322, y la *Cum inter nonnullos*, de 1323. Uno de sus argumentos era éste: si los franciscanos tienen un *usus facti* de esos bienes, una de dos: o este uso de hecho se arregla a Derecho, y eso no puede significar otra cosa que los franciscanos tienen un *dominium*; o no se arregla a Derecho, y entonces los franciscanos los usan injustamente y pecan. En el primer caso, preciso es reconocer la realidad y abandonar la ficción de que los franciscanos no son dueños de nada, lo que implica devolverles formalmente el dominio que un día atrajo el Papado para sí. En el segundo caso, preciso es evitar que los franciscanos continúen conduciéndose injustamente y pecando, lo cual también implica devolverles ese dominio. Por cierto, Juan XXII todavía concebía el *ius* en el modo clásico, vale decir como lo justo mismo (*iustum*), la *res iusta ipsa* en el decir de Santo Tomás. El Papa demostraba sus asertos con el análisis de lo que ocurría con las cosas consumibles, cuyo uso es inseparable del dominio, porque al usarlas necesario es destruirlas, es decir, disponerlas materialmente, como ocurre con los alimentos. Si hay disposición de la cosa, no puede no haber dominio. Ahora bien, los franciscanos comían y bebían. ¿Cómo negar entonces que fueran dueños de las vituallas que consumían para su nutrición? La alternativa de ser dueños o de ser pecaminosamente injustos ofrece en ese caso una evidencia incontestable.

Fue en el ambiente antifranciscano creado por las bulas de Juan XXII, en lucha con el Imperio, que sus detractores desarrollaron una teoría jurídica en la que estuvo insita la idea de *ius* como *potestas*.

La argumentación de Juan XXII era técnicamente inobjetable, desde el punto de vista romano y aristotélico-tomista. De acuerdo con las nociones clásicas, una operación justa no asistida por el *ius* es imposible por contradictoria. Es afirmar y negar al mismo tiempo la existencia del *ius*. Tal era el caso de un *usus facti* sin *ius*. En consecuencia, para demostrar su tesis, los opositores del Papa debían prescindir de las nociones clásicas y conferir a la palabra *ius* un significado que permitiera afirmar que sin Derecho se puede ser justo. Lo cual conseguían sustituyendo la idea de operación justa por la de poder lícito; así, no ya *res iusta = ius*, sino *potestas licita = ius*. Conseguido lo anterior, el siguiente paso era dar un cierto contenido al poder, o sea al derecho, para luego renunciarlo, de manera que la conservación del *usus facti* quedara así desligada de aquél, con la consecuencia de quedar probada la tesis de ser posible el

uso de hecho sin derecho. Esto es lo que sostuvo Guillermo de Ocham en su *Opus nonaginta dierum*, escrito para demostrar los errores del Papa.

5. El capítulo siguiente de esta historia hace comparecer al teólogo francés Johannes de Gerson (1363-1429), canciller de la Universidad de París que fue en 1395, e importante miembro del Concilio de Constanza (1414-1418), que dio solución al Cisma de Occidente, como se llama al período entre 1378 y 1417, cuando la Iglesia se vio dividida por la existencia de dos papas, y de tres desde 1409, que reclamaban para sí la legitimidad. En 1417, en efecto, ese concilio, previas la deposición de dos de los tres papas y la renuncia del tercero, eligió a Martín V como pontífice único, y así quedó restablecida la unidad. Antes, el concilio se había inclinado por las tesis que afirmaban la superioridad de aquél sobre el papa y que por ello se llaman conciliaristas. En 1414, el concilio había condenado los escritos de John Wycliff, en cierto modo precursor de la Reforma protestante, quien había muerto en 1384; y en 1415 hizo procesar, condenar y ejecutar a Juan Hus, seguidor de Wycliff.

La figura de Gerson es importante en nuestra historia porque, hasta entonces, quienes habían identificado *ius* con *potestas* o *facultas* no habían hecho seguir la identificación con alguna teoría justificante. Ya hemos dicho que lo más probable es que la acepción de *ius* como *potestas* o *facultas* haya nacido en el uso del hablar después recogido por los canonistas. Marsilio y Ocham la dan por supuesta. Gerson fue el primero en ofrecer una doctrina sobre tal acepción. Es importante considerar que, sin embargo, Gerson no estaba animado por un sentimiento profesional hacia el Derecho, que lo llevara a investigaciones teóricas desinteresadas. No era, desde luego, un jurista, sino un teólogo y un predicador religioso, preocupado por el bien de la Iglesia, y por resolver la terrible y escandalosa crisis del cisma. Su problema era determinar quién tiene el poder en la Iglesia: si el papa, si el concilio; y él pensaba que es este último el que lo tiene; así que la acepción de *ius* como *potestas* ayudaba oportunamente a su causa, pues conducía a afirmar una superioridad de Derecho del concilio por sobre el papa y alejaba la sospecha de tratarse de una desnuda disputa de poderes. Éste es el contexto en que Gerson se sintió motivado a indagar el contenido de la palabra *ius*, lo cual hizo en dos de sus obras. La primera es el *Liber de vita spirituale animae* (1402); la segunda, el *Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum* (1417); esta última fue escrita para su lectura en el concilio de Constanza.

Aquí nos limitaremos, y muy brevemente, a examinar la primera¹⁸. En ella, su autor comienza por establecer una doble acepción de la palabra *ius*, que puede significar

18. Sobre estas definiciones: GUZMÁN BRITO, Alejandro. 2007: «In quaelibet re, tantumdem est de iure quantum de entitate». La concepción ontológica del derecho-facultad a fines de la Edad Media y en la Época Moderna». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29: 272-293. Valparaíso [esa revista está dispo-

bien la ley, bien una «facultad o potestad inmediata, que conviene a alguien según el dictamen de la recta razón»¹⁹. El discurso que sigue es un comentario a esta definición parte por parte. La frase «que conviene a alguien según el dictamen de la recta razón» apunta a indicar la fuente, que Gerson, a fuer de teólogo, pone en Dios o, más propiamente, en la razón de Dios. Enseguida, en la definición se dice que el derecho es «facultad o potestad», y eso porque muchas cosas convienen según el dictamen de la recta razón a algunos, que, sin embargo, se puedan decir ser «sus derechos», como la pena que conviene a los condenados, o el castigo que conviene a los viciosos; pues no decimos que alguien tiene derecho a su propio perjuicio; así que solo es derecho lo que conviene alguien según el dictamen de la recta razón, siempre que se trata de una potestad o facultad. Que se trata de facultades «inmediatas» significa que deben ser actuales, no remotas, de modo que, aun cuando el que está en pecado mortal, ciertamente, tiene la potencia de salvarse, eso es solo si ejecuta lo necesario para salir de su estado pecaminoso; su potencia no es, pues, inmediata; en consecuencia, salvarse no es un derecho suyo.

Seguidamente, Gerson, en modo claramente recapitulario y conclusivo, sienta esta idea general: «Declaremos, pues, que todo ente positivo, cuanto tiene de entidad y, consiguientemente, de bondad, tanto tiene de derecho, así definido en general. De este modo, el cielo tiene derecho a desaguar, el sol a iluminar, el fuego a calentar, la golondrina a hacer nidos; y absolutamente cualquier criatura, a todo aquello que puede hacer bien por facultad natural; cuya evidente razón es que tales cosas todas les convienen según el dictamen de la recta razón divina; de otro modo, nunca persistirían; así el hombre, incluso el pecador, tiene derecho a muchas cosas, como también las otras criaturas abandonadas a sus naturalezas»²⁰. Esta conclusión es sorprendente, pues ahora Gerson reconoce derechos a los animales y a las cosas inanimadas. Pero no había ninguna sorpresa, pues todo es consecuencia de que el derecho sea concebido como potestad o facultad. Filosóficamente habando, en efecto, una potestad

nible en: www.scielo.cl]. Acerca de Gerson, véanse también: TUCK, Richard. 1979: *Natural Rights Theories. Their Origins and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, reimpresión 1998, 25-31; TIERNY, B.: *The Idea of Natural Rights*, cit. (n.º 8), 217-235; BRETT, Annabel. 1997: *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, reimpresión 2000, 76-87.

19. GERSON, Iohannes. 1706: *Liber de vita spirituali animae*, lec. 3.ª. En Gerson, Iohannes: *Opera omnia*. Editado por: L. Ellies du Pin. Antwerpiae, reimpresión Hildesheim y otras. G. Olm Verlag, 1987, III, columna 26 A: «Ius est facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis».

20. GERSON, I.: *Liber*, cit. (n.º 18), III, col. 26 C-D: «Dicamus igitur, quod omne ens positivum quantum habet de entitate et ex consequenti, de bonitate, tantumdem habet de iure sic generaliter definito. In hunc modum, caelum ius habet ad influendum, sol ad illuminandum, ignis ad calefaciendum, hirundo ad nidificandum, immo et quaelibet creatura in omni eo quod bene agere naturali potest facultate: cuius ratio perspicua est, quoniam omnia talia convenient eis secundum dictamen rectae rationis divinae, alioquin nunquam persistent; sic homo etiam peccator ius habet ad multa, sicut et aliae creaturae naturis suis derelictae».

o facultad pertenece a la categoría de la cualidad, y las cualidades no son exclusivas del ser humano sino del ser en general, cualquiera que sea su consistencia. Una piedra, por ejemplo, tiene la cualidad, o si se quiere, la propiedad, de caer, y un perro la de ladrar; pero las cualidades de caer o de ladrar son específicamente facultades o potencias de cada uno de esos seres, que se diferencian de otras cualidades, como la forma o la figura, así la curvatura; o los hábitos y disposiciones, como el de cantar y las virtudes; o las cualidades pasibles, que provocan las sensaciones en otro, tal cual la dulzura de la miel. Hay pues varias especies de cualidades, y una de ellas es la potencia o facultad. Ahora bien, una vez adoptada la idea de facultad para definir al derecho, la conclusión de que todo lo que tenga facultad tiene derecho es rigurosa; así que el derecho-facultad depende de la entidad; y de ahí que Gerson haya sentenciado que todo ente positivo, cuanto tiene de entidad, tanto tiene de derecho.

La definición de Gerson fue comentada por Conradus Summenhardt (1450/1462-1501/1502)²¹, otro teólogo, cuya importancia radica en haberla transmitido a Francisco de Vitoria, de quien pasó al resto de los grandes teólogos juristas españoles del siglo XVI. Ellos no repitieron la definición, porque forjaron las suyas propias; pero no dejaron de criticar los conceptos de Gerson, que conducían a reconocer derechos a los animales y a las cosas inanimadas. Así el mismo Francisco de Vitoria (1483 o 1492-1546), quien definió al *ius* como «potestad o facultad que conviene a alguien según la ley»²². Con su autoridad, aseguró la indiscutible entrada del concepto en los escolásticos del siglo XVI, en los cuales una definición así resultó común. Entre los más importantes, tenemos a Domingo de Soto (1495-1560), por ejemplo, se limitó a definir el dominio como facultad, sin concebir el derecho-facultad como figura general. Del dominio, en efecto, dijo ser «la facultad propia de cada cual y el derecho en cualquier cosa, que puede emplear en provecho de sí mismo, para cualquier uso permitido por la ley»²³. Luis de Molina (1535-1600) explicó que es «la facultad de hacer o de obtener algo, o de insistir en ello, o de tenerlo de algún otro modo, que, si se contraviene sin causa legítima, se hace una injuria al que la tiene. Por lo cual, el derecho, en esta acepción, es como la medida de la injuria, pues en cuanto se lo contraviene y perjudica sin causa

21. Acerca de Summenhart: TIERNEY, B.: *The Idea of Natural Rights*, cit. (n.º 8), 242-252; VARKEMAA, Jussi: «Justification through Being: Conrad Summenhardt on Natural Rights». En J. Krayer-R. Saarinen (eds.): *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer, s. d. (pero 2005), 181-193; idem.: «Summenhardt's Theory of Rights: A Culmination of the Late Medieval Discourse on Individual Rights». En V. Mäkinen- P. Korkman (eds.): *Transformation in Medieval and Early-Moderns Rights Discourse*. Dordrecht: Springer, s. d. (pero 2006)), 119-147; GUZMÁN BRITO, Alejandro: «In quaelibet re, tantumdem est de iure quantum de entitate», cit. (n.º 17), 293-310.

22. VITORIA, Francisco de. 1934: *De iustitia*, edición preparada por el R. P. Vicente Beltrán de Heredia, O.P. Madrid: Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, n.º 5 (p. 64): «ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges».

23. SOTO, Domingo de. 1556: *De iustitia et iure* (1553-1554). Salmanticae, Andreas Portonarius, , reimpresión Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, II, 280: «propria cuiusque facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocunque usu lege permissio».

legítima, en tanto se hace una injuria»²⁴. Y Francisco Suárez (1548-1617) sostuvo que *ius* es una «cierta facultad moral que tiene cada uno con respecto a una cosa que es suya o a una cosa que le es debida»²⁵. La definición de Suárez fue importante por el añadido del adjetivo moral: él habló, en efecto, de *facultas moralis*, con lo cual quería recalcar que no se trata de facultades físicas²⁶.

Preciso es, con todo, hacer notar que estos teólogos-juristas presentan la acepción de *ius* en cuanto facultad como algo impropia. Ellos todavía estaban bajo la órbita mental de Tomás de Aquino, quien, junto con ignorar la acepción de facultad, había definido al Derecho como lo justo objetivo (la «*ipsa res iusta*»)²⁷.

Tal fue todavía la actitud de Hugo Grotius (1583-1645), quien depende de los escolásticos, aunque también forja su propia definición de derecho como «Cualidad moral que compete a una persona para tener o hacer algo justamente»²⁸, cual tercera acepción, después de Derecho como lo justo y Derecho como la ley. Se observará que en Grocio no comparece el sustantivo *facultas*, y que en su reemplazo está *qualitas*. Pero ya sabemos que eso no tiene una importancia especial, porque la facultad es una especie de la cualidad. Grocio, pues, prefirió remontarse al concepto más genérico.

También se observará, en cambio, que en este autor sí se conserva el adjetivo suareciano *moralis*. El sucesor de Grocio, Samuel Pufendorf (1632-1694), también recogió la acepción de facultad junto a la de ley, pero ya ignora la escolástica de Derecho como lo justo²⁹. La celebridad de este autor hizo que el nuevo concepto

24. MOLINA, Luis de. 1749: *De iustitia et iure opera omnia tractatibus quinque* (1593-1600), trat. II, disput. 1.^a, princ. y n.º 1. Colonia Allobrogum: Sumpibus Fratrum de Tournes, I, 15: «est facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui si, sine legitima causa contraveniatur, iniuria fit eam habenti». Quo fit, ut ius in hac accpetione sit quasi mensura iniuriae: quantum enim ei, sine legitima causa, contravenitur et preiudicatur, tantum fit iniuriae».

25. SUÁREZ, Francisco. 1612: *De legibus ac Deo legislatore* (1612), lib. I, cap. 2.º, n.º 4. Conimbricæ: Apud Didacum Gómez de Loureyro, reimpresión Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, I, 11: «*facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam*».

26. Todo esto lo he tratado en mi libro: *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*. Madrid: Iustel, 2009.

27. THOMA AQUINAT: *Summa Theologiae* 2.^a 2.^{ae}, cuest. 57.^a, art. 1.º, solut. 1.^a Ed. Leonina, con traducción castellana, como *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*. En Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1956, VIII, 233: «*Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam; postmodum autem derivatum est ad artem qua cognoscitur quid sit iustum; et ulterius ad significandum locum in quo ius redditur, sicut dicitur aliquis comparere in iure; et ulterius dicitur etiam ius quod redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit sit iniquum*».

28. GROTIUS, Hugo. 1993: *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), lib. I, § 4. Edición de De Kanter-van Hettinga Tromp, B. J. A. Lugduni Batavorum: Brill, 1939, reimpresión Aalen: Scientia, 31: «*qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*».

29. PUFENDORF, Samuel. 1759: *De jure naturae et gentium* (1672), lib. I, cap. 1, § 20. Francofurti-Lipsiae, reimpresión Franckfurt am Main: Minerva, 1967: 20: «*accipiatur pro qualitate illa morali, qua recte vel personis imperamus vel res tenemus aut cuius vi aliquid nobis debetur*» («se toma como aquella cualidad moral, por la cual rectamente imperamos sobre personas, o tenemos una cosa o en fuerza de la cual algo nos es debido»). Sobre el derecho subjetivo en este autor, véase: DENZER, Horst. 1972: *Moralphilosophie und*

pasara a los autores del resto del siglo XVII y del XVIII. Ofrecer un elenco de ellos, en que comparece el concepto del derecho-facultad, fuere excesivo. Pero me detendré en uno porque en él vemos reaparecer las concepciones de Gerson. Se trata del filósofo Benito Spinoza (1632-1677), en cuyo *Tractatus theologico-politicus* leemos lo que sigue: «Entiendo por derecho e institución de la naturaleza no otra cosa que las reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales concebimos cualquier cosa naturalmente determinada a existir y operar de un cierto modo. Por ejemplo, los peces han sido determinados por la naturaleza a nadar, los grandes a comerse a los pequeños, y por esto los peces, por derecho sumo de la naturaleza, beben el agua y los grandes se comen a los más pequeños. Pues es cierto que la naturaleza, considerada absolutamente, tiene un derecho sumo a todo lo que puede, esto es, el derecho de naturaleza se extiende hasta donde se extiende su potencia; pues la potencia de la naturaleza es la potencia de Dios misma, que tiene un sumo derecho a todo; pero, puesto que la potencia universal de toda la naturaleza no es más que la potencia de todos los individuos simultáneamente, síguese de ahí que cualquier individuo tiene un sumo derecho a todo lo que puede, o que el derecho de cada uno se extiende hasta donde se extiende su potencia determinada»³⁰. En el *Tractatus politicus*, por su lado, leemos esta fórmula: «Todo lo que cualquier hombre actúa según las leyes de su naturaleza, eso lo actúa por un sumo derecho de la naturaleza, y tanto de derecho tiene en la naturaleza cuanto vale su potencia»³¹. Tal fórmula recuerda a la de Gerson: «Todo

Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes-und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie. München: Beck, 129-134; SAASTAMOINEN, Kari: «Liberty and Natural Rights in Pufendorf's Natural Law Theory». En V. Mäkinen-P. Korkman (eds.): *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse.* Dordrecht: Springer, s. d. [pero 2006], 225-256, con bibliografía. Véase también: CARPINTERO, Francisco. 1997: «El cambio decisivo de la "jurisprudencia": Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad». En *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios.* Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, I, 361-383.

30. SPINOZA, Baruch: *Tractatus theologico-politicus* (1670), cap. 16.º (ed. Gebhardt, p. 189 = reimpr. Dini, pp. 516-517): «Per ius et institutum naturae nihil aliud intelligo, quam regulas naturae uniuscuiusque individui secundum quas unumquodque naturaliter determinatum concipimus ad certo modo existendum et operandum. Ex. gr. pisces a natura determinati sunt ad natandum, magni ad minores comedendum, adeoque pisces summo naturali iure aqua potiuntur, et magni minores comedunt. Nam certum est naturam absolute consideratam ius summum habere ad omnia, quae potest, hoc est, ius naturae eo usque se extendere, quo usque eius potentia se extendit; naturae enim potentia ipsa Dei potentia est, qui summum ius ad omnia habet; sed quia universalis potentia totius naturae nihil est praeter potentiam omnium individuum simul, hinc sequitur unumquodque individuum ius summum habere ad omnia, quae potest, sive ius uniuscuiusque eo usque se extendere, quo usque eius determinata potentia se extendit. Et quia lex summa naturae est, ut unaquaeque res in suo statu, quantum in se est, conetur perseverare, idque nulla alterius, sed tantum sui habita ratione, hinc sequitur unumquodque individuum ius summum ad hoc habere, hoc est (uti dixi), ad existendum et operandum prout naturaliter determinatum est».

31. SPINOZA, B. (póstumo, 1677), *Tractatus politicus*, cap. 2.º, §§ 3-4 (p. 37): «§ 3: «[...] et consequenter quicquid unusquisque homo ex legibus suae naturae agit, id summo naturae iure agit, tantumque in naturam habet iuris, quantum potentiam valet».

ente positivo, cuanto tiene de entidad, tanto tiene de derecho», en el entendido que las potestades son parte, aunque accidental, de la entidad.

Penetrada la noción del derecho-facultad en la moderna Ciencia del Derecho natural, se expandió desde ahí en dos filones. Uno, más político y publicístico, representado por Locke y Rousseau, quedó plasmado en las declaraciones positivas de derechos del hombre, primero en Virginia, en 1776 y poco más tarde en las demás colonias inglesas de América del Norte independizadas de la Corona, y después en la Francia revolucionaria con la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789. El otro filón, más jurídico y privatístico, estuvo representado por el Derecho natural tardío de la segunda mitad del siglo XVII y la primera pandectística de fines de ese siglo y por la madura del siglo XIX, desde la cual se expandió a los demás países de Europa y a los iberoamericanos³². Ahora bien, en representantes de este segundo filón tuvo lugar un hito importante de la historia del concepto: su denominación³³.

6. Hasta pasada la primera mitad del siglo XIX, el uso normal para designar la noción era la tradicional, de origen escolástico, de derecho como facultad; pero ya se conocen otras dos formas: la de «derecho en sentido subjetivo» y la de «derecho subjetivo». El propio Savigny, por ejemplo, habla de «Recht im subjectiven Sinn»³⁴, pero añade: «según el uso lingüístico de algunos modernos» («nach dem Sprachgebrauch mancher Neueren») ³⁵. En este último autor también aparece la expresión «*subjectives Recht*», en oposición a «*objectives Recht*»³⁶; pero después de acudir a esta forma de decir, Savigny se siente obligado a agregar que ella es de acuerdo con un «conocido uso lingüístico» («nach einem bekannten Sprachgebrauch»), o «según el uso lingüístico de algunos modernos» («nach dem Sprachgebrauch mancher Neueren») ³⁷. En realidad, cuando Savigny introduce por vez primera la noción en su *System*, prefiere la manera aún más antigua, propiamente casi escolástica («facultad»): «Este poder nosotros lo llamamos un derecho de esa persona, significándolo igualmente con facultad»; y solo enseguida agrega: «algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo»³⁸. Algo similar hace

32. Es interesante determinar en qué momento preciso empezó a hablarse de «derecho subjetivo» en cada país.

33. Sobre lo que sigue véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro. 2003: «Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25: 407-443. Valparaíso [revista disponible en: www.scielo.cl].

34. SAVIGNY, F. K. 1840: *System des heutigen römischen Rechts* (reimp. Aalen: Scientia 1981), I, párrs. 4 y 5 (pp. 7 y 9).

35. *Ibidem*. II. *Beilage* VI, § VIII (p. 465).

36. *Ibidem*. I, § 59 (p. 395) nota c).

37. *Ibidem*. I, § 59 (p. 401).

38. *Ibidem*. I, § 4 (p. 7): «Este poder nosotros lo llamamos un derecho de esa persona, significándolo igualmente con facultad; algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo».

con el derecho como norma: «Esta regla nosotros la llamamos derecho sin más, o el derecho general: algunos la llaman derecho en sentido objetivo»³⁹. Se ve, pues, que Savigny, y con él podríamos citar a otros, miraba con reticencia unas denominaciones, que se le aparecían como nuevas.

Al parecer, el camino que condujo a la denominación definitiva empezó con el jurista Georg Darjes (1714-1791), un discípulo de Wolf, quien distinguió entre «derecho considerado subjetivamente» y «objetivamente» (*ius subjective sumtum-ius obiective sumtum*). La misma dualidad de expresión fue retomada poco después por otro discípulo de Wolf, Daniel Nettelbladt (1719-1791); y por Gottfried Achenwall (1719-1772). Me gustaría explicar el sentido de estas expresiones, pero su complejidad haría interminable esta exposición, por lo cual remito al artículo citado más arriba; lo cual me permite repetir lo dicho, en orden a que la denominación del derecho-facultad como «derecho subjetivo» pertenece al último Derecho natural y a la pandectística, de donde se expandió por toda Europa y América, pero en el siglo XX; y observo, en consecuencia, que es muy reciente.

7. Con esto ya terminamos; no sin antes ofrecer una reflexión final. En la segunda mitad del siglo últimamente mencionado asistió a un segundo auge de la noción de derecho subjetivo, que puede darse por iniciado en 1948, con la *Declaración universal de los derechos del hombre* de las Naciones Unidas. Desde entonces la noción no ha hecho más que expandirse y, desde luego, popularizarse: hay unos derechos del niño, distintos de aquellos de los adolescentes, y unos derechos de la mujer, de los adultos mayores, de los ancianos; también del niño quemado, lo mismo que unos derechos reproductivos, de los pueblos indígenas, de los deudores, de los discapacitados, de los agonizantes; hay también unos derechos lingüísticos, de los inmigrantes; no menos que de las prostitutas y homosexuales; en fin, y para coronarlo todo, hay unos derechos de los animales y de las plantas. Es común, por lo demás, que los grupos de agitación que se manifiestan públicamente en las calles y plazas expresen luchar por sus derechos. Los estudiantes luchan por sus derechos; los deudores hipotecarios luchan por los suyos; también lo hacen los sin casa, los llamados «okupas». Generalmente estos derechos, casi nunca definidos ni explicados, no son otra cosa que intereses en conseguir algo del Estado.

Asistimos, pues, a una época de inflación de los derechos, como en la Edad Media. Detrás de todo esto yo veo flotar con nitidez la concepción de Gerson, después retomada por Spinoza. Si derecho es lo que se puede hacer según la entidad o la naturaleza, o sea, la potencia emanada de la entidad o de la naturaleza, no se ve por

39. *Ibidem.* I, § 5 (p. 9).

qué no haya de ser un derecho todo aquello que alguien, incluidos los animales y las plantas, pueda hacer según su entidad o su naturaleza. La prevención escolástica, de que el derecho se limita a las facultades morales, cede paso a esa concepción ontológica, según la cual el derecho consiste en las facultades entitativas, de cualquier especie que sean. Y aun así, la limitación escolástica no es capaz de poner un dique a ciertas facultades, como la de abortar o de casarse dos personas del mismo sexo, que, después de todo, son también morales, no en el sentido de ser éticas, sino en el de pertenecer al mundo moral, en oposición al físico, al que sí pertenece, insospechada y sorprendentemente, en cambio, el derecho a la libre circulación, que consiste en la facultad locomotora del ser humano, de la que carece un ser no locomotor, como un árbol o ciertos animales.

Espero que cuanto he expresado sirva para comprender mejor este complejo mundo de los derechos subjetivos, tan hipertrofiado en la cultura jurídica contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, B. 1963: *Appunti su alcuna petti della storia del diritto soggettivo*.
— 1991: *Scritti giuridici*. Palermo: Palumbo, I.
- BETTI, E. 1953: *Falsa impostazione Della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*.
— 1991: *Diritto, metodo, ermeneutica*. Milano: Giuffrè.
- BISCARDI, A. 1968: «Azzione e rapportigiuridico». En *Antologia giuridica romanistica ed anticuaría*. Milano: Giuffrè, I.
- BRETT, A. 1997: *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, reimpresión 2000.
— 2006: «Politics, Right and Human Freedom in Marsilius of Padua». En Mäkinen, V.-Korkman, P. (eds.): *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*. Dordrecht: Springer.
- CARPINTERO, F. 1997: «El cambio decisivo de la “jurisprudencia”: Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad». En *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, I.
- D’ORS, A. 1954: «Varia romana, I: “lus” en sentido objetivo-subjetivo». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 24. Madrid.
— 1955: «Varia romana, I: “lus”, posición justa». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25. Madrid.
— 1980: *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp.
- DE AQUINO, T. 1956: *Summa Theologiae* 2.^a 2.^{ae}, cuest. 57.^a, art. 1.^o, solut. 1.^a ed. Leonina, con traducción castellana como *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*. En Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid.
- DE MOLINA, L. 1749: *De iustitia et iure opera omnia tractatibus quinque* (1593-1600), trat. II, disput. 1.^a, princ. y n.^o 1. Colonia Allobrogum: Sumptibus Fratrum de Tournes, I.

- DE SOTO, D. 1967: *De iustitia et iure* (1553-1554). Salmanticae: Andreas Portonarius, 1556, reimpresión. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, II.
- DE VITORIA, F. 1934: *De iustitia*. Edición preparada por el R. P. Vicente Beltrán de Heredia, O. P. Madrid: Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, n.º 5.
- DENZER, H. 1972: *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*. München: Beck.
- DONAHUE, C. 2001: «Ius in the Subjective Sense in Roman Law. Reflections on Vilely and Tierney». En D. Maffei (ed.): *A Ennio Cortese*. Roma, Il Cigno, I.
- GERSON, I. 1987: *Liber de vita spirituali animae*, lec. 3.ª. En Gerson, I.: *Opera omnia*. Editado por L. Ellies du Pin: Antwerpiae, 1706, reimpresión Hildesheim y otras. Editado por G. OlmVerlag.
- GROSSI, P. 1972: «“Ususfacti”. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova».
- 1992: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderni dei diritti reali*. Milano: Giuffrè.
- GIOFFREDI, C. 1947-1948: «Ius, lex, praetor». *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 13-14. Roma.
- 1955: *Diritto e processione delle antiche forme giuridiche romane*. Roma: Apollinaris.
- 1967: «Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto romano». *Bulletino del Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 70. Roma.
- GROCIO, H. 1993: *De iure belli ac pacis libri tres* (1625), lib. I, § 4. Ed. de DeKanter-van Hettinga Tromp, B. J. A.: Lugduni Batavorum. Brill, 1939, reimpresión Aalen: Scientia.
- GUARINO, G. 1949: *Potere giuridico e diritto subjetivo*. Napoli.
- GUZMÁN BRITO, A. 2003: «Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25. Valparaíso [revista disponible en: www.scielo.cl].
- 2007: «“In quaelibet re, tantumdem est de iure quantum de entitate”. La concepción ontológica del derecho-facultad a fines de la Edad Media y en la Época Moderna». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29. Valparaíso [revista disponible en: www.scielo.cl].
- 2009: *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*. Madrid: Iustel.
- KASER, M. 1949: *Das altrömisches Recht*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.
- KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY, 1928: «Quelques dispositions générales d’un projet de Code Civil polonais». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 27. Paris.
- LAMBERTINI, Roberto, 2005: «Poverty and Power Franciscans in Later Medieval Political Thought». En J.-R. Krayer-Saarinen (eds.): *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer.
- LENEL, O. 1927: *Das Edictum perpetuum*, 3.ª ed. Leipzig: Tauchnitz.
- MÄKINEN, V. 2001: *Property Rights in the Late Medieval Discussion on Franciscan Poverty*. Leuven: Peeters.
- 2005: «The Franciscan Background of Early Modern Rights Discussion Rights of Property and Subsistence». En J.-R. Krayer-Saarinen (eds.): *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer.
- MEGÍAS, J. J. 2003: «El derecho subjetivo en el Derecho romano». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25. Valparaíso [revista disponible en: www.scielo.cl].
- NÖRR, K. W. 1992: «Zur Frage des subjectiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft». En D. Medicus y otros (eds.): *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag*. Stuttgart y otras: Kohlhammer.
- ORESTANO, R. 1960: «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale».
- 1988: *Scritti*. Napoli: Jovene, III: *Saggistica*.

- PADOVANI, A. 1999: «Prefazione». En =L. Parisoli (eds.): *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoría dei diritti nella scolastica franciscana*. Roma: Istituto Storico dei Cappuccini.
- PARISOLI, L. 1999: *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoría dei diritti nella scolastica franciscana*. Roma: Istituto Storico dei Cappuccini.
- PENNINGTON, K. 1993: *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*. Berkeley y otras: University of California Press.
- 1998: «The History of Rights in Western Thought». *Emory Law Journal*, 47.
- PUFENDORF, S. 1672: *De jure naturae et gentium*, lib. I, cap. 1, § 20. Francofurti-Lipsiae, 1759, reimpresión Franckfurt am Main: Minerva, 1967.
- PUGLIESE, G. 1939: *Actio e dirittosubiettivo*. Milano.
- 1985: *Scritti giuridici scelti*. Napoli: Jovene, III.
- RAMPAZZO, N. 2007: «Diritto soggettivo e “ius” nella visione di Michel Villey». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 54.
- ROBLEDA, O. 1972: «El derecho subjetivo en Gayo». *Studi in onore di Gaetano Scherillo*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica, I.
- 1977: «La idea del derecho subjetivo». *Buletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 80. Roma.
- SAASTAMOINEN, K. 2006: «Liberty and Natural Rights in Pufendorf's Natural LawTheory». En V. Mäkinen-P. Korkman (eds.): *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*. Dordrecht: Springer.
- SANTORO, R. 1967: «Potere ed azione nell'antico Diritto romano». *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, 30. Palermo.
- SAVIGNY, F. K. 1981: *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, reimp. Aalen: Scientia.
- SPINOZA, B. (1670): *Tractatus theologico-politicus*. Ed. Gebhardt, reimp. Dini.
- SUÁREZ, F. 1967: *De legibus ac Deo legislatore* (1612), lib. I, cap. 2.º, n.º 4. Conimbricæ: Apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612, reimpresión. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- TELLEGEN, J. W. 1994: «'Res incorporalis' et les codifications modernes du Droit civil». *Labeo*, 49, 1.
- TIERNEY, B. 1983: «Tuck on Right: Some Medieval Problems». *History of Political Thought*, 4.
- 1986: «Natural Law and Cannon Law in Ockham's Dialogus». En J. G. Rowe (ed.): *Aspect of Late Medieval Government and Society. Essays Presented to J. R. Lander*. Toronto.
- 1988: «Villey, Ockham and the Origin of Individual Right». En J. White-F. S. Alexander (eds.): *The Weightier Matters of the Law. Essays on Law and Religion*. Atlanta.
- 1989: «Origins of Natural Rights Language: Text and Context. 1150-1250». *History of Political Thought*, 10.
- 1991a: «Aristotle and the American Indians-Again: Two Critical Discussions». *Cristiane simonella Storia*, 12.
- 1991b: «Ius dictum est a iure possidendo: Law and Rights in Decretales 5, 40, 12». En D. Wood (ed.): *Church and Sovereignty. Essays in Honour of Michel Wilks*. Oxford.
- 1991c: «Marsilius on Rights». *Journal of the History of Ideas*, 53.
- 1992: «Natural Rights in the Thirteenth Century. A Quaestio of Henry of Ghent». *Speculum*, 67.
- 1997: *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law. 1150-1625*. Grands Rapids, Mich.
- TUCK, R. 1979: *Natural Rights Theories. Their Origins and Development*. Cambridge: Cambridge University Press, reimpresión 1998.

- VARKEMAA, J. 2005: «Justification through Being: Conrad Summenhardt on Natural Rights». En J. Krayer-Saarinen (eds.): *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer.
- VARKEMAA, J. 2006: «Summenhardt's Theory of Rights: A Culmination of the Late Medieval Discourse on Individual Rights». En V. Mäkinen-P. Korkman (eds.): *Transformation in Medieval and Early-Moderns Rights Discourse*. Dordrecht: Springer.
- VILLEY, M. 1946-1947: «L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romaines».
- 1949: «Du sens de l'expression "jus in re" en Droit romain classique». *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3.
 - 1950: «Le 'ius in re' du Droit classique romain au Droit moderne». En *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain*. Paris: Sirey, VI.
 - 1962: *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz (traducción castellana en M. Villey: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976).
 - 1964: *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*.
 - 1969: *Seize essais de Philosophie du Droit dont un sur la crise universitaire*. Paris: Dalloz (traducción castellana en M. Villey: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976).
 - 1975: *La formation de la pensée juridique*. 4.^a ed. Paris: Montchretien.

El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos

Antoni Vaquer Aloy

Catedrático de Derecho civil. Universitat de Lleida

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

La jurisprudencia española cita con relativa frecuencia el nuevo derecho europeo de contratos como una fuente de la que obtiene ideas para modernizar el derecho privado español, en particular el trasnochado derecho de obligaciones y contratos del Código Civil. Aunque raramente se constituye en *ratio decidendi* de los fallos, nuestros tribunales encuentran la inspiración para acomodar las viejas reglas codiciales a las nuevas necesidades económicas y jurídicas. En el artículo se comentan una serie de sentencias que han recurrido al *Soft Law* europeo para actualizar el derecho contractual español.

Palabras clave: derecho privado europeo - Código Civil - Jurisprudencia española - *Soft law* europeo.

Abstract

Spanish courts often quote European Soft Law as a means for modernizing Spanish private law, in particular the law of obligations as enshrined in the ancient Spanish Civil Code. Even if the Soft Law is not the ratio decidendi of the decisions, courts find there some inspiration to adequate the old rules to the new economic and legal necessities. This essay lists a series of decisions that have resorted to European Soft Law in order to update the Spanish contract law.

Key-words: *European private law – Spanish Civil Code – Spanish case law – European Soft Law.*

1. INTRODUCCIÓN¹

El derecho europeo puede presentarse clasificado en derecho comunitario y *Soft Law*. El derecho comunitario, la legislación emanada de las instituciones de la Unión Europea, en particular por lo que se refiere al derecho privado en forma de Reglamentos y Directivas, es de obligada aplicación por los órganos judiciales españoles, los Reglamentos en tanto que son de aplicación directa y las Directivas en cuanto que deben ser utilizadas como elemento de interpretación del derecho nacional interno. El *Soft Law* europeo no es derecho vigente, sino derecho académico, aunque haya sido auspiciado por las instituciones europeas, cuya pretensión es favorecer la convergencia de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro en una tendencia hacia un nuevo derecho común europeo.

Por ello tiene interés observar la influencia indirecta del derecho europeo en nuestra jurisprudencia, en la medida en que ésta no es forzada, sino fruto de la persuasión y del convencimiento de la calidad del derecho que ejerce su influjo. El *Soft Law* europeo, en particular, ha proporcionado pautas valiosas a la jurisprudencia española en la modernización de aspectos del derecho de obligaciones y del derecho de daños, y otras corrientes internacionales han impregnado, por ejemplo, determinados aspectos del derecho de familia. En este trabajo se van a presentar algunas muestras –en doce materias objeto de diversas sentencias– del uso del *Soft Law* por nuestros jueces y tribunales. Como se verá, el uso no es ocasional, hasta el punto de que la SAP Madrid 31.5.2012 indica que «[e]s habitual también la invocación en la jurisprudencia de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), y su utilización como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil». En este muestreo de sentencias va a hacerse explícito el nombre de los magistrados ponentes en las sentencias del Tribunal Supremo, para visualizar los magistrados más activos en esta europeización jurisprudencial del derecho de obligaciones y contratos español, y se mencionan algunas sentencias de las audiencias provinciales como evidencia de la difusión –con la inestimable ayuda de las nuevas tecnologías, por supuesto– de estos pronunciamientos.

Los instrumentos de *Soft Law* que aparecen citados son los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)², una iniciativa meramente académica, el borrador

1. Este trabajo forma parte de las actividades del proyecto de investigación DER2012-37898-C02-01 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del Grupo Consolidado de la Generalitat de Catalunya 2009SGR689. Se corresponde, con la adición del aparato de notas y de dos casos, con la conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el día 17 de enero de 2012, debiendo agradecer al profesor José Antonio Martín Pérez su amable invitación.

2. LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.). 2000: *Principles of European contract law*. Parts I and II. The Hague; LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). 2003: *Principles of European Contract Law*. Part III. The Hague-London-New York. Sobre ellos, en castellano, DíEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel. 2002: *Los Principios del Derecho Europeo de*

de Marco Común de Referencia (DCFR)³, una iniciativa de la Comisión Europea pero que no es sino un trabajo académico –aunque su revisión por un Grupo de Expertos nombrado por la Comisión⁴ ha desembocado en una propuesta legislativa–, la propuesta de Reglamento Opcional sobre un derecho común europeo de la compraventa (CESL)⁵, por lo que se refiere al derecho de obligaciones y contratos; y los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)⁶, otra obra académica, por lo que al derecho de daños concierne. Con una pretensión de ámbito mundial y no solo europeo, los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por Unidroit⁷ también han merecido la atención de nuestros jueces y magistrados. Igualmente tiene su papel la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil elaborada por la Comisión General de Codificación⁸, que se

Contratos. Madrid; MARTÍNEZ SANZ, Fernando. 2003: «Principios de Derecho europeo de los contratos –Comisión Lando–». En Sergio Cámara Lapuente (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid, 193-198; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. 2009: «Los Principios Lando». En Esteve Bosch Capdevila (dir.): *Derecho contractual europeo*. Barcelona, 151-182.

3. VON BAR, Christian y CLIVE, Eric (eds.). 2009: *Draft Common Frame of Reference. Full Edition*. München. Un extenso comentario en castellano a sus libros II, I y IV en Vaquer, Antoni; Sánchez, María Paz; Bosch, Esteve (coords.). 2012: *Derecho europeo de contratos*. Barcelona.

4. La Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 (DOCE L 105/109 de 27.4.2010) constituyó un Grupo de Expertos con la misión de «assist the Commission in preparing a proposal for a Common Frame of Reference in the area of European contract law, including consumer and business contract law, using the Draft Common Frame of Reference as a starting point and taking into consideration other research work conducted in this area as well as the Union acquis. The group should, in particular, help the Commission select those parts of the Draft Common Frame of Reference which are of direct or indirect relevance for contract law, and restructure, revise and supplement the selected contents».

5. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF>. Véase STAUDENMAYER, Dick. 2011: «Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht». *Neue Juristische Wochenschrift*, 3491-34018; GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian. 2012: «El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos». *InDret*, 1; SCHULZE, Reiner (ed.). 2012: *Common European Sales Law (CESL) - Commentary*. München; EIDENMÜLLER, Horst; JANSEN, Nils; KIENINGER, Eva-Maria; WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard: «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», 269-289; ZIMMERMANN, Reinhard. 2012: «Perspektiven des künftigen Österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht». *Juristische Blätter*, 2-22; y los trabajos incluidos en SCHULTE-NÖLKE, Hans; ZOLL, Fryderyk; JANSEN, Nils; SCHULZE, Reiner (eds.). 2012: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. Munich; SCHMID-KESSEL, Martin. 2012: *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*. München; WENDEHORST, C. y ZÖCHLING-JUD, B. (eds.). 2012: *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*. Wien; MAGNUS, Ulrich: «CISG vs. CESL»; y ROBERT, Kocj. 2012: «CISG, CESL, PICC and PECL», ambos en Ulrich Magnus (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. München, 97 ss. y 125 ss.; y los números especiales de las revistas *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2012 y *Archiv für die civilistische Praxis*, 5-6/2012.

6. En castellano, MARTÍN-CASALS, Miquel (coord.). 2008: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Cizur Menor.

7. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. 2010. Roma.

8. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. 2009: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid. Véase también ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.) 2011: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, 15 ss.; JEREZ DELGADO, Carmen y PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. 2011: «The General Codification Commission and the Modernisation of the

inspira en el mencionado *Soft Law* europeo y en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías (CISG), que es derecho vigente en España.

2. CASOS

2.1. La buena fe

Antes se ha destacado la importancia que el *Soft Law* europeo concede al principio de la buena fe y de la honradez en los tratos (art. 1:201 PECL, I.-1:103 DCFR, 2 CESL). Debe notarse, en primer lugar, que el Código Civil de Cataluña ha adoptado esta terminología en su art. 111-7, que, como ya se ha señalado, eleva a la categoría de principio general esta misma expresión de la buena fe y la honradez en los tratos⁹. Pero la jurisprudencia también ha reparado en el juego que puede dar la suma del *Soft Law* al art. 7 CC. Así, aparte de mencionar las fuentes europeas que enfatizan el rol de la buena fe¹⁰, en un sentido más general, la SAP Granada 15.4.2011¹¹ afirma que

[L]as relaciones comerciales deben estar presididas por la buena fe y la lealtad contractual. Estos principios tienen una especial relevancia en las relaciones comerciales duraderas. Si durante un período más o menos largo una determinada relación comercial se desarrolla en los términos relatados, habrá que estar a ellos, debiéndose confiar en que el acreedor actuó con buena fe y lealtad, y esa misma buena fe y lealtad se debe esperar del deudor. En los textos europeos de derecho contractual (PECL, Principios Acquis y DCFR), pensados especialmente para las relaciones entre empresarios y con consumidores, estos principios fundamentales han de cumplirse no solo en el momento de la celebración del contrato sino también durante la ejecución del mismo. También nosotros debemos valorar debidamente la buena fe y la lealtad entre los contratantes hasta la conclusión definitiva del contrato.

La *Verwirkung* o doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos¹² viene siendo aplicada desde hace treinta años por la jurisprudencia española. Se trata de un trasplante legal desde el ordenamiento jurídico alemán que se ha incorporado sin

Spanish Law of Obligations». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 69 y ss.; CHRISTANDL, Gregor. 2012: «Der Spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsregelungen». *European Review of Private Law*, 905-912.

9. EGEA FERNÁNDEZ, Joan. 2012: art. 111-7. En Albert Lamarca Marquès y Antoni Vaquer Aloy (eds.): *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars, prescripció i caducitat*. Barcelona, 224 ss.

10. Como hacen las STS 4.7.2006, Ref. lustel §251502, y 11.7.2006, Ref. lustel §254083, ponente Encarnación Roca Trías.

11. JUR 2011\334596.

12. VAQUER ALOY, Antoni. 1999: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 2: 89 ss.

mayor problema y con gran difusión en el derecho español al amparo del principio general de la buena fe del art. 7 CC. La novedad es que en los últimos tiempos se está invocando el derecho contractual europeo como argumento añadido para la aplicación de esta doctrina. Así, dice la STS 12.12.2011¹³:

En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los arts. 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el art. I.-1:103(2) del DCFR (Draft of Common Frame of Reference), «en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas» (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el § 242 BGB, referido a la buena fe.

2.2. La razonabilidad

El *Soft Law* europeo tiene un especial gusto por los conceptos jurídicos indeterminados y, en particular, por el de razonabilidad¹⁴, al que recurre con frecuencia. No puede sorprender, por ello, que cuando un tribunal español haya decidido sobre si un plazo es o no razonable haya acudido al derecho europeo de contratos. Así, la SAP Pontevedra 23.1.2012¹⁵ dice:

La Sala, a la vista del material aportado al proceso, no encuentra razones para considerar dicho preaviso irrazonable o desleal. Según el art. 1:302 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, «lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal», para lo que habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera. Para juzgar sobre cada uno de estos extremos no se han aportado a la jurisdicción datos de hecho suficientes.

13. Ref. Iustel §344199, ponente Encarnación Roca Trías. El fragmento transcrito se reproduce en la SAP A Coruña 9.3.2012, JUR 2012\114103, y en la SAP Granada 8.6.2012, JUR 2012\328971.

14. TROIANO, Stefano, 2007: «Das Konzept der "Reasonableness" als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems». En Reiner Schulze (ed.): *New Features in Contract Law*. München, 375 ss. y 2009: «To what extent can the notion of "Reasonableness" help to armonize european contract law? Problems and prospects from a civil law perspective». *European Review of Private Law*, 749 ss.

15. Ref. Iustel §2046423.

2.3. La conclusión del contrato

Es sabido que los textos del *Soft Law* europeo facilitan la conclusión del contrato al exigir menos requisitos y bastar con que esté manifiesta la voluntad de las partes de quedar vinculadas. La SAP Asturias 28.2.2012¹⁶ tuvo que resolver sobre la vigencia de un contrato de patrocinio entre el Gobierno de Asturias y el club de fútbol Real Oviedo SAD. La Sala tiene en cuenta las comunicaciones cruzadas entre las partes, el respeto a los compromisos publicitarios y la entrega de un determinado número de entradas para que fueran repartidas por el Gobierno entre determinadas instituciones más allá del plazo de vigencia originalmente pactado, cuya prórroga cabía de acuerdo con el contrato. De ahí deduce la Sala la vigencia prorrogada del contrato y remata la argumentación de este modo:

Resulta una referencia de utilidad el criterio expresado por el moderno Proyecto de Marco Común de Referencia elaborado por la Comisión Europea para lograr una unificación del derecho privado europeo, cuando en su art. 4:102 [del Libro II] dispone que «La intención de una parte de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico se determina por medio de las declaraciones o conductas de esa parte, cuando hubiesen sido razonablemente interpretadas por la otra».

2.4. La pena convencional

El *Soft Law* europeo¹⁷ ha sido uno de los argumentos utilizados con el fin de afirmar la moderabilidad de la pena pactada incluso en los supuestos en que esta se haya pactado con el carácter de inmoderable. Se trata de la STS 5.10.2010¹⁸ que, aunque finalmente no modera la pena estipulada al entender que no concurren los requisitos para ello, sí acepta que, en principio, toda pena convencional puede ser moderada por el juez, con la siguiente argumentación: «Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que

La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad

16. AC 2012\713.

17. Véase ÁLVAREZ MORENO, María Teresa. 2012: «La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español». En María del Carmen Gómez Laplaza (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*. Madrid, 127-140.

18. Ref. Iustel §305964, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter «inmoderable»: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido», y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando».

La influencia es doble, ya que la PMCC bebe también de los PECL.

2.5. La imposibilidad de la prestación

Una sentencia recurre al *Soft Law* europeo para argumentar que no necesariamente la imposibilidad inicial de la prestación debe determinar la nulidad del contrato, como en la doctrina ya había defendido Díez-Picazo¹⁹. Se trata de la SAP Lleida 13.9.2007²⁰, que razona que la doctrina jurídica ha ido evolucionando en cuanto a la configuración de las consecuencias jurídicas que derivan de la imposibilidad inicial de la prestación, equiparándolas al régimen jurídico de la imposibilidad sobrevenida, de modo que no daría lugar sino, en su caso, a la resolución del contrato. Y sigue: «La millor expressió d'aquesta nova tendència l'ofereixen els Principis de Dret Contractual Europeu, que estableixen al seu Art. 4:102 [...], d'acord amb el qual un contracte no és invàlid només perquè al temps de la seva conclusió la prestació era impossible; similarment s'expressa l' Art. 3.3 dels Principis UNIDROIT».

2.6. La resolución del contrato

La resolución del contrato es uno de los campos en que con mayor frecuencia se invoca el *Soft Law* europeo. En realidad, todo el ámbito del incumplimiento ha sufrido una actualización jurisprudencial de la mano del nuevo derecho europeo de contratos²¹. Se ha señalado antes que el derecho contractual europeo, siguiendo la

19. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. 2006: «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación». En Juan Manuel Abril y M.ª Eulalia Amat (coords.): *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*. Valencia: 1087 ss.

20. JUR 2007\335298.

21. Véase CLEMENTE MEORO, Mario E. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación española». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2131, mayo; GÓMEZ CALLE, Esther. 2012: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato. Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil*, 31 ss.; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y

estela trazada ya por la CISG, ha optado decididamente por un concepto unitario de incumplimiento, que abarca todas las formas posibles de no realización de la prestación diseñada por las partes, y que es ajena a toda idea de imputación subjetiva. El primer supuesto de incumplimiento resolutorio lo constituye el incumplimiento esencial del contrato. La idea del incumplimiento esencial ya proviene de la CISG y ha sido asumida por los Principios de Derecho Contractual Europeo, los Principios Unidroit, luego el borrador de Marco Común de Referencia y por último la propuesta de Reglamento sobre un derecho común de la compraventa. La CISG exige, como ya lo hacía su antecedente el art. 43 el Derecho Uniforme de la Compraventa Internacional (ULIS), en su art. 49.1(a) que el incumplimiento sea esencial («fundamental breach of contract»). La noción de incumplimiento esencial se halla en el art. 25 CISG: «El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». La razón de la exigencia de la esencialidad del incumplimiento radica en la idea antes expresada de la conservación del negocio: la ineficacia debe ser la última solución, por lo que no cualquier incumplimiento debe conducir a ese resultado. Se requiere, pues, que haya incumplimiento del deudor y que ese incumplimiento ocasione un perjuicio a la otra parte, como consecuencia de que esa parte queda privada con carácter fundamental de sus legítimas expectativas derivadas del contrato. Los Principios de Derecho Contractual Europeo amplían el concepto del incumplimiento esencial, incluyendo en él al incumplimiento doloso o intencional, pero manteniendo la base de la CISG. En concreto, dispone su art. 8:103 que el incumplimiento es esencial «(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato; (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». La redacción en términos alternativos denota que son tres los casos de incumplimiento esencial, y el perjuicio de la parte contractual solo se exige expresamente en la letra (b), de algún modo asumiendo que dicho perjuicio está implícito en el hecho de no cumplir estrictamente con lo pactado cuando ello era esencial en el contrato y en el incumplimiento doloso.

Los Principios Unidroit siguen la misma orientación exigiendo un incumplimiento esencial, que se contorna en el art. 7.3.1(2), conforme al cual es esencial el

contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?». *Anuario de Derecho Civil*, 1685 ss.; FENOY PICÓN, Nieves. 2011: «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*, 1481 ss.

incumplimiento cuando: «(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation of performance if the contract is terminated».

Los supuestos, aparentemente más detallados, son básicamente los mismos: se añade la culpa lata o temeridad, se incluye el incumplimiento anticipado como modalidad de incumplimiento esencial, y se contemplan los costos excesivos para la parte incumplidora de preparar el cumplimiento si el acreedor acabara optando, en ejercicio de su *ius variandi*, por la resolución. En cuanto a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento que el precepto exige, se señala que su relevancia práctica es escasa, por cuanto debe adoptarse un test objetivo, lo que convertirá en realmente difícil probar la imprevisibilidad. El borrador de Marco Común de Referencia hace una síntesis de los anteriores textos y sistematiza la esencialidad del incumplimiento en dos supuestos, que son que el incumplimiento

(a) substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on» (art. III.-3: 502(2)).

En efecto, en la letra (a) recoge la privación de las legítimas expectativas contractuales que fueran previsibles, y en la letra (b) el incumplimiento intencional o por culpa grave y la creencia razonable de que el deudor no cumplirá su obligación. Se excluye de la categoría del incumplimiento esencial el supuesto de que el exacto cumplimiento fuera fundamental para el contrato. El razonamiento de los comentarios oficiales es el siguiente: «This left it open to a court to treat an obligation “as of the essence”, so any failure to perform it would give the other party the right to terminate the contractual relationship, even if the non-performance had no serious consequences for the other party»²². Tres elementos destacan en esta aproximación a la noción de incumplimiento esencial: las expectativas del acreedor, lo que depende de las circunstancias y de los términos del contrato; que el incumplimiento frustre sustancialmente esas expectativas, lo que nuevamente depende de las circunstancias del caso; y, por último, la

22. *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al art. III.-3:502, p. 583.

previsibilidad para el deudor de ese resultado²³. Por consiguiente, si se pretendía limitar más que en los PECL la posibilidad de la resolución del contrato eliminando de los supuestos de incumplimiento el caso de que el cumplimiento exacto fuera fundamental, lo cierto es que la remisión a las circunstancias del caso sigue dejando un amplio arbitrio al juez para estimar si la resolución es o no procedente. Finalmente, la propuesta de Reglamento de un derecho común de la compraventa no se aparta de esta línea, aunque su sistemática es más compleja. El art. 114.1 faculta al comprador y el art. 134 al vendedor para resolver el contrato siempre que el incumplimiento sea esencial de acuerdo con el art. 87.2. Según este precepto,

[u]n incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si: (a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora.

Desaparece la mención expresa de la noción el incumplimiento doloso o por culpa grave, si bien puede entenderse implícito en el concepto de que no se puede confiar ya en que la otra parte cumpla su prestación, con lo que el énfasis se sitúa en la privación de las legítimas expectativas que la otra parte hubiera por lo menos debido prever. Así, el incumplimiento será esencial y permitirá sin más la resolución en los casos en que las partes hayan fijado un momento concreto para el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento está regulada en el Código civil dentro de la regulación de las obligaciones condicionales, a diferencia del derecho europeo, que regula también de manera conjunta todos los remedios ante el incumplimiento. Además, hubo una época en que la jurisprudencia invocaba una «voluntad rebelde al cumplimiento» por parte del deudor, lo que es palmario que ligaba el incumplimiento y, por tanto, la facultad resolutoria, si no con la intención, sí por lo menos con la culpa del deudor.

Estas ideas han encontrado reflejo temprano en la jurisprudencia del TS. Y de ahí han pasado a la jurisprudencia menor; por ejemplo, en la SAP Madrid 31.5.2012²⁴, cuando señala que

El artículo 8:103 PECL contempla como supuestos de incumplimiento esencial, «el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento

23. *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al art. III.-3:502, pp. 583-585.

24. JUR 2012\278849. Véase también, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 13.4.2012, JUR 2012\300982.

intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento».

De tal doctrina se ha hecho eco también esta Sección de la Audiencia Provincial, y así en reciente Sentencia de 27 de mayo de 2011, exponíamos que

únicamente el incumplimiento propio o relevante del contrato permite la resolución del mismo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, ya que un mero cumplimiento defectuoso del contrato autorizará, en su caso, a solicitar la indemnización de daños y perjuicios con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, pero no permitirá dar por resuelta la relación contractual (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1991, de 12 de junio de 1998, de 14 de julio, de 17 de febrero, de 21 de marzo de 2003 y de 20 de diciembre de 2006, entre otras muchas).

Conviene hacer énfasis en el incumplimiento intencional, que no está previsto directamente en el art. 1124 CC, pero que la jurisprudencia entiende que está comprendido en él. Así, la STS 10.10.2005²⁵:

Un incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996, además de otras como las de 21 de marzo de 1986, 25 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 10 de julio de 2003), de manera que «dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte» (artículo. 8:103, c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código Civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada, es decir, Danzas, SA de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo.

En cuanto al remedio de la resolución, la jurisprudencia ya ha echado mano del *Soft Law* y de la CISG antes referenciados para interpretar el art. 1124 CC con tintes actuales. Valga como muestra la STS 3.12.2008²⁶:

La jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como «voluntad deliberadamente rebelde del deudor», sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, «sin que

25. Ref. Iustel §244762, ponente Encarnación Roca Trías, transcrita entre otras por la SAP A Coruña 28.4.2006, JUR 2006\162426.

26. Ref. Iustel §286968. Transcrita, entre otras muchas, por la SAP Valencia, sec. 8.ª, 8.5.2012, JUR 2012\249389, A Coruña 12.9.2012, JUR 2011\346461, o Jaén 29.12.2011, JUR 2012\68181.

sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS 18 octubre 2004, 3 marzo 2005 y 20 septiembre y 31 octubre 2006, entre otras).

Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien,

si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra! Este principio se repite en el art. 8.101(1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el art. 8:103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato.

Por su parte, la STS 4.10.2011²⁷ razona lo siguiente:

A tenor de la jurisprudencia más reciente (SSTS de 2 de febrero de 2005, 9 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009), la estrecha conexión existente entre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) y el precepto que regula su ejercicio por el vendedor en supuestos de compraventa de inmuebles por precio aplazado (artículo 1504 CC), impone que el incumplimiento del comprador que constituye su presupuesto sea grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, con cita de las de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (art. 7.3.1 [2.b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al vendedor, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (artículo 1500 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

27. Ref. Iustel §342768, siendo ponente de la sentencia Juan Antonio Xiol Ríos. Véanse también las SsTS 14.11.2011, Ref. Iustel §340437 y 28.6.2012, Ref. Iustel §351587, con el mismo ponente.

Por último, puede citarse la STS 16.5.2012²⁸:

Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde», exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual

el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

La PMCC sigue esta senda. Por un lado, aboga por abandonar la sistemática del vigente Código Civil a favor de la que sigue el nuevo derecho contractual europeo; por otro, en su art. 1199 indica que cada parte podrá resolver el contrato cuando la otra parte haya incurrido en un incumplimiento que, «atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». Sin embargo, no se define qué es incumplimiento esencial. La doctrina se ha mostrado disconforme con esta omisión. Podría también señalarse como objeción la redacción empleando el posesivo «su», que por su ubicación parece acompañar a incumplimiento, cuando es evidente que se refiere a «contrato».

Por otra parte, la resolución unilateral extrajudicial, pese a no estar expresamente contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido aceptada por la jurisprudencia con el argumento del derecho europeo. Así se ha pronunciado la SAP Granada 31.3.2011²⁹:

28. Ref. Iustel §348738, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

29. JUR 2011\227794.

En el Derecho contractual moderno se contempla expresamente la resolución extra-judicial unilateral (art. 26 CISG, art. 7.3.2 Principios «Unidroit», art. 9:303 PECL y art. III.-3:507 DCFR), incluso aparece recogida en el artículo 1199-2 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, de 2009, según el cual «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte».

Finalmente, las partes pueden conceder efecto resolutorio a un incumplimiento que no sea esencial en el ejercicio de su libertad de pacto. Así lo ha reconocido la STSJ Navarra 21.1.2010³⁰, con apoyo en la cita de los PECL:

La cláusula 6.^a tiene la virtualidad de atribuir carácter esencial, y consiguientemente efecto resolutorio, al incumplimiento de una obligación que, sin tal específica previsión, acaso no facultaría al comprador para desvincularse del contrato e instar su resolución, sino solo para instar el cumplimiento exacto del contrato con la instalación de la valla en la forma convenida o solicitar una indemnización por la superficie de terreno detraída por el vallado infractor y los demás perjuicios eventualmente sufridos. La reserva al comprador del derecho a la devolución del dinero entregado (12.000 euros) por la inejecución de aquella específica obligación cumple dicha función, al facultar al comprador para la recuperación del precio pagado, inherente a la resolución, según doctrina jurisprudencial reiterada (ss. 11 de febrero de 2003 y 27 de octubre de 2005, del Tribunal Supremo) y de común aceptación en los ordenamientos de nuestro entorno (cfr. art. 9.307 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos o PECL).

2.7. El cumplimiento forzoso de la obligación

El cumplimiento forzoso de la obligación es un remedio hondamente arraigado en el derecho español para el que no haría falta acudir a fuentes del *Soft Law*, en el que su importancia resulta de la comparación con las restricciones que habitualmente ha venido sufriendo en el *common law*. Sin embargo, en determinados aspectos sí que puede resultar útil tener en cuenta el derecho europeo por cuanto establece algunas restricciones a la ejecución forzosa cuando resulta irrazonable solicitarla. Un caso sería el del ejercicio intempestivo de la facultad de exigir el cumplimiento, y a ello se ha referido el TSJ de Navarra en su sentencia de 6.10.2003³¹:

Constituye una exigencia comúnmente compartida en el ámbito jurídico y social, hoy recogida junto a otras en los conocidos como Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), el que la pretensión de cumplimiento específico de una

30. RJ 2010\3890.

31. RJ 2003\8687.

obligación contractual se ejercite tempestivamente en un «tiempo razonable», a fin de evitar que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente. La superación de este tiempo prudencial y razonable, atendidas las previsiones contractuales y los usos jurídicos, hace inatendible, por sorpresiva e inesperada, la reclamación de cumplimiento intempestivamente formulada.

Habían transcurrido cinco años sin solicitar el otorgamiento forzoso de la escritura pública.

2.8. La responsabilidad solidaria de los obligados al pago

La presunción contraria a la responsabilidad solidaria que se contiene en el art. 1137 CC ha sido superada por el Tribunal Supremo, primero en la responsabilidad extracontractual, como es sobradamente conocido, y luego en distintos ámbitos de la responsabilidad contractual. La STS 31.10.2005³² es explícita e invoca en su apoyo los PECL:

La rígida norma del artículo 1137 Código civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (sentencias de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina «el acervo comercial de la Unión Europea», en la que el artículo 10: 102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha considerado que la responsabilidad de los mayoristas y los minoristas en los viajes combinados es solidaria. Para ello, y en ausencia de norma expresa en el ordenamiento interno, se basa en el derecho europeo. Así, se argumenta que la solidaridad protege al consumidor de manera más intensa, lo que es la razón de la propia Directiva 90/314/CEE de viajes combinados, que la norma en el TRLGDCU es la responsabilidad solidaria de quienes han causado el daño y, además, que las reglas del borrador de Marco Común de Referencia se orientan en ese sentido, pues en el artículo III.-4:103 (2) dice que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir

32. Ref. Iustel §245246, ponente Encarnación Roca Trías. Transcrita, por ejemplo, por las SSAP Cádiz 30.11.2006, JUR 2007\194487, Asturias 27.6.2008, JUR 2009\95964, o Lleida 2.2.2011, JUR 2011\147713.

la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño³³.

Sin embargo, con la trascripción de este razonamiento como principal argumento, la responsabilidad solidaria de los obligados al pago se ha extendido a ámbitos que poco tienen que ver ni con los viajes combinados ni tan solo con la responsabilidad. Así, la SAP Málaga 14.4.2011³⁴ considera que los copropietarios de un piso están obligados solidariamente al pago de las cuotas comunitarias en atención a la orientación del Tribunal Supremo favorable a la reinterpretación de la no presunción de solidaridad.

2.9. La compensación

En tema de compensación, la regulación de los PECL ha sido invocada a favor de la compensabilidad judicial de las diversas deudas existentes entre las partes. Lo ha hecho la STS 5.1.2007³⁵:

Además y como afirma la sentencia ahora recurrida, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, «la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento» de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible, evidentemente, siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (artículo 13:102 de los Principios del Derecho europeo de contratos), cosa que no ha sucedido en el presente litigio.

2.10. La culpa

Para delimitar la noción de culpa, la jurisprudencia ha recurrido a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Lo ha hecho, por ejemplo, la AP Barcelona para afinar la susceptibilidad de culpa de unos menores de edad que manipularon los frenos de una bicicleta con un resultado fatal, bajo la rúbrica de «imputación objetiva del daño», cuestión que se aborda en el siguiente subapartado. Dice así la SAP

33. STS 20.1.2009, Ref. Iustel §298116, siendo la ponente Encarnación Roca Trías. Estos argumentos son seguidos, por ejemplo, en las SAP Pontevedra 21.10.2010, AC 2011\28, Madrid, sec. 13, 3.6.2011, AC 2011\1361 o Sevilla 1.3.2011, JUR 2011\217470.

34. JUR 2011\341989.

35. Ref. Iustel §259416, ponente Encarnación Roca Trías.

Barcelona, sec. 16, 19.1.2012³⁶: «No es ocioso reseñar que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil (PETL) atribuyen responsabilidad civil con base en la culpa a todo el que viola “el estándar de conducta exigible”, entendiendo por tal el canon de actuación exigible a “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” del agente, cuyo estándar puede adaptarse en función de la edad de este último».

2.11. Un supuesto especial de responsabilidad: los daños causados por especies cinegéticas

Es bien sabido que la regulación de los accidentes de circulación causados por atropello de especies cinegéticas ha creado algunas dificultades de interpretación sobre cuándo la víctima del daño tiene derecho a ser indemnizado y ante quién debe reclamar. Con ocasión de la Modificación del Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, realizada por Ley 19/2001, de 19 de diciembre, se introdujo en el texto una Disposición Adicional Sexta, que disponía lo siguiente:

En accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, será causa legal que permita atribuir la responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación el hecho de que se le pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa suficiente de los daños ocasionados, ello sin perjuicio de la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente.

Posteriormente se dio una nueva redacción a esta DA con motivo de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se Regula el Permiso y la Licencia de Conducción por Puntos y se Modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en forma de una nueva Disposición Adicional Novena sobre «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas», con el siguiente contenido:

En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción

36. JUR 2012\92111. Véase la sentencia de la misma sala de 25.7.2012, JUR 2012\293975, con el mismo argumento.

de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización.

Pues bien, la jurisprudencia menor también ha recurrido a los PETL para encontrar criterios que ayuden a resolver las cuestiones que se plantean. Así, la SAP Barcelona, sec. 16, 9.7.2009³⁷ efectúa el siguiente razonamiento: «Se diría que el legislador ha pasado a considerar que en la hipótesis que nos ocupa (atropello de especie cinegética, de tal manera que en los restantes casos pervive la responsabilidad objetiva ex art. 33 LC) concurren sendas actividades, circulatoria y cinegética, creadoras de riesgos de similar entidad (“una actividad es anormalmente peligrosa si crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio”, reza el artículo 5:101 de los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil, PETL, que abre el capítulo dedicado a la responsabilidad objetiva), por lo que cree preferible neutralizarlas, prescindiendo de los criterios de imputación objetiva del daño propio de cada una de ellas, decantándose por un regreso a los criterios clásicos de responsabilidad por culpa, salvo que el atropello guarde relación directa con “la acción de cazar”, no con la mera titularidad de un aprovechamiento cinegético. Ello significa que el propietario de un vehículo de motor o el propietario de un animal salvaje que sufra un perjuicio patrimonial o corporal a causa de un hecho lesivo muy específico (atropello de una especie cinegética), solo obtendrá la reparación del daño acreditando la culpa de quien reputa responsable del mismo, o lo que es lo mismo, la “violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”» por emplear términos del art. 4:101 PETL. Corolario de lo anterior es que –como se verá de inmediato– pueda ser desestimada una acción reparatoria por falta de acreditación de culpa del demandado aunque tampoco se demuestre culpa relevante del propio perjudicado». Es decir, y por contraposición al caso referido en el subapartado anterior, el razonamiento con la PETL conduce a que no todo daño sufrido es indemnizable.

2.12. La revocación por ingratitud de la donación

El Tribunal Supremo ha recurrido al borrador de Marco Común de Referencia para encontrar una interpretación de la causa de revocación de la donación consistente en la ingratitud del donatario. Hay que tener en cuenta que con frecuencia el *Soft Law* europeo recurre a conceptos abiertos que deben ser objeto de concreción por el juez en el caso que le ocupa. Así sucede con la regulación de la revocación por

37. JUR 2009\417879.

ingratitude en el borrador de Marco Común de Referencia. La ingratitude viene determinada por la comisión de una ofensa intencional grave al donante. No se define más, con lo que deja un amplio margen de discreción al juez para apreciar si el hecho es suficientemente relevante como para constituir causa de revocación, pero se apuntan el homicidio u otro delito que implique lesiones importantes a la salud del donante. Con todo, el acto no tiene que ser necesariamente constitutivo de delito ni haber sido condenado el donatario, pero sí ser grave. A pesar de que la *black letter rule* solo parece contemplar la ofensa contra el donante, en los comentarios oficiales se admite que el acto pudiera atentar contra los parientes más próximos de aquél. El acto del donatario –sea como autor único, sea como coautor o partícipe de cualquier modo– debe ser intencional, no bastando la temeridad. Y debe suponer una ofensa o agravio; según los comentarios, si el donatario ayuda a morir al donante a petición de éste, no incurriría en causa de revocación. A diferencia del borrador de Marco Común de Referencia³⁸, el Código Civil enumera de manera más detallista las causas de revocación, lo que provoca que si bien todos los supuestos del Código Civil encontrarían cabida en la fórmula más flexible del DCFR, podría no suceder lo mismo a la inversa, ya que podrían darse ofensas graves que no encajaran perfectamente en el elenco de causas de ingratitude del Código Civil. La STS 13.5.2010³⁹ precisamente aborda esta cuestión al analizar cómo debe interpretarse el término «imputar» del art. 648 CC. El requisito que se exige en el artículo 648.2.º CC para poder revocar la donación es que el donatario impute un delito al donante. En aras de su interpretación estricta, en un caso en que se declaró la nulidad de la personación de la donataria, en el sentido de que la imputación de delito «significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo», tomando en consideración precisamente este artículo del DCFR como argumento clave en su argumentación jurídica.

3. CONCLUSIONES

Jan Smits ha señalado que los tribunales pueden utilizar el derecho comparado como una fuente de nuevas ideas para encontrar una solución a un determinado problema jurídico, lo que sería una especie de inspiración comparada o de conocimiento de cómo se soluciona ese mismo problema en otro ordenamiento jurídico. Pero también pueden utilizarlo como argumento normativo, con lo que ese ordenamiento

38. VAQUER ALOY, Antoni. 2012: *La donación en España y en Europa*. Madrid, 154 ss.

39. Ref. Iustel §300857, de la que fue ponente la magistrada Encarnación Roca Trías.

extranjero juega un papel en la concreta solución que se otorga al caso en cuestión, aunque no sea el único factor del fallo⁴⁰.

Específicamente en relación con la invocación del nuevo derecho contractual europeo por el Tribunal Supremo, Roca Trías y Fernández Gregoraci⁴¹ apuntan que un primer servicio que presta es el refuerzo de una determinada interpretación del derecho vigente, y ponen como ejemplo el que se ha reportado en el caso 8, es decir, la responsabilidad solidaria de los coobligados; podría decirse que el derecho europeo se corresponde con el criterio hermenéutico de la «realidad social del tiempo» en que debe aplicarse la norma (art. 3.1 CC), como se ha dicho en la STS 31.10.2006⁴²:

El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* [Ley comercial] comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.

El objetivo sería encontrar en el *Soft Law* un argumento de autoridad que refuerce la opción interpretativa que ya había tomado el Tribunal Supremo. En otros casos, señalan nuestras autoras, de lo que se trata es de integrar una laguna legal en el ordenamiento español. Ejemplo de ello sería el límite a la compensación de deudas en la ausencia de perjuicio que ha ocupado el caso 9. Finalmente, un tercer uso sería como herramienta para explicar conceptos jurídicos, y el ejemplo lo constituirían las sentencias relacionadas con la buena fe que han constituido el objeto del caso 1.

Por su parte, Perales Viscasillas⁴³ señala los siguientes usos del *Soft Law* europeo por la jurisprudencia española: a) para sustentar o apoyar la interpretación judicial en torno a alguna institución jurídica que si bien no está recogida en el Código Civil o en el Código de Comercio sí está amparada por la jurisprudencia, como las sentencias antes mencionadas en materia de responsabilidad solidaria de los coobligados en el caso

40. SMITS, Jan M. 2006: «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems». En Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford.

41. ROCA TRÍAS, Encarnación y FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court». *European Review of Contract Law*, 57-58. Véase, además, FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz. 2009: «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». *Revista jurídica de Catalunya*, 479-498; VENDRELL CERVANTES, Carles, 2008: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 534-548.

42. Ref. Iustel §256542, ponente Juan Antonio Xiol Ríos.

43. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. 2009: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo». En María del Rosario Díaz Romero *et al.* (eds.): *Derecho privado europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*. Cizur Menor, 472 ss.

8; b) para confirmar principios o reglas generales contenidos en el Código Civil, Código de Comercio o leyes especiales, como se ha visto en el caso de la buena fe (caso 1); c) para confirmar o apoyar a la doctrina jurídica, constituyendo el ejemplo la SAP Lleida citada en el caso 5 relativa a la imposibilidad de la prestación; d) para integrar las lagunas del Código Civil, como algunos supuestos de incumplimientos resolutorios que se han analizado sucintamente en el caso 6.

Cualquiera de las anteriores clasificaciones es válida y, lo que es más importante, confirma que es cierto que hay un uso creciente no anecdótico del *Soft Law* europeo. Pero no es menos cierto que la influencia se reduce a campos muy concretos del derecho de obligaciones y contratos. Seguramente es en el campo del incumplimiento resolutorio donde más se han aprovechado las potencialidades del *Soft Law* europeo, postergando viejos conceptos como la voluntad rebelde al cumplimiento, así como en la responsabilidad extracontractual, aunque este es un ámbito en que sin duda la jurisprudencia viene jugando desde hace años un papel muy creativo en atención al anquilosamiento del Código Civil. En general, pues, la influencia es modesta, aunque con tendencia a incrementarse, y a nivel del Tribunal Supremo no todos los magistrados se muestran tan proclives a hallar inspiración para modernizar el derecho de obligaciones y contratos contenido en el Código Civil. En muchas ocasiones la cita del derecho contractual europeo es de mero ornamento, un argumento *ex abundantia*, como reconocimiento, quizá, a la importancia que está adquiriendo no solo a nivel doctrinal en toda Europa. Con todo, ha abierto ya un número de nuevos temas que, a modo de cuñas, pueden ir trazando nuevas sendas por las que penetre una brisa renovadora en nuestro derecho de obligaciones y contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (dir.) 2011: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona, 15 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. 2012: «La regulación de la cláusula penal en los PECL y el Draft y su comparación con el derecho español». En M.^a C. Gómez Laplaza (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil, Principios europeos y Draft*. Madrid.
- CLEMENTE MEORO, M. E. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española». *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2131, mayo.
- CHRISTAN, G. 2012: «Der Spanische Schuldrechts modernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsrechtsregelungen». *European Review of Private Law*.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M. 2002: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. 2006: «Sobre la imposibilidad inicial de la prestación». En J. M. Abril y M.^a E. Amat (coords.): *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*. Valencia.

- EGEA FERNÁNDEZ, J. 2012: «Art. 111-7». En A. Lamarca Marquès y A. Vaquer Aloy (eds.): *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars, prescripció i caducitat*. Barcelona.
- FENOY PICÓN, N. 2011: «La Modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, B. 2009: «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». *Revista jurídica de Catalunya*.
- GÓMEZ CALLE, E. 2012: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato. Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador de Marco Común de Referencia». *Anuario de Derecho Civil*.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. 2012: «El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos». *In Dret* 1/2012.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. 2009: «Los Principios Lando». En E. Bosch Capdevila (dir.): *Derecho contractual europeo*. Barcelona.
- JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCÍA, M. J. 2011: «The General Codification Commission and the Modernisation of the Spanish Law of Obligations». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- KOCJ, R. 2012: «CISG, CESL, PICC and pecl». En U. Magnus (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. Munich.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.) 2000: *Principles of European contract law*. Parts I and II, The Hague.
- LANDO, O.; CLIVE, E.; PRÜM, A. y ZIMMERMANN, R. (eds.). 2003: *Principles of European Contract Law, Part III*. The Hague-London-New York.
- MAGNUS, U. 2012: «CISG vs. CESL». En Magnus, U. (ed.): *CISG vs. Regional Sales Law Unification*. Munich.
- MARTÍN-CASALS, M. (coord.) 2008: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Cizur Menor.
- MARTÍNEZ SANZ, F. 2003: «Principios de Derecho europeo de los contratos –Comisión Lando–». En Cámara Lapuente, S. (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a P., 2009: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo». En Díaz Romero, M. R. et al. (eds.): *Derecho privado europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*. Cizur Menor.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. 2011: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?». *Anuario de Derecho Civil*.
- SCHMID-KESSEL, M. 2012: *Eine einheitliches europäisches Kaufrecht*. Munich.
- WENDEHORST, C. y ZÖCHLING-JUD, B. (eds.) 2012: *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*. Wien.
- SCHULTE-NÖLKE, H.; ZOLL, F.; JANSEN, N.; SCHULZE, R. (eds.) 2012: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*. Munich.
- SCHULZE, R. (ed.) 2012: *Common European Sales Law (CESL)-Commentary*. München.
- SMITS, J. M. 2006: «Comparative Law and its Influence on National Legal Systems». En Matthias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford.
- STAUDENMAYER, D. 2011: «Der Kommissions vorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht». *Neue Juristische Wochenschrift*.

- TROIANO, S. 2007: «Das Konzept der "Reasonableness" als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems». En R. Schulze (ed.): *New Features in Contract Law*. München.
- TROIANO, S. 2009: «To what extent can the notion of "Reasonableness" help to armonize european contract law? Problems and prospects from a civil law perspective». *European Review of Private Law*.
- VENDRELL CERVANTES, C. 2008: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts». *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.
- UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMERCIAL CONTRACTS. 2010. Roma.
- VAQUER ALOY, A. 1999: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 2.
- VAQUER, A.; SÁNCHEZ, M.ª P.; BOSCH, E. (coords.) 2012: *Derecho europeo de contratos*. Barcelona.
- VAQUER ALOY, A. 2012: *La donación en España y en Europa*. Madrid.
- VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.) 2009: *Draft Common Frame of Reference. Full Edition*. Munich.
- ZIMMERMANN, R. 2012: «Perspektiven des künftigen Österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungs vor schlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht». *Juristische Blätter*.

La audacia del Derecho (Notas prácticas sobre la protección de los consumidores en el marco del Derecho y la Jurisprudencia de la Unión Europea)

José María Fernández Seijó

Magistrado

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

La situación entre el consumidor y la persona o entidad que facilita el servicio, los bienes o distribuye las mercancías es normalmente de desequilibrio; difícilmente el consumidor está en condiciones de imponer las cláusulas o provisiones que le permitan regular la relación. La situación del consumidor puede llegar a ser un infierno en vida si el bien o servicio no cumple las expectativas generadas. Con las directivas comunitarias en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, principalmente la directiva 93/13 del consejo de 5 de abril de 1993, sobre las condiciones

Abstract

The situation between the consumer and the person or entity who provides the service, manufactures or distributes the good is usually of imbalance; rarely the consumer is able to impose guidelines or provisions which regulate the legal relationship. The situation of the consumer however can become a living hell if the good or service doesn't meet the expectations generated.

With the Community directives in the field of protection of consumers and users, primarily the 93/13 of the Council of 5 April 1993 about the terms in contracts concluded

incluidas en contratos firmados con consumidores, nuestro sistema legal ha ido consolidando términos y conceptos en orden a incorporar estas directivas, pero todavía no hemos sido capaces de reconocer con suficiente fuerza lo que debería ser una disciplina legal especial.

Por qué intentamos hablar del coraje de la ley, sobre la fortaleza de las normas en la protección de los consumidores, porque la normativa comunitaria y la jurisprudencia de la corte de Luxemburgo determina una inequívoca demanda a los poderes públicos que deben llevar a efecto y una protección radical a los consumidores. Radical porque deben protegerlos sin necesidad de que hayan de comparecer en el procedimiento.

Palabras clave: consumidor - coraje - directivas comunitarias - jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo - condiciones generales de la contratación.

with consumers, our legal system has been staining terms and concepts of a right of consumption that hasn't yet been able to be recognized with enough force to become a special legal discipline.

Why trying to talk about the courage law, about the boldness of the law on the protection of consumers, because Community law's indications and Luxembourg Court's case law determine the unequivocal demand that public authorities are carrying out a «radical» consumer protection. Radical because we have to protect consumers without the consumers need to appeal to the process.

Key-words: *consumer - courage - comunitary directives - Case Law of Luxembourg Court - terms in contracts concluded with consumers.*

El derecho, como cualquier otra disciplina del conocimiento humano, se ha visto inmerso en los últimos tiempos en un proceso de especialización y tecnificación que complica mucho encontrar una materia que pueda ser útil o, cuando menos, interesar a esos distintos ámbitos del conocimiento jurídico. Cada vez profundizamos más en materias cada vez más complejas, ese proceso en muchas ocasiones determina que perdamos la perspectiva, la profundidad de campo que nos permita afrontar un problema de modo armónico e integrado no solo en el ordenamiento correspondiente, sino también en el conjunto de principios que debieran dar sentido a ese ordenamiento.

Asumiendo esa dificultad de encontrar una materia que permita realizar ese ejercicio de «transversalidad» y sin olvidar la utilidad práctica de la exposición, creo que la tutela de los consumidores permite trasladar a la práctica totalidad de disciplinas jurídicas un régimen de tutela común en lo referido a los consumidores, porque si hay un elemento caracterizador de cualquier persona que viva en una sociedad tan moderna y compleja como la nuestra es su condición de consumidor; consumidor es la persona que adquiere o recibe un bien o servicio y no lo integra en un proceso productivo, es el receptor final de ese bien o servicio. Cualquiera de nosotros es receptor de servicios o bienes tanto en el desarrollo de una actividad pública –pago de impuestos, transporte público, trámites administrativos–, como en el ámbito privado.

La situación entre el consumidor y la persona o entidad que le brinda el servicio, que fabrica o distribuye el bien es, por normal, de desequilibrio; en muy pocas ocasiones el consumidor está en condiciones de poder imponer las pautas o cláusulas que han de regular esa relación jurídica; cuanto más amplio es el espectro de consumidores que han de requerir un servicio o que pretenden adquirir una mercancía más minuciosas e intrincadas son las condiciones que se le imponen, condiciones que no quiere o no puede conocer el consumidor en detalle y que, sin embargo, pueden llegar a convertirse en un verdadero infierno si el bien o servicio no cumple con las expectativas generadas en el consumidor, si es defectuoso.

A partir de las directivas comunitarias en materia de tutela de consumidores y usuarios nuestro ordenamiento jurídico –tanto el estatal como el autonómico– se ha ido tiñendo de términos y conceptos propios de un derecho de consumo que todavía no ha sido capaz de ver reconocido un músculo suficiente como para convertirse en una disciplina jurídica propia, de ahí que debamos ir descubriendo su rastro tanto en la normativa que regula relaciones privadas como en el derecho público, en el derecho civil, en el derecho penal, en el administrativo, en el fiscal e incluso en el llamado derecho de daños.

¿Por qué intento hablar de un derecho audaz, de la audacia del derecho en materia de tutela de los consumidores? Porque las indicaciones que han ido realizando tanto el ordenamiento jurídico comunitario como la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo determinan la exigencia inequívoca de que los poderes públicos realicen una defensa «radical» de los consumidores, tan radical que no es necesario ni tan siquiera que el consumidor tenga una noticia concreta de esa protección que debe realizarse no ya con carácter «preventivo» –evitando que determinadas prácticas o cláusulas se introduzcan en los contratos–, sino también con carácter «curativo», es decir, cuando se detecte una circunstancia que cause un daño efectivo a un consumidor los poderes públicos han de activar los mecanismos de tutela sin esperar a que el consumidor ponga en marcha los procedimientos –en muchas ocasiones costosos y complejos– por los que haya de pretender justicia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es consciente de que esa situación de desequilibrio no solo marca las relaciones entre el consumidor y las empresas en el contexto privado, sino también en el contexto público, en el propio proceso; por lo tanto la actuación de los poderes públicos ha de evitar que en el marco de un procedimiento judicial o administrativo se pueda producir esa situación de descompensación que determina que el consumidor no quiera o no pueda obtener una respuesta razonable a sus pretensiones.

El derecho audaz pretende, por lo tanto, romper con una vieja imagen de la justicia que en la iconografía medieval aparecía representada como un ejército de leones que sujetaba el trono del rey; incluso para alguien tan reputado y poco sospechoso de arbitrariedades como Montesquieu la justicia, los jueces, no eran sino la «boca» por la

que se cumplieran las leyes, sin margen alguno de discrecionalidad o de capacidad para comprender y solucionar los conflictos más allá del texto literal de las leyes.

Sin abandonar el mundo de las imágenes quisiera traer a este texto y contexto unas imágenes en principio muy poco jurídicas, las que permiten el arranque de una película de vaqueros: *The man who shot Liberty Valance*, dirigida por John Ford, el joven Ransom Stoddard (James Stewart) viaja en diligencia a Shinbone, un pueblecito del lejano oeste en el que pretendía buscar fortuna; a pocas millas de su destino la diligencia es asaltada por un bandolero, Liberty Valance (Lee Marvin), que le golpea con un látigo. Ransom Stoddard, que acaba de terminar sus estudios de derecho, esgrime un libro de leyes como instrumento para defenderse; Liberty Valance dibuja una sonrisa cínica y lanza los códigos a la arena y le asegura que al lugar al que van de nada sirven los códigos. Ransom Stoddard se comporta como un jurista audaz, está convencido de que solo con las leyes será capaz de poner orden y sentido al mundo en el que se pretende establecer. Esa audacia, rayana a la temeridad, es la que debe reivindicarse como instrumento no solo para resolver conflictos, sino también para evitar que estos conflictos surjan.

La película de John Ford esconden infinidad de paradojas que pueden servir para entender las debilidades y fortalezas del derecho en un mundo complejo: el forajido que desprecia las leyes se llama Libertad; Ransom Stoddard, cuando comprueba que con las leyes no solo no va a conseguir imponer el orden, sino que incluso va a sufrir la burla del resto de ciudadanos, se ve obligado a dedicarse al periodismo y a barrer los suelos de una cantina. Ransom Stoddard solo alcanza el respeto de sus conciudadanos cuando en apariencia vence en duelo a Liberty Valance y lo derriba de un balazo y ni tan siquiera el abogado es capaz de acertar el disparo ya que en realidad es un sheriff –Tom Doniphon (John Wayne), descreído y ajeno a leyes escritas– el que aprieta el gatillo para proteger a su amigo. Ransom Stoddard premia a su amigo levantándole a la novia y abandonando el pueblo primero como congresista, poco después como senador y, finalmente, con vicepresidente de los Estados Unidos, cargos todos ellos en los que consolida su prestigio como legislador. Años después, cuando se entera el senador Stoddard de que su viejo amigo ha muerto, decide regresar en tren al funeral del viejo Doniphon y en el largo trayecto en tren cuenta a un periodista la verdadera identidad del hombre que mató a Liberty Valance; cuando Stoddard termina su relato el periodista pretende publicarlo pero el editor del diario le responde con un contundente: «Print the legend»; está claro que la realidad, la verdad, nunca pueden frustrar una «buena» noticia.

La reivindicación del derecho audaz no es sino la reivindicación de cierta insolencia temeraria de pensar que el derecho puede ser un instrumento eficaz para cambiar el mundo, o por lo menos para mejorar las cosas. Esa temeridad no solo tiene su apoyo en películas de vaqueros más o menos olvidadas, sino también en fuentes más respetadas; en muchas ocasiones olvidamos que el artículo 9.3 de la Constitución

española exige a los poderes públicos que remuevan los obstáculos y promuevan las condiciones para que la libertad y el resto de derechos y garantías fundamentales puedan ejercitarse de modo efectivo; exige, en definitiva, cierto «activismo» de los poderes públicos que, desgraciadamente, se está diluyendo ya que los poderes públicos andan más preocupados en ser firmes leones que sujetan tronos cada vez más complejos y burocratizados, olvidándose que fueron juristas bisoños con la maleta cargada de leyes con las que pretendían cambiar el mundo.

Pese que la Constitución fija un marco legal para una tutela mucho más efectiva de los consumidores y usuarios, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha podido o no ha sabido incardinar de modo eficaz la tutela de los consumidores en el marco del artículo 24 de la Constitución –el de la tutela judicial efectiva–, lo que ha determinado que en muchas ocasiones no haya permitido un debate judicial profundo respecto de algunas materias o cuestiones que exigían una revisión de constitucionalidad con el amplio campo de mira de una tutela judicial efectiva a los consumidores y usuarios; un ejemplo claro es la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado n.º 1 de Sabadell respecto de las fisuras del proceso de ejecución hipotecaria que afectaba a un consumidor.

No ayuda mucho el hecho de que la protección de los consumidores no forme parte del «núcleo duro» de derechos fundamentales y que haya de contentarse con el refugio de los derechos de carácter económico y social que no son de aplicación directa y que están siendo desmantelados como consecuencia o aprovechando –nunca se sabe– la crisis económica.

La experiencia española en materia de tutela de consumidores viene marcada por una regulación excesivamente fragmentada que arranca en 1984 con la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y que ha dado lugar a multitud de disposiciones que total o parcialmente reproducían sin mucho rigor las indicaciones de las Directivas Comunitarias. Creo que hay una circunstancia que lastra esa experiencia española ya que viene marcada por la circunstancia de la intoxicación a principio de los años ochenta del siglo pasado por aceite de colza; ese fraude que tuvo consecuencias fatales para miles de personas determinó que el ámbito inicial de protección se residenciara en el ámbito sanitario –los primeros organismos públicos de tutela de consumidores se estructuran en torno al Ministerio de Sanidad, que llegó a denominarse de Sanidad y Consumo– y que centren sus esfuerzos en el ámbito penal, con el riesgo de que se difumine la protección y se traslade no al ámbito de la reparación sino al de la sanción, sin duda necesaria, pero que no puede interferir en las legítimas expectativas de los perjudicados de ver reparado de modo efectivo el daño causado.

En otros países, e incluso en España en algunas Comunidades Autónomas, la tutela de los consumidores se ha vinculado a departamentos o ministerios con mayor potencial político como son las áreas de economía, e incluso de presidencia. En España el antecedente de la colza ha anclado estas materias al ámbito del consumo

de productos y a la sanidad, que obviamente tiene otras prioridades. Cuando se ha planteado la necesidad de trasladar el marco de esa tutela a otros ámbitos se han producido incidencias que han interferido en un tratamiento mucho más eficaz a estas cuestiones, los escándalos de las cooperativas de vivienda a mediados de los ochenta (PSV), algunos escándalos financieros como el de los inversores de Rumasa y posteriormente FORUM y AFINSA determinaron que no se trasladara la competencia al Ministerio de Economía para evitar con ello que los perjudicados pudieran considerar en estos casos una responsabilidad solidaria o subsidiaria del Estado, bien a través de sus instituciones de garantía, bien por mecanismos de responsabilidad subsidiaria por mal funcionamiento de los organismos de control.

Tampoco ayudó mucho la regulación que sobre esta materia estableció la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente ya que la regulación de las acciones colectivas y la tutela de los intereses difusos en la Ley 1/2000, Ley de Enjuiciamiento civil, aboca a la mayoría de procedimientos colectivos a lodazales procesales que demoran durante años la posibilidad de una respuesta judicial; sirva como ejemplo que la acción colectiva en defensa de intereses difusos destinada a conseguir la nulidad de las llamadas cláusulas suelo ha llevado a que sean más de 40 las entidades financieras demandadas y que las previsiones de celebración de juicio, no de dictado de sentencia, se demoren más allá de 2014.

En el año 2001, cuando entra en vigor la LEC, se consideró suficiente con flexibilizar el procedimiento civil permitiendo que el consumidor pueda incorporarse a las demandas en el arranque de las mismas –artículos 11 y 15 de la LEC–, o acceder en el momento de la ejecución –artículo 519–, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a personas que inicialmente no fueron demandantes –artículo 221–. Sin embargo, pese a haberse conseguido un procedimiento más poroso, con más capacidad para adaptarse a los intereses de amplios colectivos, esa porosidad no ha permitido procesos más ágiles, más eficaces. Las razones de ese fracaso pueden ser:

- (1) Que no se deslindan con claridad las pretensiones vinculadas a relaciones contractuales de las generadas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pese a que los condicionantes de una y otra responsabilidad son sensiblemente distintos.
- (2) Aunque en teoría es sencillo establecer las diferencias entre los intereses colectivos y los difusos, en la práctica esa tarea no siempre es comprendida por las partes y por el propio juez de un modo eficaz se está abriendo un debate muy peligroso respecto de la identificación de cuándo un colectivo está perfectamente determinado o es fácilmente determinable, ya que en ocasiones esa facilidad en la determinación de los legitimados puede ser cualitativamente razonable pero cualitativamente muy extensa –ya hay supuestos en los que los juzgados se han empeñado en identificar a todos los suscriptores de determinadas cláusulas financieras, lo que supone en la práctica dar a conocer

el procedimiento a cientos de miles de hipotéticos perjudicados en situaciones objetivas y subjetivas distintas–.

- (3) El papel de las asociaciones de consumidores y usuarios no siempre es transparente, hay ocasiones en las que esas asociaciones están más preocupadas por conseguir un titular de prensa que por conseguir una sentencia eficaz.
- (4) La falta de medios de los juzgados y, sobre todo, la incapacidad para incorporar de modo efectivo las nuevas tecnologías de la comunicación hace que los mecanismos de citación y emplazamiento a los interesados sea propio de un mundo de Balzac, cuando la realidad se aproxima más a Philip K. Dick.
- (5) El procedimiento y sus vericuetos es el principal aliado de muchos litigantes.

No basta por lo tanto con que aparezcan referencias al derecho de consumo en las normas procesales, cada vez es más necesario que haya un procedimiento de consumo atribuido a juzgados de consumo. Cuestión distinta será la de identificar cuándo nos encontramos con un procedimiento de consumo.

La creación de los juzgados mercantiles por la Ley Orgánica 8/2004, que han centralizado algunas de las acciones colectivas, y el Texto Refundido del Código de Consumidores de noviembre de 2007 han reordenado parte de este caos, aunque todavía no se han alcanzado estándares de tutela de consumidores similares a los de otros países europeos. Es un error considerar que los nuevos juzgados mercantiles pueden actuar como verdaderos tribunales de consumo, ciertamente han asumido algunas de esas acciones colectivas, incluso aspectos importantes del control de las condiciones generales, también han atraído la competencia de los procedimientos que afectan a consumidores en materia de transporte. Pese a esos esfuerzos debe advertirse que los juzgados mercantiles llevan en su ADN la tutela y preocupación por el mercado, un concepto no siempre equivalente al del consumo. Los jueces mercantiles no siempre somos conscientes de que existen esas situaciones de desequilibrio y no siempre se tiene claro que ante esas situaciones de desequilibrio debe anticiparse la tutela, incluso actuar de oficio.

Como se ha visto hasta ahora el panorama desde un punto de vista interno es complejo y las posibilidades de una respuesta armónica a estos problemas es remota, no solo porque no haya una normativa clara en materia de tutela de los consumidores, sino también porque no hay en la comunidad jurídica una verdadera cultura de tutela al consumidor. El derecho audaz no puede permitirse el lujo de ser temerario, de ahí la necesidad de trascender y de buscar en las fuentes del derecho comunitario las bases y principios para una tutela eficaz.

Esta reivindicación del derecho comunitario no lo convierte, ni muchos menos, en una «arcadia» del consumidor ya que en el ámbito comunitario el interés por la protección del consumidor se realiza desde la perspectiva del mercado, es decir, el derecho comunitario no quiere que el consumidor pueda verse mediatizado o engañado por empresarios tramposos o desleales, en muchas ocasiones la tutela del consumidor

no es sino la tutela de aquellas empresas que no «tuercen» esa relación con el consumidor. Por otra parte el esfuerzo normativo que se detectaba a finales de los años ochenta y principios de la década de los noventa del siglo ha pasado, se ha reducido sensiblemente y el siglo XX ha arrancado sin grandes novedades normativas y, lo que es más grave, sin establecer garantías efectivas que permitan considerar una tutela uniforme en todo el territorio de la Unión y sin exigir a los nuevos Estados incorporados un régimen interno homologable.

La directiva que permitió abrir la caja de Pandora de la protección de los consumidores es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; partiendo de esa directiva se ha ido construyendo una jurisprudencia comunitaria que se asienta sobre una realidad que difícilmente puede ser refutada:

Es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (asunto Océano Grupo Editorial, Sentencia de 27 de junio de 2000, parágrafo 25).

El Abogado General en el informe emitido para ese procedimiento –de 16 de diciembre de 1999– utiliza un lenguaje incluso más llano al reconocer que el consumidor es la «parte débil»:

El sistema de protección garantizado por las normas de la Directiva parte del principio del carácter general conforme al cual, en los contratos celebrados con un profesional, se considera que el consumidor es la «parte débil», que necesita una tutela especial: por tanto, el objeto de la Directiva es restablecer, en dichas relaciones, un equilibrio contractual, salvaguardando al mismo tiempo el interés general de observancia de una práctica empresarial correcta (Parágrafo 23).

De ahí que atribuya a los poderes públicos, concretamente al juez, el deber de tutelar los intereses de la parte más débil y restablecer ese equilibrio:

Considero que reconocer al juez la facultad de declarar de oficio la ineficacia de una cláusula contractual por ser abusiva entra completamente en el contexto general de la tutela especial que la Directiva desea reconocer a los intereses de la colectividad que, por formar parte del orden público económico, trascienden de los intereses específicos de las partes. En otras palabras, existe un interés público en que las cláusulas perjudiciales para los consumidores no produzcan efecto. Dicho interés motiva, desde el punto de vista sustancial, la sanción de la «carencia de carácter vinculante» de la cláusula que, a pesar de haber sido firmada por el consumidor, no se haya negociado individualmente con él; desde el punto de vista procesal, motiva la intervención del juez, que, una vez apreciado el perjuicio sufrido por el consumidor,

puede no aplicar la cláusula independientemente del comportamiento procesal de este último (Parágrafo 27).

Y así ese criterio se traslada a la Sentencia mencionada cuando el tribunal afirma que:

es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (Parágrafo 28).

La audacia del Abogado General y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en este procedimiento habilitó a los jueces de cualquier país de la Unión Europea para poder realizar un juicio de valor a priori, es decir, sin necesidad de que se personara el consumidor en el procedimiento y alegara nada; un juicio a priori del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato de adhesión, ese carácter abusivo se consideraba a partir de unos estándares comúnmente aceptados –normalmente cláusulas que se habían declarado abusivas en procedimientos judiciales en los que sí había intervenido y alegado el consumidor– y permite al juez con carácter preventivo anticipar la tutela judicial y declarar, de oficio, la nulidad de una cláusula con las consecuencias procesales y materiales que dicha declaración conlleva. La primera de estas sentencias, la sentencia Océano Grupo Editorial, se refería a una cláusula de sumisión expresa a determinado fuero en contratos de adhesión, cláusula que determinaba que todos los procedimientos referidos a esos contratos –cientos– se tramitaran ante un mismo juzgado.

Fruto de esa sentencia la Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000, de 7 de enero) recogió esas facultades de oficio del juez, aunque únicamente en la determinación del fuero aplicable –artículo 58 de la Ley–; limitaba, por lo tanto la audacia a una cuestión puramente procesal, la de determinación de la competencia territorial en procedimientos en los que el fuero se fijara con carácter imperativo, de ahí que a partir de la puerta abierta por el asunto Océano fueran varios los juzgados y tribunales europeos los que indagaran acerca de la capacidad de actuación de oficio de los jueces civiles, es decir, indagaran acerca de los límites de la audacia.

Sirva como referencia una de las últimas preguntas recibidas en el Tribunal el pasado 23 de enero de 2012 desde un Tribunal extremeño:

Si un consumidor, tras no obtener la puesta en conformidad del bien –porque, pese a pedirla de forma reiterada, la reparación no ha sido llevada a cabo–, reclama judicialmente con carácter exclusivo la resolución del contrato y tal resolución no es precedente por estarse ante una falta de conformidad de escasa importancia, ¿puede el Tribunal reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio?.

O la cuestión planteada por un Tribunal búlgaro a finales de 2011 sobre si: «¿Es discriminatorio que en los barrios habitados mayoritariamente por personas de un determinado grupo étnico, los contadores del consumo eléctrico estén instalados a una altura sustancialmente superior que en otros lugares?».

Siendo importantes las preguntas, que sin duda lo son, mucho más importantes son las respuestas que ha ido dando el tribunal a las cuestiones planteadas, respuestas que permiten establecer cuáles son los límites reales del derecho de consumo en el marco de la Unión Europea.

Es posible plantear tres trabajos de campo, tres supuestos prácticos en los que podemos examinar cuál es el actual estado de la cuestión, es decir, cuáles son las preocupaciones actuales de los jueces en esta materia:

a) Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Asunto, *Mühlleitner*

El supuesto de hecho es muy habitual en el tráfico económico moderno, la Sra. Mühlleitner quiere comprarse un coche de segunda mano, ella es austriaca pero, para la compra del vehículo, consulta por medio de varias webs hasta dar con una empresa alemana que tiene en su catálogo un vehículo que se adapta a sus necesidades y preferencias. La Sra. contacta con la empresa alemana y finalmente se interesa por un vehículo distinto, de modo que aprovechando un viaje a Alemania firma el contrato de compraventa del vehículo y se lo lleva para Austria. Cuando llega a su ciudad descubre que el vehículo tiene graves defectos iniciando acciones judiciales en Austria contra el vendedor; el vendedor alega que como el contrato se firmó realmente en Alemania son los tribunales alemanes los competentes para conocer del asunto, lo que determina que la Sra. pierda el pleito en primera instancia; en segunda instancia se plantea la cuestión prejudicial referida a si este tipo de contratos en los que se toma conocimiento de la oferta por Internet pueden verse tutelados por el artículo 13, párrafo primero, número 3, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por los convenios sucesivos relativos a la adhesión de los nuevos Estados miembros a dicho Convenio (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»), que dispone lo siguiente:

En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: [...] 3. para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

Entiende el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que en este tipo de contrato basta que el primer conocimiento se haya tenido a distancia para que pueda aplicarse la norma dado que procede responder a la cuestión planteada de que el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que no exige que el contrato entre el consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia.

b) Sentencia de 19 de julio de 2012, asunto ebookers.com, sobre contratación de billetes de avión por medio de portales de Internet

El supuesto de hecho es muy habitual: ebookers.com comercializa viajes aéreos a través de un portal de Internet que gestiona ella misma. Cuando un cliente selecciona un determinado vuelo en el marco de un proceso de reserva accesible a través de dicho portal, en el sitio de Internet de ebookers.com aparece, en la parte superior derecha y bajo el epígrafe «Coste actual de su viaje» («Ihre aktuellen Reisekosten»), un desglose de gastos. Dicho desglose contiene, junto a la tarifa aérea propiamente dicha, un importe correspondiente a «impuestos y tasas» («Steuern und Gebühren») y otra partida relativa a un «seguro de anulación» («Versicherung Rücktrittskostenschutz»). El total de esos gastos representa el «coste total del viaje» («Gesamtreisepreis»). En caso de reserva definitiva, el cliente debe realizar un pago único, correspondiente a dicho coste total del viaje, a ebookers.com, el cual procede a abonar el precio del billete a la compañía aérea y los gastos del seguro de anulación a la compañía de seguros, que es jurídica y económicamente independiente de la compañía aérea. Asimismo, ebookers.com cursa el pago de los impuestos y tasas a sus beneficiarios. Si el cliente no desea contratar el seguro de anulación, se le informa, en la parte inferior del sitio de Internet de ebookers.com, del procedimiento que debe seguir, que es una opción explícita de exclusión («opt-out»). El BVV considera que ese modo de comercialización de viajes aéreos es contrario al artículo 23, apartado 1, del Reglamento n.º 1008/2008 y exige que ebookers.com deje de prever, en el marco del procedimiento de reserva de vuelos establecido en su portal de Internet, la contratación por defecto de un seguro de anulación.

El Tribunal da la razón a la asociación de consumidores y considera que se debe impedir que el cliente de servicios aéreos se vea incitado, en el marco del proceso de reserva de un vuelo, a adquirir servicios complementarios al vuelo mismo, que no son inevitables e indispensables para las necesidades de ese vuelo, salvo que elija expresamente adquirir esos servicios complementarios y pagar el suplemento de precio que corresponde a éstos. Por lo tanto no puede incluir la contratación por defecto de este seguro.

c) Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito

Control de oficio por el juez de intereses abusivos en un juicio monitorio en el que se aplican al consumidor unos intereses moratorios del 29%. Esta sentencia tiene la gran virtud de sintetizar la práctica totalidad de la jurisprudencia sobre la materia:

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición (ap. 38).

Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 25, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. p. I-9579, apartado 29) (ap. 39).

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Pereni ová y Pereni, C-453/10, Rec. p. I-0000, apartado 28) (ap. 40).

Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (véanse las sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48) (ap. 41).

Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (véanse, en este sentido, las sentencias

Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49) (ap. 42).

Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32) (ap. 43).

A este respecto, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra una demanda en proceso monitorio, el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula (sentencia VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 56) (ap. 44).

No obstante, el caso de autos se distingue de los asuntos que dieron lugar a las sentencias Pannon GSM y VB Pénzügyi Lízing, antes citadas, por el hecho de que versa sobre la definición de las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición (ap. 45).

A este respecto, procede declarar que, al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38) (ap. 46).

En lo que atañe al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida en el litigio principal (ap. 47).

En efecto, consta en autos que el sistema procesal español no solo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo, con arreglo al

artículo 6 de la Directiva 93/13, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional (ap. 48).

En lo que atañe al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (véase la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 39 y jurisprudencia citada) (ap. 49).

En el caso presente, de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se deduce que, con arreglo al artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el proceso monitorio se aplica en los supuestos de deudas vencidas, líquidas y exigibles cuyo importe no exceda de un valor límite, que se elevaba a 30.000 euros en la fecha de los hechos del litigio principal (ap. 50).

A fin de garantizar a los acreedores un acceso más fácil a la justicia y un desarrollo más rápido del procedimiento, ese mismo artículo se limita a exigir a aquéllos que adjunten a la demanda los documentos que acrediten la existencia de la deuda, sin obligarles a indicar con claridad el tipo de interés de demora, el período preciso de exigibilidad y el punto de referencia de ese mismo tipo en relación con el interés legal de Derecho interno o con el tipo del Banco Central Europeo (ap. 51).

De este modo, en virtud de los artículos 815, apartado 1, y 818, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia del juez nacional que conoce de una demanda en proceso monitorio se circunscribe a comprobar que concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la demanda y dictar un requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago. El escrito de oposición deberá necesariamente ir firmado por abogado en los litigios que excedan de una determinada cuantía fijada por la ley, cuantía que, en la fecha de los hechos que dieron lugar al litigio principal, se elevaba a 900 euros (ap. 52).

Pues bien, en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un

consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35) (ap. 53).

En efecto, habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, tal como se han descrito en los apartados 50 a 52 de la presente sentencia, existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen (ap. 54).

De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34) (ap. 55).

En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos (ap. 56).

A la luz de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición (ap. 57).

Respecto de la posibilidad de limitar los intereses –el juez español en vez de aplicar el 29% de interés moratorio aplicó un 19%– el Tribunal Considera que:

Habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran

en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (ap. 68).

Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (ap. 69).

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y Pereni ová et Pereni , antes citada, apartado 34) (ap. 70).

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (ap. 71).

A este respecto, incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Dominguez, C-282/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada) (ap. 72).

A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (ap. 73).

La reivindicación de la audacia del derecho permite que una sentencia, la del caso Océano del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, pueda convertirse en uno de los motores narrativos de una novela: *De vidas Ajenas*, escrita por Emmanuele Carrere; en esa novela, en la que se cruza el tsunami de Sri Lanka con el activismo judicial de dos jueces de instancia de una capital de provincias francesa y con un cáncer demoledor sufrido por una madre de familia, la excusa de esa sentencia le permite afirmar a uno de los personajes que «cuanto más alta es la norma jurídica, tanto más generosa es y más cercana está a los grandes principios que inspiran el derecho con mayúscula».

La audacia del derecho permite, en definitiva, combinar películas de vaqueros, densas novelas francesas, directivas comunitarias y normas procesales. Todas estas cosas caben en el artículo 9.3 de la Constitución, un precepto que convendría leer cada mañana.

El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012

Josep M. Tamarit Sumalla

Catedrático de Derecho Penal

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

Resumen

En este artículo destacaré algunos supuestos subyacentes al nuevo lenguaje (y enfoque) que se utiliza en el ámbito de la comunicación pública de la ciencia –esto es, al lenguaje de la participación pública o apropiación social–. Mi propósito es mostrar cómo una comprensión de las implicaciones políticas de los diferentes modelos de comunicación pública de la ciencia puede ayudarnos a negociar las relaciones de poder y autoridad que están en juego. El reconocimiento de la complejidad política del contexto de la participación pública puede ayudarnos a identificar las cuestiones académicas que es necesario investigar, así como las preguntas más prácticas que es necesario formular en la evaluación de eventos concretos, actividades e instituciones.

Abstract

In this paper, I will highlight some practical questions that need to be asked of the assumptions underlying the new language and approach in the field of science communication, –that is, the language of public engagement or social appropriation. My goal is to show how an understanding of the political implications of different models of science communication can help us negotiate the relationships of power and authority that are at stake. Recognizing the political complexity of the public engagement context can help in identifying the scholarly questions that need to be explored, as well as the more practical questions that need to be asked in evaluations of particular events, activities, and institutions.

Palabras clave: Comunicación pública de la ciencia – participación pública – apropiación social – implicaciones políticas.

Key words: *Science communication – public engagement – social appropriation – political implications.*

1. UN NUEVO CONCEPTO DE JUSTICIA

Desde finales del siglo XX los programas de justicia restaurativa han tenido un amplio desarrollo a nivel mundial. También han proliferado las críticas y se han publicado diversas evaluaciones empíricas, que invitan a una reflexión serena sobre sus potencialidades y sus límites¹. La irrupción de la justicia restaurativa nos ofrece la oportunidad de revisar la visión del mundo propia de la justicia penal convencional y de las concepciones dogmáticas sobre la ley y la justicia. Pero la justicia restaurativa tiene variados y poderosos enemigos y debe asumir el reto de acreditarse ante las voces críticas o escépticas. La aprobación de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen los contenidos mínimos comunes del estatuto de la víctima, constituye una ocasión para revisar sus aspectos más problemáticos². Esta norma comunitaria, de obligado cumplimiento por los Estados miembros de la Unión Europea, expresa tanto las cautelas existentes en ciertos sectores ante estas nuevas prácticas de justicia como la voluntad de darles un decidido impulso. En este artículo vamos a examinar algunos de esos aspectos, con el objetivo de establecer las necesidades que se plantean ante la nueva Directiva, en particular en el contexto español.

Tras un análisis de la evolución que ha experimentado la teoría y la práctica de la justicia restaurativa, entiendo que ésta sigue siendo una opción válida. En el mercado de los conceptos alternativos de justicia han surgido muchos competidores, bajo fórmulas como «jurisprudencia terapéutica», «justicia procedimental», «justicia comprensiva» o «colaborativa», o los «tribunales de resolución de problemas». La aparición de «nuevos paradigmas» no ensombrece la luz que aporta la idea de justicia restaurativa, sino que confirma la validez de su intuición original y refuerza su solidez, destacando como la solución más probada y que mejor soporta la crítica.

La justicia restaurativa se ve obligada a abrirse camino frente a las arraigadas concepciones en que se basan las viejas y todavía poderosas formas de la justicia penal. La justicia restaurativa antepone las necesidades reales de los sujetos, la comunicación emocional, la ética del cuidado o los objetivos de pacificación sobre la concepción

1. Una amplia revisión de los antecedentes, principios y debate teórico sobre la justicia restaurativa puede verse en TAMARIT, J. (coord.). 2012: *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada.

2. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012).

idealista de la justicia. Estos objetivos y estas necesidades de los individuos y de las comunidades se anteponen también al ejercicio del poder del Estado o al imperio de la racionalidad del Derecho penal ilustrado e igualitario. Sus detractores naturales serían pues, ante todo, aquellos que confían en la «terapéutica punitiva»³, con todos sus ropajes simbólicos y comunicativos, y quienes temen que las prácticas restaurativas puedan hacer llegar a la sociedad el mensaje de que las instituciones no toman en serio el delito o el sufrimiento de las víctimas. En el grupo de los escépticos se encuentran también todos aquellos que desconfían de una «deriva hacia lo emocional» que amenace la seguridad de lo racional o perciben el riesgo de una pérdida de control sobre la respuesta institucional al delito o incluso sobre el discurso académico relativo a esta respuesta.

En el lado opuesto del espectro del debate político-criminal, existen otra clase de críticos, aquellos que temen que la justicia restaurativa, al consolidarse y oficializarse, se convierta en un mero subrogado o sucedáneo de la justicia penal convencional, de modo que reproduzca sus defectos sin llegar a suponer un auténtico cambio de paradigma, que para algunos tan solo podría encontrarse por la senda del abolicionismo. Según esta visión, la auténtica alternativa exigiría superar no tan solo lo punitivo, sino incluso la idea de justicia. Así, Christie considera que los conflictos no siempre pueden ser resueltos, pues a veces solo podemos pretender vivirlos y manejarlos del mejor modo posible; por lo tanto, el mal a evitar está en el modo en que la racionalidad jurídica disecciona y trata el fenómeno delictivo, incapaz de penetrar en la realidad de los problemas sociales y humanos con una mirada más abierta y profunda⁴.

2. LA NECESIDAD DE JUSTICIA

La referencia al ideal de justicia es una parte esencial del concepto de justicia restaurativa. Una de sus aportaciones fundamentales está en que establece una vinculación entre una resolución «alternativa» o «no punitiva» del conflicto y las necesidades de justicia de la comunidad, al tiempo que llama a superar la asociación entre justicia y castigo.

La tesis crítica parte de la presunción de que no existe una necesidad humana de justicia, sino tan solo una necesidad de resolver problemas. El ideal de justicia sería, según esta presunción, una falsa necesidad creada desde el poder para así legitimarse empuñando la espada contra el transgresor del orden. Sin embargo, existen indicios

3. Vid. QUINTERO OLIVARES, G. 2012: *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis en Derecho penal*. Madrid. El autor denuncia la contradicción que supone predicar la huida al Derecho penal al tiempo que se denuncia la inutilidad e ineficacia del mismo.

4. Vid. CHRISTIE, N. 2013: «Words on words». *International Journal of Restorative Justice*, n.º 1 (en prensa).

suficientes para creer lo contrario. La necesidad de justicia surge cuando un sujeto tiene una experiencia que interpreta como injusticia. Quien ha sufrido un daño que considera injusto no se conforma con saber que su experiencia es reducida a un conflicto que debe gestionarse o incluso a un problema que requiere ser resuelto. Por ello, los objetivos de pacificación social, de restauración y reequilibrio psíquico de las partes involucradas en un conflicto no pueden alcanzarse si los protagonistas no perciben que éste se ha gestionado de modo justo.

Esta constatación no se basa en la mera percepción intuitiva de la realidad social, sino que está respaldada en cierta base empírica. Es inevitable referirnos aquí a las tesis de Lerner sobre la creencia en un mundo justo⁵. Esta creencia se basa en una serie de asunciones y racionalizaciones, mediante las que el ser humano confirma su confianza de que vive en un mundo justo. Este fenómeno se encuentra mediado por importantes diferencias individuales y existen personas más inclinadas a desarrollar tácticas irracionales o estrategias que permiten que la realidad de la injusticia no altere la creencia, incluso al precio de culpabilizar a las víctimas de lo que les sucede⁶. Pero quizás el aspecto menos conocido de la aportación de Lerner es su afirmación de que, más allá de las diferencias individuales, la creencia en la justicia es en cierto grado una necesidad «natural e inevitable» de todos los humanos y va más allá de la mera necesidad de control y previsibilidad⁷. Por ello, tras un hecho que sea percibido como una amenaza para esa mínima confianza necesaria en la justicia del mundo, surge la necesidad de una respuesta social a la que se atribuya un valor como modo de restablecimiento de la confianza. El progreso de la civilización puede llevar a una superación de la respuesta vengativa o meramente punitiva, pero ante ciertos hechos identificados como injustos no resulta realista pretender que la sociedad pueda renunciar a una necesidad de restaurar la justicia.

Un excesivo énfasis en la idea de conflicto puede empobrecer las potencialidades de la justicia restaurativa. No hay duda de que muchas de las situaciones en las que ésta puede resultar útil responden a la existencia de un conflicto de fondo, del que el delito es tan solo un síntoma, en que puede haber diversas personas involucradas e incluso los roles de ofensor y víctima pueden aparecer difuminados. Sin embargo, existen otros supuestos, caracterizados por una agresión unilateral, en que la idea de conflicto no permite captar la esencia del problema y de la necesidad de respuesta. Y no parece sensato pretender que para estos supuestos no es en ningún caso idónea una respuesta restaurativa, dejándolos en manos de la justicia penal convencional. Lo que debe gestionar la sociedad no es, por lo tanto, meramente un conflicto sino una demanda de justicia. Las personas, relacionadas directamente o no con el suceso,

5. Vid. LERNER, M. J. 1980: *The Belief in a Just World. A fundamental Delusion*. New York/London, 9-12.

6. Vid. LERNER, cit., 19-23.

7. Vid. LERNER, cit., 12 y 40.

pueden adoptar diversas estrategias para la «restauración de la confianza» y la creencia en la justicia, como la culpabilización de la víctima o el linchamiento del ofensor. El Estado puede adoptar una respuesta estructurada que se centra en la declaración de la responsabilidad sobre lo sucedido y la provocación del sufrimiento del agresor, complementada por una serie de elementos simbólicos que permiten satisfacer, en mejor o peor medida, estas necesidades. Pero existe también otra vía: la sociedad puede establecer y favorecer mecanismos en que la reconstrucción de la confianza en la justicia del mundo no se logre mediante la provocación de sufrimiento sino a través de una respuesta constructiva, orientada a la responsabilización y a la reparación y que tanto la víctima como el infractor o personas indirectamente afectadas puedan percibir como justa.

3. LOS PRINCIPIOS RESTAURATIVOS: LA «RESTAURACIÓN» Y OTRAS TRAMPAS DEL LENGUAJE

La justicia restaurativa se concreta en un conjunto de prácticas que responden a unos principios comunes, entre los que destacan las ideas de restauración de las relaciones sociales, pacificación, reparación y respuesta no punitiva al conflicto. En la actualidad parecen ya lejanas las tesis iniciales de carácter idealista que veían en la justicia restaurativa la oportunidad de crear un modelo de justicia que sustituya a la justicia penal convencional. Por ello es necesario establecer cuáles son los puntos en que actualmente existe un amplio consenso en el plano internacional respecto a lo que se espera de un programa que exprese el «espíritu restaurativo». Estos principios y exigencias son:

- a) protagonismo y «empoderamiento» de las personas involucradas en el conflicto;
- b) voluntariedad;
- c) centralidad de la víctima;
- d) reconocimiento del papel de la comunidad;
- e) apertura a nuevas prácticas restaurativas;
- f) importancia de la dimensión emocional y comunicativa del proceso;
- g) no exclusión de delitos con base en criterios apriorísticos, según la idea de que los límites los fijan las partes;
- h) atención a la evaluación empírica de los programas;
- i) Complementariedad y autonomía en relación con el sistema de justicia penal.

Otros aspectos son, sin embargo, más controvertidos:

- a) el rol del facilitador, particularmente su profesionalidad;

- b) la forma de articulación con la justicia penal y los efectos procesales o en la ejecución de la pena;
- c) el modelo restaurativo, en el que puede primar la idea de encuentro, el resultado reparador o el ideal de transformación;
- d) el papel que puede desempeñar la idea de reconciliación;
- e) los efectos reales del proceso sobre sus protagonistas.

La adopción de la justicia restaurativa debe hacer frente a dificultades de adaptación a un contexto cultural y jurídico distinto al de los países en que las nuevas prácticas se han forjado. Buena parte de estas dificultades están reflejadas en el propio lenguaje. El problema más llamativo está en el concepto de «restauración», que nos lleva a una reflexión de fondo sobre la nueva forma de ver la necesidad de justicia. El concepto fue introducido por Zehr para caracterizar una serie de prácticas que tienen en común una mirada o enfoque distinto (como sugiere la metáfora del «changing lenses»), que él formula como alternativa a la justicia convencional, que denomina «retributiva»⁸. Esta idea inicial contiene el sentido primigenio de la restauración, aunque la experiencia alcanzada en las diversas prácticas nos permite hoy ir más lejos.

La aportación de la justicia restaurativa consiste en el desarrollo de mecanismos de compensación, reparación y restauración de la confianza que permitan «mirar» hacia las necesidades de las personas afectadas y no supongan la causación de nuevas heridas, superando la imagen de la espada y los ojos vendados. Para ello es necesario captar lo que se espera que sea restaurado. No se trata aquí de la restauración de la confianza normativa, sino de restaurar las relaciones sociales. La justicia restaurativa no se sitúa en el ámbito de lo normativo o del «deber ser» ideal, sino que la expectativa se proyecta sobre las relaciones reales entre las personas reales. Por esta razón, la restauración, en el plano de lo fáctico, no puede ser plena, pues las cosas nunca vuelven a ser igual. Esta constatación no debe ser hecha desde el desánimo o la impotencia. Prueba de ello es que el vocabulario de la justicia restaurativa se ha enriquecido al incorporarse, más allá del concepto de reparación, las ideas de transformación o reconstrucción. Una respuesta transformadora al suceso puede servir como ocasión para superar una situación a la que no se debe o quiere volver. Podemos pensar en las dinámicas de sumisión que se producen en ciertos ámbitos domésticos o contextos culturales, o en las situaciones de transición después de regímenes no democráticos. Nos enfrentamos, pues, al reto de que la justicia «restaurativa» pueda ir incluso más allá de los límites de su nombre.

Las dificultades terminológicas se manifiestan en algunos de los conceptos clave del vocabulario restaurativo, como sucede con el «conferencing». La adaptación de esta práctica, como luego se verá, obliga a pensar, más allá de la introducción de

8. Vid. ZEHR, H. 1990: *Changing Lenses: A new focus for crime and justice*. Scottsdale PA: Herald Press.

términos como «encuentros restaurativos», en la necesidad de desarrollar un modelo propio adecuado a las características culturales de cada país y sistema jurídico.

4. UNA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS

La justicia restaurativa supone una implicación más directa de los protagonistas del hecho en el modo de responder al mismo. Obliga a pensar de nuevo los roles de víctima y ofensor. Estas etiquetas sociales y jurídicas no permiten captar la complejidad de la realidad social subyacente a muchos hechos delictivos, aunque no por ello son categorías fácilmente prescindibles. El hecho delictivo produce en muchos casos una demanda de reconocimiento de las víctimas y una respuesta social e institucional que exprese un reproche del delito y una reafirmación de la posición de la víctima. La teorización de la justicia restaurativa no puede dejar que esta respuesta reafirmativa esté tan solo asociada a la justicia penal, entendida como forma de sublimación de los instintos de venganza.

La justicia restaurativa ha sido vista a veces como una forma de justicia para las víctimas, aunque algunas críticas han denunciado precisamente lo contrario, advirtiendo sobre el riesgo de que la víctima sea instrumentalizada al servicio del ofensor o de que los intereses de ésta ocupen un lugar secundario. Ciertamente los pioneros de la justicia restaurativa la concibieron más como una oportunidad para los ofensores que como una forma de satisfacer las necesidades de las víctimas⁹. En todo caso, parece que nos encontramos ante una de las «paradojas de la victimidad»¹⁰, dado que el riesgo es doble y ambivalente: la víctima es utilizada como argumento a favor del reforzamiento de la respuesta punitiva frente al agresor y a la vez como medio para reducir o ablandar la respuesta. Dos consecuencias podemos extraer de ello: en primer lugar, la víctima se encuentra en el centro del problema y la política criminal ya no puede mantenerla más en la invisibilidad; en segundo lugar, la atención a sus necesidades e intereses debe enfocarse como un objetivo esencialmente independiente respecto a la respuesta social y jurídica frente al ofensor.

En lo que atañe a la justicia restaurativa, cabe buscar lo que ésta puede aportar a las víctimas partiendo de los riesgos de una falta de reacción ante el delito o pensando en su «ventaja relativa», en comparación con las desventajas del sistema de justicia penal, generador de victimización secundaria. Sin embargo, es necesario un mayor esfuerzo para garantizar que los programas restaurativos permitan satisfacer

9. Como ejemplo de estas críticas pueden verse las obras de ACORN, A. 2004: *Compulsory compassion: a critique of Restorative Justice*. Vancouver; o PAVLICH, G. 2005: *Governing Paradoxes of Restorative Justice*. London.

10. Me he ocupado de la cuestión en «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad». *InDret*, 2013.

las necesidades de las víctimas: reequilibrio psíquico, empoderamiento, desculpabilización, recuperación del control, reparación, sentimiento de justicia y de clausura. Un mayor desarrollo de la investigación puede servir para que los programas restaurativos puedan aplicarse de un modo adecuado para alcanzar estos objetivos.

Desde ciertos sectores de la victimología se ha denunciado que los partidarios de la justicia restaurativa reproducen la idealización de la víctima propia de la cultura occidental de base cristiana. Esta concepción, según Van Dijk, se basa en la creencia de que la víctima es una persona inocente, sufriente y dispuesta a perdonar, expectativa que no se corresponde con las necesidades reales de las víctimas¹¹. La justicia restaurativa estaría así imponiendo a las víctimas un deber moral de reprimir instintos considerados socialmente dañinos y en realidad no sería capaz de dar satisfacción a sus auténticas necesidades.

Sin embargo, los resultados de la investigación en psicología social no son tan frustrantes. Diversos estudios han indicado que las actitudes vengativas no son comunes a todos los seres humanos y que en los casos en que éstos adoptan conductas de represalia lo que ofrece satisfacción a las víctimas no es el sufrimiento retributivo del ofensor, sino el hecho de que éste comprenda las razones de la respuesta¹². Resultaría así empíricamente fundado que la justicia para las víctimas estaría en la capacidad de hacer que el culpable sea consciente de los efectos de sus actos y de que éstos son incorrectos. Conseguir que el autor de un hecho delictivo alcance esta comprensión es pues una de las aportaciones que puede hacer la justicia restaurativa en beneficio de todas las personas implicadas, de modo directo o indirecto, en el hecho, incluidas las víctimas. Sin embargo, es importante analizar en qué modo estos objetivos son realmente alcanzados, por lo que resulta esencial la evaluación de los programas.

5. LOS ENCUENTROS RESTAURATIVOS (CONFERENCING)

En Europa continental la práctica restaurativa más conocida es la mediación entre autor y víctima. Del mismo modo, en los Estados Unidos los primeros programas en los que se expresaba el espíritu restaurativo, surgidos en los años ochenta del siglo XX, consistían en la *Victim Ofender Reconciliation*. Sin embargo, en el ámbito de los países

11. Vid. Van DIJK, J. 2009: «Free the victim: A critique of the Western Conception of Victimhood». *International Review of Victimology*, 16: 1: 6-8.

12. Vid. GOLLWITZER, M./DENZLER, M. 2009: «What makes revenge sweet: Seeing the ofender suffer or delivering a message?». *Journal of Experimental Social Psychology*, 45: 840-844; and Gollwitzer/Meder/Schmitt, 2011: «What gives victims satisfaction when they seek revenge?». *European Journal of Social Psychology*, 41: 364-374. Según estos estudios, la «hipótesis de la comprensión» encuentra mayor apoyo empírico que la «hipótesis del sufrimiento».

anglosajones se han desarrollado, especialmente a partir de los años noventa, formas más complejas de justicia restaurativa, como el *conferencing* o los círculos de pacificación. Esta clase de procesos han surgido en parte como consecuencia del contacto con formas de justicia comunitaria propias de los pueblos indígenas, especialmente en Nueva Zelanda o Canadá. Otros factores que han contribuido a la extensión de estas prácticas han sido la mayor permeabilidad de la cultura jurídica anglosajona a la aceptación de fórmulas innovadoras de justicia, en el seno de un sistema legal y judicial más flexible que el propio de la tradición europea continental, o una mayor conciencia social respecto a la dimensión comunitaria.

En comparación con la mediación, algunos de estos procesos son considerados más puramente restaurativos, en la medida que incluyen a la comunidad como tercer actor en la gestión del conflicto. Una estructuración de los procesos basada en su contenido restaurativo permite distinguir, siguiendo a McCold¹³:

- a) Prácticas plenamente restaurativas, entre las que estarían los encuentros restaurativos (*conferencing*) y los círculos de pacificación;
- b) Prácticas principalmente restaurativas, que serían la mediación autor-víctima, los encuentros restaurativos sin víctima, las comunidades terapéuticas, los programas de apoyo comunitario a víctimas o las comisiones de la verdad;
- c) Prácticas parcialmente restaurativas, como la victimoasistencia, la compensación o indemnización del daño, el tratamiento de sensibilización con víctimas, el trabajo reparador en beneficio de la comunidad y los programas de inserción social.

El *conferencing*, que podemos denominar en castellano como encuentro restaurativo, es la forma que mayor interés puede suscitar, teniendo en cuenta su dimensión intensamente restaurativa y la extensión que ha adquirido en diversos países. Esta práctica se inicia en Nueva Zelanda con la *Children, Young Persons and Their Families Act* de 1989, con la finalidad de involucrar a todas las personas afectadas por el delito en la decisión sobre el modo de darle respuesta¹⁴. Antes de ello, miembros de la etnia maorí habían criticado el racismo imperante en el sistema de justicia y que éste impedía que la comunidad y la familia movilizaran los recursos de resolución natural del conflicto. Se reclamaba que los menores mantuvieran el contacto con la comunidad y que el sistema de justicia empoderara a las familias en lugar de apartarlas del menor infractor y del proceso de decisión.

13. McCOLD, P./WACHTEL, T. 2001: «Restorative Justice Theory Validation». En Weitekamp/Kerner: *Restorative Justice: Theoretical Foundations*. Devon: Willan Publishing, 110-142.

14. Vid. una amplia referencia a los antecedentes de los encuentros restaurativos y los diversos modelos, GUARDIOLA/ALBERTÍ/CASADO/SUSANNE: «Conferencing: origen, transferencia y adaptación». En Tamarit, J. (coord.): *La justicia restaurativa...*, cit., 237 ss.

Dos años después se inicia el primer programa piloto en Australia, en el distrito Wagga Wagga por parte de miembros del *New South Wales Police Service*. En 1993 se da respaldo legal por parte de la *Youth Offenders Act* de *South Australia*. El modelo original australiano se diferencia del neozelandés por implicar un mayor protagonismo por parte de la policía en la conducción del proceso, aunque posteriormente en Australia se ha ido imponiendo un modelo más próximo al neozelandés, evitando la figura del facilitador policía. También se ha ido extendiendo a toda clase de delitos, no solo a delitos leves, y la intervención de la víctima no es obligatoria.

La inclusión de la comunidad en el proceso de diálogo y decisión hace que ésta deje de ser un ente abstracto, sublimado a través de las instituciones que intervienen en el proceso judicial, y asuma un protagonismo ofreciendo apoyo a la víctima y al ofensor e implicándose en la superación del conflicto. La participación de la comunidad puede hacerse efectiva mediante la intervención de personas de organizaciones o instituciones educativas, religiosas o sociales y personas de la red social de apoyo con que cuenten el autor y la víctima.

La decisión de incluir a la comunidad obliga a afrontar cuestiones de gran complejidad, como la determinación de cuáles son las personas que mejor representan a la misma, el rol que pueden desempeñar los servidores o actores del sistema de justicia como policías, jueces, fiscales o abogados o la posible fragmentación de la comunidad de referencia de los diversos protagonistas del conflicto. Un tema sensible es cómo manejar los estereotipos o valores «no democráticos» vigentes materialmente en la comunidad, como por ejemplo las concepciones machistas. En delitos de violencia o de carácter sexual existe el riesgo de que el diálogo restaurativo sirva para alimentar o perpetuar estas concepciones, que pueden resultar dañinas para la víctima, aunque al mismo tiempo constituye una oportunidad para hacerlas aflorar y manejarlas, apareciendo ahí la posible dimensión transformadora del proceso.

En cuanto a su dinámica, el proceso puede tener diversas variantes, pero es usual reconocer la existencia de tres fases, la de preparación, la de encuentro y la de seguimiento. El momento central, el encuentro en que se produce un diálogo entre los diversos intervinientes, acostumbra a producirse en un ambiente informal, que favorezca la expresión de las emociones de los participantes y la empatía. Los encuentros pueden hacerse con la presencia o no de la víctima y de sus personas de apoyo.

6. EVALUACIÓN

El debate teórico sobre la justicia restaurativa puede hoy basarse en los resultados de las evaluaciones de programas. La evaluación de un programa puede hacerse en general desde dos perspectivas, la de los ofensores y la de las víctimas. Una herramienta utilizada respecto a ambos es la de las encuestas de satisfacción, que tratan

de conocer la opinión de las personas participantes en el proceso en lo que respecta a la justicia y equidad percibida. Pueden considerarse en este sentido, por ejemplo, los estudios de meta-análisis a que aluden Umbreit, Vos y Coates¹⁵, que arrojan cifras de satisfacción por parte de las víctimas que se sitúan en torno al 90% y 80% en la mayor parte de programas ejecutados y evaluados o del 70 al 90% en el caso de los infractores, tanto en los supuestos de mediación como en los de *conferencing*. En lo que concierne a las víctimas, las variables que muestran mayor incidencia en la satisfacción declarada son la comunicación con el facilitador y la percepción de que el acuerdo reparador es justo, así como la existencia de un firme deseo de encontrarse con el infractor. Algunos estudios ponen de manifiesto que las víctimas conceden mayor valor a la disculpa seria del ofensor que a la reparación material que puedan obtener¹⁶. Otras evaluaciones aportan índices de más de un 90% de satisfacción declarada respecto a la justicia del procedimiento¹⁷.

En el Reino Unido diversas evaluaciones de programas encargadas por el Home Office han revelado resultados positivos de los procesos de mediación y *conferencing*. En dos de estos programas, *Connect* y *Remedi*, dado lo exiguo de la muestra, no se pudieron establecer hallazgos estadísticamente significativos, aunque la satisfacción con la experiencia era elevada tanto en víctimas como en ofensores, en todo caso superior a un 80%. Un 98% de encuentros restaurativos terminaron con un acuerdo entre los participantes. Un dato revelador fue que, pese a que una mayor parte de víctimas optaron por procesos indirectos cuando se les ofreció esta posibilidad, las que tomaron esta opción manifestaron un grado de satisfacción inferior que las que optaron por encuentros cara a cara¹⁸.

Mayor interés tiene la evaluación del programa de *conferencing* del *Justice Research Consortium* (JRC), en que se usó un modelo experimental con una selección aleatoria de dos grupos de casos, uno al que se aplicó el referido programa y otro (grupo de control) que fue llevado al sistema judicial convencional¹⁹. El grupo de *conferencing* estaba formado por 152 ofensores y 216 víctimas y el grupo de control por 118 infractores y 166 víctimas. En cuanto al primer grupo, más de un 80% de participantes, tanto víctimas como infractores, declararon que fueron escuchados con atención, que tuvieron oportunidad de expresar su opinión y las consecuencias del hecho y que fueron tratados con respeto. También fueron superiores al 80% las víctimas y ofensores que declararon que el proceso fue justo o bastante justo y que se sintieron muy

15. Vid. UMBREIT/VOS/COATES, 2002: «The impact of restorative justice conferencing: a multi-national perspective». En *British Journal of Community Justice*, v. 1, 22 ss.

16. Vid. WALGRAVE, L. 2002: «Restorative Justice and the Law. Socio-Ethical and Juridical Foundations for a Systemic Approach». En Walgrave (ed.): *Restorative Justice and the Law*. Willan Publishing, 191 ss.

17. Así, DALY en VON HIRSH *et al.* 2003: *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford, 226-227.

18. Vid. SHAPLAND/ROBINSON/SORSBY, 2007: *Restorative Justice in practice*. London: Routledge.

19. Vid. SHAPLAND *et al.* 2007: *Restorative justice: the views of victims and offenders. The third report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research 3/07, 2 ss.

o bastante satisfechos con el mismo²⁰. Un 74% de ofensores y un 78% de víctimas recomendarían la justicia restaurativa a otras personas. Un 90% manifestó que había habido disculpa y que la víctima la aceptó, sin diferencias entre autores y víctimas. El sentimiento de las víctimas respecto a la sinceridad del ofensor apareció más variado, aunque un 45% manifestó que sintió que era sincero y un 23% que lo fue en cierta medida²¹. Finalmente, las víctimas manifestaron en su mayoría que se sentían satisfechas con el resultado del proceso y que éste les proporcionó un sentido de clausura, aunque fueron minoría las que declararon que les ayudó a sentirse más seguras. Respecto a las preguntas que permiten la comparación con el grupo de control, el grupo de *conferencing* consideró más justo el proceso, aunque la diferencia era mínima en el caso de los ofensores²².

En una revisión sistemática de las evaluaciones de programas restaurativos publicadas entre 1986 y 2005, Sherman y Strang aportan una visión esperanzadora, tanto desde la perspectiva de los ofensores como de las víctimas, siendo los resultados especialmente concluyentes respecto a éstas. En general los programas ofrecen mejores resultados respecto a los delitos en que existe una víctima que ha sufrido un daño de carácter personal, físico o psíquico, antes que un daño puramente patrimonial, y en los casos en que ha existido un encuentro directo entre víctima e infractor²³. La revisión permite superar algunos prejuicios, como el de suponer que la justicia restaurativa es más idónea para resolver delitos de escasa gravedad y especialmente en el ámbito de la justicia juvenil. Hay evidencias de que los procesos restaurativos pueden ser más eficaces en delitos de mayor gravedad, en particular respecto a la reducción de la reincidencia.

Una forma de evaluación habitual en la investigación criminológica, desde la perspectiva del ofensor, son los estudios de reincidencia. En general estos análisis arrojan resultados menos favorables a los programas restaurativos que los de evaluación de las víctimas. Además, aun siendo el saldo en varios casos positivo, existe el habitual problema metodológico de muchas investigaciones sobre reincidencia, cual es la dificultad de contar con un grupo de control homogéneo. Umbreit, Coates y Vos señalaron que el índice de reincidencia de los infractores que han participado en un proceso reparador es, en algunos casos, de un 53% frente a un 63% del grupo de control integrado por infractores que no lo han hecho y que han sido sometidos al proceso judicial. En caso de delinquentes juveniles la diferencia sería de un 20% frente a un 42% o de un 27% frente a un 18%²⁴. Debe tenerse en cuenta que la pertenencia de un sujeto a uno de los

20. Vid. SHAPLAND *et al.*: cit., 27.

21. Vid. SHAPLAND *et al.*: cit., 24.

22. Vid. SHAPLAND *et al.*: ult. cit., 37-38. Los autores del estudio (ob. cit., 45) afirman que las diferencias entre el grupo de *conferencing* y el grupo de control son estadísticamente significativas.

23. Vid. SHERMAN, L./STRANG, H. 2007: *Restorative justice: the evidence*. The Smith Institute, 24.

24. Vid. UMBREIT/VOS/COATES, 2002: cit., 33-34. Los autores recogen asimismo supuestos con una diferencia de un 32% en datos de reincidencia (vid. ob. cit., 38-39).

dos grupos de infractores que se comparan está determinada por la decisión voluntaria de quienes aceptan participar en un proceso reparador y cabe presuponer en términos generales una mayor predisposición para la corrección y la reinserción en quienes toman tal decisión que en quienes rechazan la oferta. En todo caso es indudable que los datos constituyen un indicio positivo que permite cuando menos desautorizar las visiones de la justicia restaurativa como forma blanda y por lo tanto ineficaz de respuesta a la delincuencia. Según la revisión de Sherman y Strang, los programas restaurativos se muestran más exitosos, en términos de reducción de la reincidencia, en los delitos violentos que en la delincuencia patrimonial, así como, en general, en los delitos graves más que en los delitos de menor gravedad. Diversos estudios experimentales de comparación de grupos asignados aleatoriamente a procesos restaurativos y a procesos judiciales reflejan tasas inferiores de reincidencia en los primeros²⁵.

En el Reino Unido, la evaluación del programa de *Conferencing* del JRC en Londres, Northumbria y Thames Valley²⁶ pudo aportar resultados que, valorados en su conjunto, son estadísticamente significativos, en relación con la disminución de la reincidencia, con una reducción en un 27%²⁷. Una replicación en 2011 publicada por el Ministerio de Justicia concluyó que la reducción de la reincidencia en los ofensores que habían participado en un programa de justicia restaurativa era de un 14%²⁸.

Uno de los mayores retos en la evaluación de programas está en la valoración del impacto de un proceso restaurativo sobre las víctimas. La evaluación basada en la satisfacción ha sido acusada de ser superficial y engañosa. Que la víctima manifieste que el funcionamiento del proceso ha sido adecuado o que se ha sentido tratada correctamente no supone que se hayan alcanzado los objetivos del mismo o que se haya producido efectivamente una reparación en el plano psíquico o emocional²⁹. Por ello se ha planteado la necesidad de desarrollar métodos de evaluación que se sitúen en un plano distinto al de la «lógica del consumidor» propia de las encuestas basadas en el modelo de la *client satisfaction* y que puedan aportar resultados en consonancia con los principios y el espíritu propios de los programas restaurativos.

Una evaluación más profunda puede proceder del estudio del trastorno por estrés postraumático. Angel comparó un grupo de víctimas de delitos de robo que habían

25. Vid. SHERMAN/STRANG, cit., 68. Así sucede en el proyecto de los mismos autores en Canberra (Australia), con una tasa inferior en un 84% en infractores de raza blanca menores de 30 años.

26. Vid. SHAPLAND *et al.*: cit.

27. Vid. SHAPLAND *et al.*: *Restorative justice: Does Restorative Justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research Series 10/08. London. www.justice.gov.uk/publications/restorative-justice.htm.

28. Vid. MINISTRY OF JUSTICE: *Green Paper Evidence Report-Breaking the Cycle: Effective Punishment, Rehabilitation and Sentencing of Offenders*. London. <http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/green-paper-evidence-a.pdf>.

29. Vid. DIGNAN, J. 2005: *Understanding victims and restorative justice*. Berkshire: Open University Press.

participado en encuentros restaurativos con un grupo de control integrado por víctimas que habían estado en contacto con el sistema de justicia convencional. El estudio se basó en una selección aleatoria de un total de 137 víctimas que fueron distribuidas en dos grupos, uno en el que los casos fueron sometidos a un proceso penal convencional y otro en el que se siguió un proceso restaurativo, además del proceso judicial. El resultado fue una disminución de los síntomas de estrés postraumático tanto inmediatamente después de la finalización del proceso como seis meses después del mismo³⁰. Se hizo también una comparación del tiempo que habían tardado las víctimas de los dos grupos en reincorporarse al trabajo, resultando que las víctimas que no habían pasado por un proceso restaurativo necesitaron para su reincorporación un 50% más de tiempo³¹. Según la autora del estudio, el hecho de que la víctima no deje de preguntarse por qué le sucedió el hecho es un predictor de una baja recuperación del trastorno postraumático. Dada la asociación existente entre victimización y trauma, la evaluación de los efectos de éste según los instrumentos propios de la categoría diagnóstica del trastorno por estrés postraumático permite una verificación del impacto de los procesos restaurativos, aunque también se han señalado sus inconvenientes y limitaciones, como el hecho de que una buena parte de las víctimas no sufren este trastorno y que resultaría inoportuno establecer una vinculación entre la experiencia de victimización y una categoría psicopatológica. Se advierte asimismo de los riesgos de huir de una lógica del consumidor mediante la introducción de una «lógica terapéutica» en la justicia restaurativa que plantee al sistema de justicia expectativas de curación y de resolución de problemas que éste no está en condiciones de satisfacer³².

Algunos planteamientos respecto a la valoración del impacto en las víctimas se han efectuado en términos menos ambiciosos, como los que indagan en las emociones positivas y negativas experimentadas por las víctimas. Esta forma de evaluación permite una comparación con los resultados obtenidos respecto al proceso judicial y también comparar las emociones antes y después del proceso restaurativo. Un estudio de Strang en Canberra (Australia) detectó miedo al proceso en un 32% de víctimas que contactaron con el sistema judicial frente a solo un 18% de las que atendieron un proceso restaurativo³³. Por otra parte, diversos estudios han reflejado la existencia de menores deseos vengativos respecto al ofensor por parte de las víctimas que han participado en procesos restaurativos en comparación con las que han tenido contacto con un proceso

30. Vid. ANGEL, C. 2005: *Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms*. Repositorio de la Universidad de Pennsylvania: <http://repository.upenn.edu/dissertations/AAI3165634/>.

31. Vid. ANGEL, cit. La diferencia es de un 16% en el proceso restaurativo frente a un 25% en el proceso judicial.

32. Vid. BOLIVAR, D. 2011: «Conceptualizing victim's restoration in restorative justice». *International Review of Victimology*, 17 (3): 18-19.

33. Vid. STRANG, H. 2003: «Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice». *UTA Law Review*, pp. 15 ss.

penal convencional. Así, Strang halló que entre las primeras sería de solo un 7% frente a un 20% en el grupo de control. Diferencias similares aparecían en el estudio de Sherman y otros, con un 4% de víctimas participantes en el *conferencing* que mostraban deseos vengativos, mientras que en las que tuvieron contacto con el sistema judicial era de un 14%³⁴. Sin negar que los datos admiten lecturas optimistas, las cifras bajas que aparecen en ambos grupos de víctimas pueden invitar a visiones más escépticas, teniendo en cuenta la posibilidad de que haya sentimientos vengativos ocultos o no revelados, como consecuencia de la norma ético-social que reprime estos sentimientos³⁵.

En España, la evaluación más elaborada ha sido la realizada por Varona del programa de mediación del País Vasco, que se inició en 2007 en Barakaldo y luego se extendió a Vitoria, Bilbao y San Sebastián. En 2008 se evaluó el programa de Barakaldo, en que se constató un rápido incremento del número de derivaciones y un razonable grado de satisfacción de víctimas y ofensores, todo lo cual permitió concluir a la autora que los resultados positivos superaban los de signo negativo. Posteriormente se acometió una evaluación de los cuatro servicios de mediación existentes en el País Vasco, en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2008 y el 30 de septiembre de 2009³⁶. Se entrevistó a una amplia muestra, integrada por 598 personas participantes en los cuatro servicios de mediación, en total relacionadas con 315 hechos delictivos. De ellas un 42% participaron en la mediación como víctimas, un 40% como infractores y un 18% con doble rol (víctima e infractor). Entre las infracciones, predominaban ligeramente las faltas sobre los delitos y las de contenido violento o personal sobre las de naturaleza patrimonial, tanto en los delitos como en las faltas. Las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones representaban un 64% de casos. En su mayoría, víctima y ofensor eran personas conocidas o tenían alguna relación familiar. Los resultados fueron en general favorables a la mediación. Un 76% de los participantes afirmaron que recomendarían la participación en una mediación penal y un porcentaje similar consideró que se había alcanzado un acuerdo justo. Un 58% de las víctimas expresó haberse sentido reparada. Una mayoría declaró que repetiría el proceso de mediación y de ellos también eran mayoría los que se inclinaban por la mediación directa. El número de personas dispuestas a participar de nuevo en una mediación se correlacionaba con el de aquellas que habían tomado parte en una mediación directa³⁷.

34. Vid. STRANG, «Repair or Revenge...», cit., 15 ss.; y SHERMAN/STRANG, «Restorative justice: the evidence», cit., 19.

35. Vid. sobre la represión y sublimación de los instintos vengativos BACA BALDOMERO, E. 2006: «La víctima y la venganza». En Baca/Echeburúa/Tamarit: *Manual de victimología*. Valencia.

36. VARONA MARTÍNEZ, G. 2009: *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)*. Donostia: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivcke/investigacion/informes/es_informes/adjuntos/GEMA_EvaluacionExternaSMP_08-09.pdf, 66 ss.

37. Vid. VARONA, cit., pp. 95, 101, 114-115 y 121 ss.

A modo de síntesis, los resultados de las evaluaciones en general confirman la conveniencia de seguir impulsando programas de justicia restaurativa, además de mejorar los instrumentos de evaluación. Por otra parte, las críticas a la justicia restaurativa han permitido reconducir los programas hacia una orientación más realista, a tomar consciencia de los riesgos inherentes a los mismos y a velar por su calidad, evitando que el único argumento favorable esté en la constatación de que los defectos del sistema penal son peores. Estos esfuerzos son particularmente necesarios en lo que atañe a las necesidades de las víctimas. La conducción de un proceso restaurativo debe por ello ser especialmente cuidadosa en la información a la víctima sobre su derecho a participar o no en el mismo y sobre lo que puede esperar de él, haciendo referencia tanto a las ventajas como a los inconvenientes que puede suponerle su participación. La víctima debe recibir el mensaje de que el diálogo con el infractor o la disculpa que éste pueda expresar no supone una exigencia explícita ni implícita de que ella otorgue el perdón, ni de que se produzca una reconciliación. Este mensaje es de gran importancia en los supuestos en que haya habido violencia en el ámbito de la pareja, la familia o entre personas próximas. Asimismo, deben desarrollarse métodos de evaluación que permitan calibrar con mayor profundidad el impacto del proceso restaurativo en los diversos participantes, de un modo especial en la víctima, al objeto de valorar cómo han evolucionado sus emociones y vivencias y si, más allá de la mayor o menor satisfacción respecto al modo en que se ha producido el proceso, éste ha aportado resultados positivos en el sentido de reducir el miedo, el desamparo o la ansiedad derivadas del suceso o de aportar tranquilidad y sentido de justicia o de clausura.

7. UN IMPULSO NECESARIO. INTRODUCCIÓN DE ENCUENTROS EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE VIOLENCIA EN LAS RELACIONES ÍNTIMAS

Los países de la Europa meridional nos hemos caracterizado generalmente por una recepción tardía de las corrientes e innovaciones en el ámbito político-criminal. Los países anglosajones fueron pioneros en la implementación de sistemas de compensación a las víctimas de delitos violentos mediante fondos públicos, a partir de los años sesenta del siglo XX. Siguieron su ejemplo los países del norte y centro de Europa y España lo hizo en 1995, 12 años después del Convenio del Consejo de Europa que pedía a los Estados la adopción de sistema de reparación pública de esta clase. En relación con la mediación penal, el art 10 de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 obligaba a los Estados a regular la mediación en el proceso penal y, en el ámbito de la justicia penal de adultos, lo único que hizo España fue prohibir la mediación en la LO 1/2004 de violencia de género.

Ante la pasividad del legislador, diversas administraciones autonómicas han creado programas de mediación penal de adultos o han apoyado iniciativas surgidas en el ámbito privado, por parte de entidades sin ánimo de lucro. Aunque ninguna norma lo impide, la falta de un apoyo legal explícito provoca en muchos jueces y fiscales reticencias a derivar casos a mediación o a reconocer los efectos de un proceso restaurativo. Ésta es una de las razones por las que el impacto de los programas es hoy en día, en términos cuantitativos, en general muy reducido. La experiencia demuestra, sin embargo, que la reforma legislativa no es el único factor a tener en cuenta, puesto que la evolución de la cultura jurídica y de las sensibilidades de los actores implicados tiene una importancia decisiva a la hora de adoptar innovaciones en materia de justicia. Los cambios de actitud pueden evolucionar de modo relativamente independiente de los cambios legales. También tiene gran relevancia la actuación que pueden desarrollar las instituciones, en la gestión de sus competencias y la asignación de recursos. Una buena gestión de los programas puede generar confianza en los diversos actores.

Por todo ello, las Administraciones deberían dar un mayor impulso a los programas restaurativos, incluyendo nuevas prácticas más allá de la mediación. La justicia de menores puede ser una vez más un campo de prueba idóneo para ello, en el marco de una Ley que ofrece suficiente cobertura a propuestas de innovación. El desarrollo de proyectos de investigación-acción en colaboración con universidades es una buena vía para abrir nuevos caminos, tal como se ha hecho en otros países.

La escasa aceptación de la justicia restaurativa en España se ha visto favorecida por el veto de la mediación introducido por la LO 1/2004, de violencia de género, que incluye una prohibición expresa de esta práctica en el art. 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta prohibición es una expresión del enfoque ideológico de la Ley, que refleja una visión muy ideologizada de la violencia producida en el ámbito doméstico y de las relaciones de pareja, que se ve reducida a la practicada por un hombre contra su pareja o expareja de sexo femenino y que es además interpretada como una manifestación de la dominación ejercida por los hombres contra las mujeres en el contexto de una sociedad patriarcal. El fundamento de la prohibición estaría en que la sumisión de la mujer al hombre (que se presume con carácter absoluto) la sitúa en una posición de desigualdad ante un proceso de mediación, con el riesgo de que en el seno de éste se perpetúe la relación crónica de violencia, intimidación y sometimiento³⁸. Es decir, se prohíbe algo con carácter general e incondicionado por miedo a riesgos que se detectan en algunos casos. Esta disposición, como una gran parte de las de la citada Ley, solo se explica por un divorcio entre verdad legal y verdad empírica, dado que la

38. Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J. 2009: «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación». *Revista General de Derecho penal. Iustel*, 19 ss. Según expone la autora, la prohibición se introdujo durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, a partir de una enmienda que sostenía el falaz argumento de que «es evidente» que la mediación es «absolutamente adecuada, tal como se sostiene en todos los foros especializados».

investigación sobre la violencia en las relaciones íntimas muestra una realidad mucho más variada y plural que la que capta y quiere hacer visible la Ley³⁹. La prohibición legal expresa también la ancestral confianza en la respuesta punitiva como único modo de mostrar que se «toma en serio» el problema de la violencia contra las mujeres.

Gran parte de la doctrina penal y muchos sectores de la judicatura se han mostrado críticos con la prohibición de la mediación en esta clase de delitos. Por ello cabe abrigar esperanzas de que en un futuro sea reformado al menos este aspecto de la Ley. La aprobación de la Directiva europea de 25 de octubre de 2012 constituye un argumento de peso a favor de esta opción. La directiva ha superado la Decisión Marco de 2001, que obligaba al legislador nacional a regular la mediación penal tan solo en aquellos casos que considerara adecuados para ello (art. 10). La actual directiva dirige su mirada al conjunto de prácticas de justicia restaurativa y obliga a adoptar medidas que conjuren los riesgos que las mismas pueden suponer para las víctimas, sin establecer diferenciaciones en cuanto a las diversas clases de delitos.

Con independencia de la reforma legislativa, en el estricto plano de la aplicación del Derecho vigente, hay que tener en cuenta que la Ley de violencia de género no prohíbe otra clase de encuentros restaurativos como el *conferencing*. La diferencia entre ambas prácticas restaurativas no es meramente nominal, sino sustancial, por lo que la aplicación del *conferencing* no puede considerarse un fraude de etiquetas o fraude de ley. Las diferencias entre ambas tienen relación con el sentido de la prohibición. Los encuentros restaurativos contienen elementos que permiten evitar o reducir los riesgos propios de un proceso bilateral entre autor y víctima. La posibilidad de incluir en el encuentro a personas de apoyo del entorno de la víctima o a miembros del grupo familiar permite compensar la debilidad en que pudiera encontrarse la víctima ante el agresor y permite abordar con mayor profundidad la problemática familiar subyacente a las manifestaciones de violencia. Un proceso que incluya diversos miembros del grupo familiar o de la comunidad puede ser especialmente idóneo en los supuestos en que la violencia sea bidireccional o afecte, de modo directo o indirecto, a otras personas. Asimismo, el compromiso adoptado ante un número mayor de personas puede resultar más vinculante y firme.

39. Deben tenerse en cuenta en este sentido los estudios empíricos sobre violencia familiar y en las relaciones de pareja, que no permiten confirmar que la idea de la desigualdad estructural de género sirva para explicar la mayor parte de las conductas violentas cometidas en el ámbito de estas relaciones. Vid. en este sentido STRAUS, M. A. 1999: «The controversy over domestic violence by women: a methodological, theoretical, and sociological analysis». En Arriaga/Oskamp (eds.): *Violence in intimate relationships*. Thousand Oaks; GEORGE, M. J. 2003: «Invisible touch». En *Agression and Violent Behaviour*, n.º 8: 23 ss.; y, en relación con un estudio efectuado con jóvenes españoles, MUÑOZ-RIVAS/GRAÑA GÓMEZ/O'LEARY/GONZÁLEZ LOZANO, 2007: «Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students». *Psicothema*, v. 19, n.º 1: 102-22. Vid. asimismo GRAHAM-KEVAN, N. 2007: «Domestic Violence: Research and Implications for Batterer Programmes in Europe». *Eur. J. Crim. Policy Res.*, 13: 213-225, quien se muestra crítico ante la política criminal impulsada por los lobbies feministas.

La experiencia del *Family Group Conferencing* aplicada a los supuestos de violencia familiar en países como Nueva Zelanda o Canadá confirma las ventajas de esta práctica restaurativa. La comunidad puede actuar como elemento de apoyo a la familia y ésta asume un protagonismo en la elaboración del plan de acción, que puede comportar el compromiso de seguir un tratamiento por parte del agresor, el apoyo a los miembros más vulnerables. Diversas evaluaciones han aportado resultados positivos de estas experiencias⁴⁰. Para prevenir los riesgos es importante el entrenamiento de las personas que actúen como facilitadores.

La implementación de estos procesos en España no requiere una reforma legal, aunque haría necesario el desarrollo de un modelo propio que permita adaptarlos al contexto cultural y a las particularidades del sistema jurídico. En relación con los supuestos en que la violencia se manifiesta meramente en el ámbito de la relación de pareja (sin que se vean afectadas otras personas del entorno) la participación de la comunidad puede tener lugar a través de personas de apoyo de los dos protagonistas del hecho. En los supuestos en que la violencia esté vinculada a una concepción de las relaciones entre hombre y mujer basada en la sumisión de ésta a aquél, un aspecto fundamental es que la participación de la comunidad no sirva para la perpetuación de estos valores sino que tenga un sentido transformador y de superación de estas dinámicas, respecto al autor y a la víctima.

8. LA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA

La intervención del legislador en el ámbito estatal es una necesidad inaplazable, de modo que puedan fijarse unos criterios claros respecto a los efectos de los procesos restaurativos en el proceso judicial penal. El Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal (2011) constituyó el intento más serio de regular los efectos de la mediación en el proceso penal de adultos. Posteriormente, el proyecto de reforma del Código penal elaborado por el Gobierno español (octubre 2012) avanza algunos pasos en una línea iniciada en 1995 y el 2003 al introducir elementos de reparación en los procesos de imposición y ejecución de la pena. Por primera vez se proyecta introducir la palabra «mediación», en la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

Antes de que España haya dado cumplimiento a la Decisión Marco de 2001, la Unión Europea ha adoptado una nueva norma, que eleva los estándares de protección de las víctimas. La Directiva europea de 25 de octubre de 2012 contiene una regulación mucho más amplia de la justicia restaurativa que la norma de 2001 a la que

40. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)». En Tamarit: *La justicia restaurativa...*, cit., 113-118.

sustituye. Según se declara en el Preámbulo (párrafo 46), los servicios de justicia reparadora «pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional». Pese a su carácter en principio declarativo, el Preámbulo adopta un tono prescriptivo, al señalar:

A la hora de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora o de llevar a cabo un proceso de justicia reparadora, se deben tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio».

En la regulación, contenida en el art 12 de la Directiva, se reconoce la pertinencia de la justicia restaurativa, en sus diversas modalidades. En la redacción de la norma predominan las cautelas y las advertencias, al situar en primer lugar la necesidad de proteger a la víctima de la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias. La norma europea no se pronuncia respecto al modelo de organización o de gestión de los servicios de justicia restaurativa, aunque impone a los Estados un deber de control para garantizar que los mismos sean «seguros y competentes». Las condiciones mínimas que deben cumplir tales servicios son:

- a) interés de la víctima;
- b) consentimiento libre e informado de la víctima, el cual podrá retirarse en cualquier momento;
- c) obligación de ofrecer a la víctima información exhaustiva e imparcial;
- d) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
- e) voluntariedad respecto al acuerdo;
- f) relevancia judicial del acuerdo, en el sentido de que podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
- g) confidencialidad.

La directiva no establece pautas relativas al modo en que deba producirse la articulación entre el proceso restaurativo y el proceso penal, lo cual deja a los Estados un ámbito de decisión respecto a la aceptación de formas de terminación anticipada del proceso judicial o a la relevancia del proceso restaurativo en la fase de imposición de pena o en la ejecución de la misma. En todo caso, el art. 12-2 de modo implícito parece apuntar la conveniencia de fórmulas legales que permitan e incluso favorezcan

los procesos restaurativos en la fase anterior a la sentencia, de modo que el proceso penal pueda ser archivado o la sentencia penal reconozca efectos a los resultados del proceso restaurativo. La citada norma señala que «los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación».

Los efectos de la justicia reparadora en el proceso penal deberían ser regulados por la Ley procesal. La referencia a la mediación podría incluirse a título ejemplificativo, dado que es más conocida en la comunidad de profesionales de la justicia, pero acompañada de una expresión en la que puedan entenderse incluidos los encuentros restaurativos o formas similares. La Ley debería incluir los contenidos del art. 12 de la Directiva y fijar las condiciones para que el juez pueda acordar el archivo o que el propio Ministerio fiscal pueda poner fin a la instrucción, si se le atribuye esta competencia.

Por otra parte, una reforma del Código penal debería también mejorar la regulación de los efectos de la reparación en la determinación de la pena y en la suspensión de la ejecución, previendo incluso la posibilidad de renuncia a la pena en algunos casos si se ha alcanzado un acuerdo en un proceso restaurativo o el culpable ha asumido su responsabilidad por el hecho delictivo y ha realizado un esfuerzo notorio en la reparación integral de sus efectos. En lo tocante a la ejecución, deberían ser reformados los artículos 72, números 5 y 6 de la Ley Orgánica General penitenciaria y 90 del Código penal, para adaptarlos a los principios restaurativos y facilitar que se reconozcan efectos a los procesos de esta clase que puedan desarrollarse en fase penitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ACORN, A. 2004: *Compulsory compassion: a critique of restorative justice*. Vancouver.
- ANGEL, C. 2005: *Crime victims meet their offenders: Testing the impact of restorative justice conferences on victims' post-traumatic stress symptoms*. Pennsylvania. <http://repository.upenn.edu/dissertations/AAI3165634/>.
- BACA/ECHBURÚA/TAMARIT (coords.) 2006: *Manual de victimología*. Valencia.
- BOLIVAR, D. 2011: «Conceptualizing victim's restoration in restorative justice». *International Review of Victimology*, 17 (3).
- CHRISTIE, N. 2013: «Words on words». *International Journal of Restorative Justice*, n.º 1 (en prensa).
- COSSINS, A. 2008: «Restorative justice and child offences. The theory and the practice». *British Journal of Criminology*.
- DALY, K. 2008: «Setting the record straight and a call for radical change». *British Journal of Criminology*, v. 48.
- DIGNAN, J. 2005: *Understanding victims and restorative justice*. Berkshire: Open University Press.

- GEORGE, M. J. 2003: «Invisible touch». *Agression and Violent Behaviour*, n.º 8.
- GOLLWITZER, M./DENZLER, M. 2009: «What makes revenge sweet: Seeing the ofender suffer or delivering a message?». *Journal of Experimental Social Psychology*, 45.
- GOLLWITZER/MEDER/SCHMITT, 2011: «What gives victims satisfaction when they seek revenge?». *European Journal of Social Psychology*, 41.
- GRAHAM-KEVAN, N. 2007: «Domestic Violence: Research and Implications for Batterer Programmes in Europe». *Eur. J. Crim. Policy. Res.*, 13: 213-225.
- GUARDIOLA LAGO, M. J. 2009: «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación». *Revista General de Derecho penal*. Iustel.
- LERNER, M. J. 1980: *The Belief in a Just World. A fundamental Delusion*. New York/London.
- MARSHALL, T. 1999: *Restorative justice. An overview*. London: Home Office.
- MUÑOZ-RIVAS/GRAÑA GÓMEZ/O'LEARY/GONZÁLEZ LOZANO, 2007: «Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students». *Psicothema*, v. 19, n.º 1.
- PAVLICH, G. 2005: *Governing Paradoxes of Restorative Justice*. London.
- QUINTERO OLIVARES, G. 2012: *El problema penal: la tensión entre teoría y praxis en Derecho penal*. Madrid.
- SHAPLAND/ROBINSON/SORSBY, 2007: *Restorative Justice in practice*. London: Routledge.
- SHAPLAND et al. 2007: *Restorative justice: the views of victims and offenders. The third report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research 3/07.
- *Restorative justice: Does Restorative Justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research Series 10/08. London. www.justice.gov.uk/publications/restorative-justice.htm.
- SHERMAN/STRANG, 2007: *Restorative justice: the evidence*. Esmée Fairbairn Foundation/The Smith Institute.
- STRANG, H. 2003: «Repair or Revenge: Victims and Restorative Justice». *UTA Law Review*.
- STRAUS, M. A. 1999: «The controversy over domestic violence by women: a methodological, theoretical, and sociological analysis». En Arriaga/Oskamp (eds.): *Violence in intimate relationships*. Thousand Oaks.
- TAMARIT, J. (coord.) 2012: *Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Comares.
- 2013: «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad». *InDret*.
- UMBREIT/VOS/COATES, 2002: «The impact of restorative justice conferencing: a multi-national perspective». *British Journal of Community Justice*, v. 1.
- VAN DIJK, J. 2009: «Free the victim: a critique of the western conception of victimhood». *International Review of Victimology*.
- VARONA MARTÍNEZ, G. 2009: *Justicia restaurativa a través de los servicios de mediación penal en Euskadi. Evaluación externa de su actividad (octubre 2008-septiembre 2009)*. Donostia. http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivcke_i_investigacion_informes/es_informes/adjuntos/GEMA_EvaluacionExternaSMP_08-09.pdf.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. 2012: «La justicia restaurativa en los supuestos de violencia doméstica (y de género)». En J. Tamarit (coord.): *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada.
- VON HIRSH et al. 2003: *Restorative Justice & Criminal Justice*. Oxford, 226-227.
- WALGRAVE (ed.) 2002: *Restorative Justice and the Law*. Willan Publishing, 191 y ss.
- ZEHR, H. 1990: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale, PA: Herald Press.

———— CRÓNICA DE LEGISLACIÓN ————
(JULIO-DICIEMBRE 2012)

Coordinadora:

Antonia DURÁN AYAGO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Colaboran en la coordinación:

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mario HERNÁNDEZ RAMOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL

Pilar MAESTRE CASAS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. USAL

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

Lourdes RUANO ESPINA
Catedrática de Derecho de Eclesiástico del Estado

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

Juan SANTOS VARA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Estrella TORAL LARA
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL

ADMINISTRATIVO

- [Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos](#) [BOE n.º 184, de 2-VIII-2012], por MARCOS M. FERNANDO PABLO
- [Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente](#) [BOE n.º 305, de 20-XII-2012], por DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA
- [Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios](#) [BOE n.º 311, de 27-XII-2012], por MARÍA ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS

CONSTITUCIONAL

- [Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos](#) [BOE n.º 255, de 23-X-2012], por MERCEDES IGLESIAS BÁREZ

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

- [Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera](#) [BOE n.º 235, de 29-IX-2012], por MARCOS IGLESIAS CARIDAD
- [Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude](#) [BOE n.º 261, de 30-X-2012], por MARCOS IGLESIAS CARIDAD
- [Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero](#) [BOE n.º 262, de 31-X-2012], por MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MAILLO
- [Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación](#) [BOE n.º 289, de 1-XII-2012], por MARCOS IGLESIAS CARIDAD
- [Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012], por MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MAILLO
- [Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012], por MARCOS IGLESIAS CARIDAD
- [Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012], por ISABEL GIL RODRÍGUEZ

INTERNACIONAL PRIVADO

- [Reglamento \(UE\) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo](#) [DOUE L 201, de 27-VII-2012], por MARÍA DEL MAR VELÁZQUEZ SÁNCHEZ

- [Reglamento \(UE\) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil](#) [DOUE L 351, de 20-XII-2012], por PILAR MAESTRE CASAS

MERCANTIL

- [Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital](#) [DOUE L 315, de 14-XI-2012], por LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ
- [Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito](#) [BOE n.º 275, de 15-XI-2012], por JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS
- [Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado](#) [BOE n.º 295, de 8-XII-2012], por FERNANDO CARBAJO CASCÓN
- [Reglamento \(UE\) n.º 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente](#) [DOUE L 361, de 31-XII-2012], por ÁNGEL GARCÍA VIDAL

PENAL

- [Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo](#) [DOUE L 315, 14-XI-2012], por MARÍA GORJÓN BARRANCO
- [Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012], por DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

PROCESAL

- [Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) [BOE n.º 162, de 7-VII-2012], por FERNANDO MARTÍN DIZ
- [Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses](#) [BOE n.º 280, de 21-XI-2012], por INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS
- [Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012], por LORENZO BUJOSA VADELL

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

- [Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#) [BOE n.º 162, de 7-VII-2012], por MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
- [Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social](#) [BOE n.º 311, de 27-XII-2012], por ROSA MORATO GARCÍA

Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos [BOE n.º 184, de 2-VIII-2012]

Medios audiovisuales

La [Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual](#), pretendía reordenar el sector audiovisual, incorporar a derecho interno alguna alteración significativa del derecho comunitario y adaptar el viejo y disperso marco anterior a la comunicación digital.

La ley es, sobre todo, una pieza de un marco más amplio que, la legislatura pasada, quiso, bajo el dictado de determinada ideología política, reordenar a favor de grupos mediáticos bien identificados. Recuérdese, por una parte, que el componente publico-estatal estaba (y está) regulado por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal y la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. Resultado de ellas fue que la publicidad se excluyó en la televisión pública estatal, pero se cargó la financiación a los operadores de comunicaciones electrónicas, con dudoso respeto al derecho comunitario. De hecho, en marzo de 2011 la Comisión Europea llevó al Reino de España ante el Tribunal de Justicia por esta cuestión, apreciando incumplimiento de las exigencias que resultan de la Directiva Autorización (Directiva 2002/20/CE) cuyo artículo 12 limita fuertemente tal posibilidad. El modelo francés, muy similar al establecido en España, será objeto de vista por el TJUE (asunto C-485/11), fue ya declarado contrario a derecho comunitario.

Por otra parte, el Gobierno Zapatero concedió, en 2005, extrañamente, dos nuevos canales en la era «pre-digital terrenal» (La Sexta y Cuatro), que se convertían así, en el posterior desarrollo de la transición hacia la TDT, en «beneficiarios» por conversión de sus previas concesiones. Los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010, muy oportunamente, habían diseñado un sistema de «transformación de las previas concesiones» que permitía a los operadores privados históricos (más las dos nueva cadenas extrañamente introducidas) obtener, sin concurso, múltiples digitales, que permitieran ampliar sustancialmente sus canales. Lo que se ocultó a la opinión pública es que, con ese juego, se agotaban las posibilidades de nuevos operadores tal como las diseñaba el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal. Sobre el desarrollo ulterior de este aspecto, véase la STS de 27 de noviembre de 2012, también comentada en este número.

La licencia es un acto administrativo, revocable, que se otorga por 15 años, renovable automáticamente, salvo que existan terceros que soliciten la licencia con dos años de antelación, el espectro radioeléctrico esté agotado y el solicitante cumpla los requisitos iniciales exigidos.

Como «título habilitante», la licencia es un bien negocial, que requiere en su transmisión o cesión parcial la autorización administrativa, y la utilización efectiva de dicho título durante al menos dos años, con prohibición de subarriendos previas concesiones, en *licenciatarios*, sin concurso, para operar múltiples digitales (cuatro programaciones por cada múltiple).

A ojos de un observador crítico, el diseño de la Ley parece simple: cerrar, a conveniencia, el marco audiovisual en un momento de transición hacia la televisión digital y sus desarrollos futuros (alta definición, televisión en movilidad). En el proceso de fusiones que, dada la crisis que afecta a todo el sector, siguió a la Ley comentada, se frustró la *agenda oculta* de la Ley. No sin

problemas, suscitados por la Comisión Nacional de Competencia, Antena 3 adquirió La Sexta y, un poco antes, Telecinco (Mediaset) se hizo con Cuatro.

Estos objetivos, junto con la necesidad de incorporar a derecho interno la Directiva 2007/65/CE, y poner fin a una normativa previa muy dispersa e incompleta, justifican, en la Exposición de Motivos, la totalidad de la Ley.

Si a efectos expositivos se diferencia entre la regulación de los soportes y la regulación de los mensajes, puede decirse que la operación más trascendente en relación al primer aspecto es la de la calificación de los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general, prestados en régimen de libertad de empresa y sujetos a comunicación previa, con la única excepción de los servicios que se presten utilizando ondas hertzianas terrestres, en cuyo caso es exigible (por razones de limitación del espectro radioeléctrico), licencia, obtenida, como regla, mediante concurso (artículo 22-3). Una regla adicional, importante: la licencia de televisión local no permite la emisión en cadena en más de un 25% del total tiempo de emisión semanal.

A fin de salvaguardar la pluralidad, se establecen limitaciones en las participaciones en el sector televisivo, si bien medida en términos de audiencia: ningún operador podrá adquirir una participación significativa en otro si acumula así una audiencia superior al 27% de la audiencia total estatal, computada en los doce meses anteriores. Sobrepassar ese límite posteriormente «no tendrá ningún efecto sobre el titular» (artículo 36). Por otra parte, las participaciones de operadores de países no miembros del Espacio Económico Europeo, en el capital de cada operador, deberán ser inferiores al 50%.

Junto con estas limitaciones, se establece que ninguna persona física o jurídica podrá adquirir derechos de voto o participaciones significativas en más de un prestador de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal cuando los así participados acumulen derechos de uso del espectro superiores a dos canales múltiplex (ocho canales) o un canal multiplex, si los participados actúan en el ámbito autonómico. Regla de cierre de estas limitaciones es la siguiente prohibición: ha de garantizarse la existencia de, al menos, *tres prestadores privados* distintos en el ámbito estatal, garantizándose el respeto al pluralismo informativo.

Con relación a la regulación de los mensajes, sin el rango de Ley Orgánica que quizá requiriera la interferencia en la libertad de libre comunicación, se contiene en la ley la expresa prohibición de mensajes que inciten al odio o discriminación o no sean respetuosos con la dignidad de la persona, la necesidad de reservar a obras europeas un 51% (y otras limitaciones cuantitativas), la prohibición de contenidos audiovisuales que perjudiquen al menor en cierto horario (entre las 22 y las 6 horas), que constituyen reglas del mensaje televisivo impuestas por las directivas *televisión sin fronteras*. Al mismo paquete pertenecen otras normas sobre el horario de protección reforzado, que, como el común, debe ser acompañado de señales acústicas o visuales fácilmente perceptibles. Se trata, en cualquier caso, de obligaciones impuestas por el derecho comunitario, que ha codificado las anteriores Directivas en la ahora vigente Directiva 2010/13/UE.

Del derecho comunitario proceden también las normas sobre publicidad: tiempo publicitario permitido por tiempo de emisión, reglas sobre (prohibición) de emplazamiento de producto, prohibición de publicidad subliminal, etc., etc.

Particular interés tiene la regulación sobre los derechos de exclusiva, tanto en su régimen general, como en lo que afecta a espectáculos deportivos. Se reconoce el derecho de contratación de la emisión en exclusiva sometido a la limitación general de permitir a los restantes operadores, cuando se trate de un acontecimiento de interés general, la emisión de un breve resumen informativo, solo en los espacios de información general, y sujeto a las condiciones de razonabilidad, objetividad y no discriminación. En tales circunstancias no será exigible ninguna

contraprestación cuando se realice en diferido y con una duración inferior a tres minutos, siempre que se satisfagan los gastos necesarios para la elaboración del resumen diferido.

Sobre este tema, la STJUE, *Sky Österreich GmbH* (asunto C-283/11) de 22 de enero de 2013 entendió que tal limitación de la libertad de empresa respeta los límites del artículo 52 de la Carta de Derechos, en cuanto viene establecida por ley, respeta el contenido esencial del derecho y resulta proporcional al objetivo lícito perseguido (es decir, resulta necesaria, adecuada y menos restrictiva y no causa perjuicios desmesurados).

En el derecho interno, por RDL 15/2012, de 20 de abril se establecerá (artículo 19-4): «Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica dispondrán de libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos... a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho». Nótese, en todo caso, la fecha de la modificación.

La Ley se extiende en establecer un marco para la «guerra del fútbol», es decir, los derechos de retransmisión de este espectáculo-deporte, que, como es sabido, para el contexto español ha sido la fuente principal (al menos hasta el estallido de la crisis económica) de ingresos de las televisiones digitales codificadas, enfrentando a Canal + y Mediapro. Por otra parte, la Ley contiene un catálogo de eventos deportivos de interés general que ha de emitirse en abierto y, principalmente, en directo, dentro de los cuales, bianualmente, se determinarán, en concreto, cuáles quedan afectados.

La Ley se completa con la introducción de un organismo regulador (el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, calificado de entidad independiente supervisora y regulador del sector) al que se encomienda la potestad aludida de excluir la transmisión codificada de ciertos eventos de interés general, pero también, entre otras, «el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en esta ley». Aunque el futuro del organismo está hoy en entredicho (la crisis financiera obliga a unificar organismos reguladores), el dato de que, hasta hoy, no se haya constituido, y los importantes recelos que han suscitado organismos similares de alcance autonómico, hacen pensar que no será inmediata su actuación. Téngase en cuenta que entre las infracciones que ha de vigilar (además de otras, en absoluto problemáticas relativas a la ordenación administrativa del medio) se encuentran algunas referidas al contenido del mensaje tales como «la emisión de contenidos que de forma manifiesta inciten al odio, al desprecio o la discriminación» o «la utilización de la imagen de la mujer con carácter vejatorio», que implican apreciaciones auténticamente *jurisdiccionales*, a la vista del artículo 20 C.E.

El derecho comparado, en este punto, ofrece ejemplos sobrados de cómo organismos administrativos reguladores pueden actuar sobre los contenidos audiovisuales sin faltar a la libre comunicación, pero, a menos que se dé una composición *cuasijurisdiccional* o se confíe en la autorregulación, siempre quedará la duda de si, en el país que se ha transformado en adalid de la *telebasura*, no será utilizado por el poder político para acondicionar, a su modo, la opinión pública.

La prometedor ley española del Audiovisual ha sido afectada por distintas reformas ulteriores. La Ley 2/2011 de Economía Sostenible primero, la Ley Orgánica que la acompañó, LO 4/2011, complementaria de la Ley de Economía Sostenible, el RDL 14/2011 de 16 de septiembre, la Ley 6/2012 de 1 de agosto (que flexibiliza los modos de gestión del servicio público de comunicación audiovisual de las Comunidades Autónomas) y el RDL15/2012, antes citado, son las principales normas que han afectado a su contenido.

Por otra parte, la STS 27 de noviembre de 2012 (la ejecución de cuyo fallo amenaza con reintroducir el debate sobre el reparto de las cadenas digitales) y el previsible, a la vista de los precedentes jurisprudenciales, e inminente fallo del TJUE contra el modelo de financiación de

RTVE terminarán por reabrir, en un contexto de acelerada crisis de los grupos de comunicación, el modelo audiovisual español.

MARCOS M. FERNANDO PABLO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente [BOE n.º 305, de 20-XII-2012]

Medio Ambiente

Esta Ley tiene su antecedente en el [Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente \[BOE n.º 108, de 5.5.2012\]](#), convalidado por [Resolución del Congreso de los Diputados de 17 de mayo de 2012 \[BOE n.º 125, de 25.5.2012\]](#), y tramitado como proyecto de Ley.

La Ley comentada, que es de aplicación plena o básica a efectos constitucionales, teniendo en cuenta la necesidad de procurar la compatibilidad de la actividad humana con la preservación del medio ambiente y de que la legislación ambiental debe ser clara y otorgar seguridad jurídica, se orienta «a la simplificación administrativa, eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces, y lo que es más grave, imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones Públicas», al estimar que «la eficacia de las normas ambientales no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica», pues «una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia; y exige el establecimiento de reglas claras y sencillas que protejan el medio ambiente y fomenten un desarrollo compatible e integrado en él».

La nueva Ley introduce, en primer lugar, una serie de medidas con la finalidad de conseguir un uso más adecuado del agua, introduciendo varias modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001. Así, por su importancia, se modifica el régimen de las masas de agua en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico, previendo la declaración del estado de esas aguas y la necesidad de elaborar un programa de actuación para la recuperación del buen estado de las aguas. A continuación, se modifican las condiciones para aplicar el principio de recuperación de costes de los servicios relacionados con la gestión del agua (incluyendo las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones climáticas y geográficas de cada territorio y de las poblaciones afectadas siempre que no se comprometan los fines ni los objetivos ambientales), y el procedimiento para adoptar excepciones. Además, se adaptan las cuantías de las sanciones previstas, y se define la valoración de los daños al dominio público hidráulico. Para finalizar con la modificación o introducción de varias Disposiciones Adicionales y Transitorias, en relación con la cesión de derechos y transformación de aprovechamientos por disposición legal en concesiones, en el ámbito del Alto Guadiana, con la inclusión de las aguas subterráneas en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico en las referencias a los acuíferos sobreexplotados, y se establece un régimen transitorio de éstos, con la modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento y, sin duda el tema más trascendental, la transformación de derechos privados de aprovechamientos de aguas debidamente inscritos en concesionales.

En segundo lugar, en materia de biodiversidad y protección de la naturaleza se pretende resolver ciertos desajustes y problemas provocados por el solapamiento de varias figuras de protección, y se trata de garantizar la compatibilidad de la protección natural con las necesidades de desarrollo de los núcleos urbanos, para lo que se modifica la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad de 2007, prescribiendo, en caso de solapamiento de varias figuras de protección sobre un mismo espacio, su coordinación para unificarse en un único documento integrado, la atención a las necesidades de desarrollo de los municipios afectados en los correspondientes planes o instrumentos de gestión y se faculta al Gobierno para adaptar los Anexos a la normativa europea y al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente para desarrollar el procedimiento de comunicación de información en relación con la Red Natura 2000 entre las Comunidades Autónomas, la Administración General del Estado y la Comisión Europea, y la notificación a ésta de las medidas compensatorias adoptadas.

En tercer lugar, se realizan varias modificaciones de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados de 2011, con la finalidad de simplificar y reducir las cargas administrativas que ocasionaban ambigüedad, incertidumbre e inseguridad en su aplicación. Así, se prevé la adopción de sistemas prioritarios para fomentar la reutilización de productos, la preparación para la reutilización y el reciclado; se simplifica la notificación para realizar traslados de residuos destinados a su eliminación; se reafirma la competencia sancionadora de las Entidades Locales en relación con el abandono, vertido o eliminación incontrolados de los residuos; se establece la previsión de un calendario de sustitución de bolsas comerciales de un solo uso de plástico no biodegradable, y las medidas para cumplirlo; la necesaria adaptación de los sistemas integrados de gestión de la Ley de 1998 a la nueva de 2011, y en relación con los sistemas de depósito para productos reutilizables.

Finalmente, se introducen varias modificaciones en materia de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, modificando la Ley del Mercado de Valores de 1988 y la Ley del Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero de 2005 para permitir que las empresas que prestan servicios de inversión y las entidades de crédito autorizadas a prestar esos servicios puedan presentar ofertas, en nombre de sus clientes, en las subastas de tales derechos de emisión, con arreglo a normativa europea y a la Ley citada, y estableciendo el régimen sancionador en la materia.

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

[Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios \[BOE n.º 311, de 27-XII-2012\]](#)

Liberalización del comercio

La regulación del comercio interior es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que el Estado regule aspectos concretos del mismo como son los contemplados en la Ley 12/2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. En esta línea cabe destacar la reducción de cargas administrativas, lo cual supone una eliminación importante de las trabas burocráticas a la hora de poner en marcha una actividad comercial, fundamentalmente para la pequeña y mediana empresa comercial y de

servicios complementarios, cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados.

La intervención de las Comunidades Autónomas ha creado un complejo marco normativo, el cual se hace necesario superar mediante la eliminación de todo el entramado de autorizaciones o licencias municipales precisas para la apertura de un establecimiento comercial. Esto no significa que se elimine toda intervención administrativa sino que la misma pasa a realizarse a posteriori aplicándose el régimen sancionador vigente en materia de comercio interior, ordenación del suelo y urbanismo, protección del suelo, del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico.

De esta forma se eliminan las licencias previas de instalaciones, de funcionamiento, de actividad, u otras similares; las licencias de cambio de titularidad de las actividades comerciales y de servicios; y la licencia o autorización previa para la realización de las obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad comercial cuando no requieran de un proyecto de obra. Este entramado de licencias será sustituido por declaraciones responsables o por comunicaciones previas de conformidad con el artículo 71 bis de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común. Estas declaraciones o comunicaciones no suponen una limitación a las competencias de entidades locales para regular el procedimiento de comprobación posterior de los elementos y circunstancias puestas de manifiesto por el interesado.

Se pretende con estas medidas la apertura de nuevos locales así como la generación de empleo en el sector servicios, de tal forma que el Estado garantizará un marco de seguridad jurídica y de unidad normativa en todo el territorio nacional con independencia de la ubicación de las empresas.

Esta Ley dedica un Título al apoyo de la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa, estableciendo un nuevo mecanismo de soporte a este tipo de exportaciones. Con este dispositivo se intentará afrontar las desventajas competitivas que existen en el sector industrial de la defensa, dotando al Gobierno español de instrumentos eficaces, duraderos, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional. Se evita así la responsabilidad de la Hacienda Pública española por razón de obligaciones que por su propia naturaleza corresponden exclusivamente o a los contratistas o a los Gobiernos adquirientes.

Estos mecanismos fluctúan sobre dos tipos de relaciones jurídicas: una horizontal entre Gobiernos [artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad], y otra vertical entre el Gobierno español –a través del Ministerio de Defensa– y la o las empresas suministradoras (contratación administrativa del sector público). Previendo que la contratación no se realiza con fondos públicos, se establece la apertura de cuentas de situación de fondos del Gobierno extranjero de los que solo el Gobierno español está habilitado para extraer de los mismos; y para el caso de que la normativa española contemple los flujos de fondos en la relación vertical se articulan disposiciones especiales para que dichos flujos no se vinculen con la Hacienda Pública sino con la cuenta de fondos en la que se depositan las cantidades adelantadas por el Gobierno extranjero para costear los programas. De dicho fondo se reembolsarán al Ministerio de Defensa los costes ocasionados por la gestión correspondiente.

La necesidad de un desarrollo reglamentario de este título es evidente y así lo entiende la Ley al habilitar expresamente el mismo. Es incuestionable también la necesidad de una normativa que regule las infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley.

Esta Ley además de sus 15 artículos, distribuidos en dos Títulos, contiene tres Disposiciones adicionales relativas a las acciones de colaboración con las administraciones públicas, en

especial la Administración Local, a la habilitación a entidades colaboradoras para la gestión de la actividad de comprobación y a la extensión del Título I a las instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas; una Disposición Transitoria para las licencias solicitadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley; una Disposición Derogatoria; catorce Disposiciones Finales con las que se modifican diferentes disposiciones normativas para adaptarlas a la nueva regulación así como a los nuevos tiempos, entre las que podemos destacar el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la Ley 18/2009 por la que se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, el RD-ley 12/2012 por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, el RD-Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones...

Termina la Ley con un Anexo que contiene las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la misma relativas a la industria del calzado y confecciones textiles; el comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco realizado en establecimientos permanentes; el comercio al por menor de productos industriales no alimenticios realizados en establecimientos permanentes; reparaciones; actividades anexas a los transportes; auxiliares financieros y de seguros, y actividades inmobiliarias; alquiler de bienes inmuebles; y servicios personales.

M.^a ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

CONSTITUCIONAL

Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio [BOE n.º 255, 23-X-2012]

Financiación de partidos políticos: continuidad y ruptura en el sistema español

Un análisis histórico de nuestro Derecho en materia de financiación de partidos políticos muestra en términos generales que estamos ante una legislación «reactiva», que responde a la «ocasión» del momento, ya sea para embridar los escándalos de financiación ilegal de los partidos, como en el supuesto de la Ley 3/1987, de 2 de julio, o bien como la Ley Orgánica, 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre la financiación de partidos políticos (BOE n.º 255 de 23 de octubre de 2012) que, entre otras cuestiones, intenta «ajustar» la financiación pública de los partidos a la crisis económica. De hecho, la única previsión que contenía el Proyecto de ley del Gobierno (BOCG n.º A-1-1, de 13 de enero de 2012) era la reducción de la subvención anual que reciben los partidos políticos en concepto de gastos de funcionamiento y la asignación anual para gastos de seguridad, cuyos importes (78.100.000,00 euros y 4.010.000,00 euros respectivamente, según la Disposición Transitoria Tercera de la LO 8/2007) habían sufrido un incremento del 20% con respecto a las cantidades que habían sido consignadas en los Presupuestos Generales del Estado para 2007.

No obstante, y a pesar de esta finalidad inicial, en el trámite parlamentario se aceptaron veinticuatro enmiendas, encaminadas fundamentalmente a perfilar el control del Tribunal de Cuentas sobre los partidos políticos, hacer efectivos los principios de publicidad y transparencia en la financiación partidaria o a aquilatar el régimen jurídico de las asociaciones y fundaciones

vinculadas con los partidos políticos con representación parlamentaria así como el de los recursos privados de los partidos. En este sentido, el art. 4.2 b) extiende la prohibición de hacer donaciones no solo a las «empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público», sino también a las «pertenecientes al mismo grupo que aquellas, de empresas participadas mayoritariamente por aquellas ni de sus fundaciones» y a las «fundaciones privadas, asociaciones u otras entidades que reciban subvenciones de las Administraciones Públicas o cuyo presupuesto esté integrado, en todo o en parte, por aportaciones directas o indirectas de dichas Administraciones» (art. 4.2 d). Por otra parte, el art. 5.2 establece el deber de los partidos de notificar al Tribunal de Cuentas en el plazo de tres meses las donaciones superiores a 50.000 euros así como todas las donaciones de bienes inmuebles. La Disposición Adicional Séptima avanza en el control sobre las donaciones a las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos con representación parlamentaria, ya que la reforma no solo perfila el concepto de donación sino que además establece el deber de estas entidades de informar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de todas las donaciones y aportaciones recibidas y el deber de notificar en el plazo de tres meses al Tribunal de Cuentas las donaciones recibidas de personas jurídicas. También en el ámbito de la financiación privada de los partidos, la reforma añade un apartado cuarto al art. 4 que limita las condonaciones de deudas de las entidades de crédito a los partidos en 100.000 euros anuales, cantidad que se calcula a partir del montante principal y de los intereses pactados. Parece, por otro lado, que «algo se está moviendo» en el régimen de transparencia y publicidad en materia de financiación de partidos políticos, en el régimen sancionador o en la fiscalización de la financiación de los partidos por el Tribunal de Cuentas. En este sentido, se añade el apartado octavo al art. 14 que establece el deber de los partidos políticos de hacer «públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados y, en particular, la cuantía de los créditos que les han sido concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes a tal ejercicio, de forma que esta información sea de gratuito y fácil acceso para los ciudadanos», deber que también se extiende a las fundaciones y asociaciones vinculadas con los partidos con representación parlamentaria (apartado quinto de la Disposición Adicional Séptima); el art. 15 exige una auditoría interna como mecanismo de control interno de los partidos, y el art. 17 perfecciona el régimen sancionador del Tribunal de Cuentas para los supuestos de infracciones muy graves, estableciendo multas por el doble del valor de lo recibido irregularmente o de lo excedido o la suspensión de la entrega de las subvenciones en el caso de no presentar sin causa justificada las cuentas del último año. También la reforma mejora la fiscalización del Tribunal de Cuentas ya sea para el caso de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos con representación parlamentaria (Disposición Adicional Séptima) o bien estableciendo el deber de colaboración del Banco de España (Disposición Final Tercera). Sin embargo, a pesar de estas reformas no cabe duda de que estamos, como es común, por otra parte, en nuestro Derecho de Partidos, ante una ocasión perdida para establecer un régimen jurídico general de financiación de partidos políticos.

Por otra parte, la reforma de 2012 ha puesto también de manifiesto una realidad ante la cual el Derecho de Partidos ha mostrado siempre sus innatas limitaciones reguladoras. A la paradoja del Derecho de Partidos como un derecho de autorregulación, se une la siempre difícil determinación de los límites materiales más allá de los cuales cualquier normación resulta disfuncional, o simplemente está destinada a caer en el olvido o en el puro incumplimiento. Las situaciones de anomia son insatisfactorias desde el punto de vista del derecho y del ciudadano, pero no desde el de unos partidos políticos, que, como ya señalaba el maestro Pérez Serrano, se encuentran mucho más cómodos en el «claroscuro jurídico». Así, algunas de las previsiones de la reforma

del 2012 quedan frustradas por la «gateras» legales que permiten la huida de los partidos. El art. 4.4 posibilita a los partidos, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, renegociar las deudas que tienen contraídas con las entidades de crédito. La reforma permite demasiada discrecionalidad en este aspecto por lo que aunque la ley limita la condonación no impide renegociar la deuda *ad infinitum*. Y tampoco queda claro si el límite se fija para todas las deudas contraídas por el partido con todas las entidades financieras o solo con cada una de ellas. En materia de sanciones la reforma establece un plazo de prescripción de cuatro años desde que se comete la infracción, plazo a todas luces muy breve y que teniendo en cuenta el retraso del Tribunal de Cuentas a la hora de emitir sus Informes no cabe duda de que la capacidad sancionadora del Tribunal va a quedar desvirtuada. Por otro lado, aunque se avanza en el régimen de fiscalización de las asociaciones y fundaciones no deja de estar vigente un régimen de excepciones que invalida la eficacia del control, a lo que contribuye que «las entregas monetarias o patrimoniales llevadas a cabo por una persona física o jurídica para financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o asociación, en cuanto tal actividad o proyecto se realice como consecuencia de un interés común derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades», no tendrán la consideración de donación.

El enfoque diacrónico de la legislación de financiación de partidos políticos nos ayuda también a la comprensión del actual sistema de financiación de los partidos. No cabe duda de que las especiales necesidades del Decreto de 1977, de una regulación consciente y dirigida durante la transición política a la democracia a establecer un régimen estable de pluralismo político, han determinado los «rasgos genéticos» de nuestro modelo de financiación, no solo en cuestiones como el desbordamiento de la financiación pública, que sigue siendo desmesurada, sino también de su dependencia y relación con el sistema electoral, cuestiones todas ellas a las que no da respuesta la Ley Orgánica 5/2012.

MERCEDES IGLESIAS BÁREZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

[Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera \[BOE n.º 235, 29-IX-2012\]](#)

Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

La Ley Orgánica 4/2012, de 28 de diciembre, modifica la reciente [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera](#) [BOE n.º 103, 30-IV-2012], dotando de una nueva redacción a la disposición adicional primera y cuarta, a la transitoria cuarta, a la adicional única, y a la final primera y segunda. Esta última norma vino a desarrollar el artículo 135 de la Constitución, reformado en septiembre de 2011, y que recogió lo que en buena medida ya sabíamos: que el déficit público de carácter estructural y de la deuda pública se limitan al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La aprobación de la Ley Orgánica 2/2012 se vendió como el hito que incorporaba la sostenibilidad financiera como principio rector. Lo cierto es que, como ponen de manifiesto la mayoría de los estudios

que abordan el Derecho Presupuestario, fue la [Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria](#) [BOE n.º 298, 13-XII-2001], acorde con el sentir iniciado en el Tratado de Maastricht de 1992, la que introdujo el principio de estabilidad al ámbito jurídico, pues antes había estado confinado al campo de la política y de la economía como pensamiento liberal del siglo XIX, retomado en la actualidad por las tendencias neoliberales.

Con el propósito del cumplimiento de los objetivos de déficit y deuda públicos, el Gobierno de España, durante el año 2012, puso en marcha algunas medidas de apoyo a las Comunidades Autónomas (CC. AA.) y a los Entes Locales (EE. LL.), con carácter general bien recibidas, como son los anticipos de tesorería, las líneas ICO-Comunidades Autónomas o el Plan de pago a Proveedores. La instrumentación de estas medidas requiere, como recoge la Exposición de Motivos de la ley que comentamos, de cambios sobre la forma en que se computa esta nueva deuda a efecto de los límites fijados, ya que ha afectado a la distribución de la Deuda Pública entre las Administraciones. Las CC. AA. y los EE. LL. que soliciten o hayan solicitado durante 2012 el acceso a las medidas extraordinarias de financiación vienen obligados a acordar un Plan de ajuste (que será público) por el cual se garantice el cumplimiento de los objetivos de déficit y deuda pública. Junto a ello, se habilita a la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a prorrogar los plazos de cumplimiento establecidos en la LO 2/2012, atendiendo como criterios a las dificultades de acceso a los mercados financieros así como a otras circunstancias socioeconómicas que determinen la necesidad de prorrogar las medidas extraordinarias. Se quiere, por tanto, dotar de mayor flexibilidad al límite temporal establecido ante las nuevas medidas adicionales de financiación, pero siempre sujetando el acceso a tales medidas a un conjunto de condiciones en materia de seguimiento y remisión de información y de otras que consigan alcanzar los objetivos presupuestarios, de deuda y del pago a los proveedores.

Con carácter mensual, la intervención general o unidad equivalente de las CC. AA. que hayan accedido a las medidas extraordinarias deberá emitir información sobre los avales públicos recibidos, operaciones o líneas de crédito, deuda comercial contraída clasificada por su antigüedad y vencimiento, datos sobre los contratos suscritos con las entidades de crédito para facilitar el pago a los proveedores, operaciones con derivados y cualquier información sobre otros pasivos contingentes. Las Corporaciones Locales suministrarán esta información con carácter trimestral; asimismo, el interventor elaborará un informe cada año que enviará al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre la ejecución de los planes de ajuste. Adicionalmente a esta información, las CC. AA. deberán aportar, con carácter también mensual, información de, al menos (se plantea en mínimos), la ejecución de los capítulos de ingresos y gastos, de la adecuación a la realidad del plan de ajuste y valoración de las medidas adoptadas, de los riesgos sobre el cumplimiento, necesidad de endeudamiento y liquidez, así como posibles desviaciones del calendario fijado, indicando las recomendaciones sobre eventuales modificaciones del plan que tengan a bien e información del plan de tesorería acordado. La falta de remisión, el incumplimiento o la valoración desfavorable del plan dará lugar a la aplicación de un conjunto de medidas coercitivas. El recipiendario de la información será el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que informará de su valoración al Ministerio de Economía y Competitividad. Estas obligaciones de suministro de información deben entenderse de forma complementaria a lo dispuesto en la Orden HAP/2015/2012, de 1 de octubre.

Las Administraciones Públicas deberán disponer de planes de tesorería que indiquen la aptitud de las mismas ante el pago de los vencimientos de deuda financiera, intereses y capital. La situación de riesgo de impago, apreciada por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, podrá derivar en la adopción del conjunto de medidas de cumplimiento forzoso reguladas en el artículo 26 de la LO 2/2012.

Las Administraciones Públicas que se sujeten a los mecanismos adicionales de financiación quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 8.2 LO 2/2012, relativo al principio de responsabilidad, que sostiene que el Estado no asumirá ni responderá por los compromisos de las CC. AA. y de las Corporaciones locales, salvo por las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. En el mismo planteamiento se sostiene respecto de las CC. AA. sobre los compromisos de las Corporaciones Locales.

Por último, importante es la aclaración sobre la forma en que computa esta nueva deuda respecto de los límites ya dispuestos. El artículo 13.1 LO 2/2012 incorporó que la deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del PIB. nacional expresado en términos nacionales, o el que se establezca por la normativa europea, siendo el reparto el 44 por ciento para la Administración General del Estado, el 13 por ciento para el conjunto de las CC. AA. y el 3 por ciento para el conjunto de las Corporaciones Locales. El límite de deuda pública de cada CC. AA. no podrá superar asimismo el 13 por ciento de su producto Interno Bruto regional. Aclara la nueva Disposición adicional única que el incremento del volumen de deuda que pueda producirse en la Administración General del Estado como consecuencia de las operaciones de endeudamiento con el fin de desarrollar los mecanismos extraordinarios de financiación se computará a las CC. AA. y Corporaciones Locales, en la cuantía equivalente a las cantidades percibidas.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD

*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

[Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude \[BOE n.º 261, de 30-X-2012\]](#)

Fraude fiscal

La Ley 7/2012, de 29 de octubre, se dispone a atacar los subterfugios económicos existentes ante un fraude fiscal cada vez más sofisticado y oculto. Persigue como objetivos el mejorar la eficacia en el cobro de las deudas tributarias, para lo cual se adoptan medidas que modifican la Ley General Tributaria, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre el Valor añadido y el Impuesto General Indirecto Canario, entre otros. Nos detendremos en algunos cambios que afectan a la Ley General Tributaria, por entender que son los que más repercusión van a tener.

En lo que respecta a la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria](#) [BOE n.º 302, 18-XII-2003], desde ahora LGT, se modifican los apartados 1, 3 y 5 del artículo 40, relativo a los sucesores de personas jurídicas y de entidades sin personalidad. Sobre las obligaciones tributarias pendientes de las sociedades y entidades con personalidad jurídica disueltas y liquidadas (nuevo apartado 1) en las que la Ley limita la responsabilidad patrimonial de sus socios, partícipes o cotitulares, con el fin de evitar el vaciamiento patrimonial previo de la sociedad que dé lugar a una liquidación con un patrimonio insuficiente o inexistente, éstos responderán con las percepciones patrimoniales recibidas en los dos años anteriores a la disolución que minoren el patrimonio social de la entidad. Esto es, sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria del

pago de la deuda tributaria, de las sanciones, recargos e intereses de demora del período ejecutivo para los causantes o colaboradores en la ocultación o transmisión de bienes o derechos, teniendo como fin el impedir la actuación de la Administración tributaria (artículo 42.2.a LGT). Por la regulación anterior –que se mantiene– solo quedaban obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación. El nuevo apartado 3 del artículo 40 extiende los supuestos de responsabilidad ante la extinción o disolución de sociedades, de tal forma que si antes de la reforma el precepto solo afectaba a las sociedades mercantiles, ahora, cualquiera que tenga la condición de sucesora y beneficiaria, incluso entidades públicas, se harán cargo de las obligaciones tributarias pendientes de la entidad o sociedad a la que suceden.

Sobre la responsabilidad tributaria, regulada en el artículo 41, la LGT sigue indicando que como regla general la responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo que así lo establezca la Ley, pero se añade en el apartado 4 que, en caso de que así fuera, se derivará el importe íntegro sin aplicar las reducciones que en su caso le beneficien al deudor principal del artículo 188.1 b (reducción del 30 por ciento por conformidad), dándose trámite al responsable para que si tiene a bien preste su conformidad, beneficiándose con ello de las reducciones de los artículos 188.1 b (la misma reducción del 30 por ciento) y del 188.3 (reducción del 25% del 70% restante si paga en los plazos indicados y no interpone recurso o reclamación contra la liquidación o sanción). En definitiva, se incorpora un trámite nuevo, la conformidad en la responsabilidad, en idénticos términos que para el sujeto pasivo, cuyo propósito es reducir la litigiosidad, aunque su eficacia estará por ver.

Al artículo 43, relativo a los responsables subsidiarios, le afecta una modificación –no demasiado clara– que sale al combate de ciertas prácticas, como la consistente en la presentación de autoliquidaciones sin ingreso de forma reiterativa (cuando en el año natural de forma sucesiva o discontinua se hayan presentado sin ingreso la mitad o más de las que correspondieran) por tributos que deben repercutirse (véase el Impuesto sobre el Valor Añadido), o de cantidades que deban retenerse a los trabajadores, profesionales u otros empresarios. Se requiere la acreditación de un *animus* incumplidor de la obligación de autoliquidación real. Así, serán responsables subsidiarios los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas obligadas a efectuar la declaración e ingreso.

Respecto de los aplazamientos y fraccionamientos del pago se modifica el artículo 65 LGT, sigue inadmitiendo tal posibilidad cuando la exacción se realice por medio de efectos timbrados y por deudas que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar los ingresos a cuenta, salvo en los casos expresamente habilitados. Asimismo, se incorpora que tampoco es posible cuando estamos ante el concurso del obligado y éste ha sido calificado como crédito contra la masa.

El tratamiento de la prescripción también es objeto de clarificación. Se reformula la redacción del artículo 76. 2 II LGT por el cual el *dies quo* para los responsables solidarios cuando el hecho por el que se aprecia tal responsabilidad concurre con posterioridad a la finalización del plazo de pago voluntario para el deudor principal comenzará cuando acontezcan tales hechos, y no cuando termina el plazo de pago voluntario, que es la regla general. La interrupción de los plazos de prescripción también es objeto de reforma –más léxica que de fondo– modificándose los apartados 1, 7 y 8 del artículo 68 LGT. Respecto del primer apartado, se interrumpe el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar y liquidar la deuda tributaria por cualquier acción de la misma, realizada con conocimiento del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria (hasta aquí el sentir de la norma permanece intacto), aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario (véase porque declara IVA y está sujeto a ITP, o viceversa). También se modifica en el apartado 7 en lo relativo al momento

en que se reinicia el plazo de prescripción interrumpido por la declaración del concurso del deudor. Será desde que adquiera firmeza la resolución judicial de terminación del concurso; o si se hubiera aprobado un convenio desde el momento de su aprobación para las deudas tributarias no sometidas al mismo, y para las sí sometidas, cuando resulten exigibles al deudor. Lo dispuesto en el apartado 7 no es de aplicación al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria a exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa. Por último (apartado 8), aunque se continúa con la regla de que la suspensión de la prescripción del deudor principal o de alguno de los responsables causa el mismo efecto en relación con el resto de obligados, se clarifica que si la obligación es mancomunada y solo se reclama a uno de los obligados la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

Otro de los cambios que es interesante mencionar es el relativo a las medidas cautelares aseguradoras del cobro (nuevos apartados 5 y 8 del artículo 81 LGT), permitiéndose su adopción en cualquier instante del procedimiento, lo cual es más garantista respecto al cobro de la deuda, pues hasta ahora solo se podía adoptar tras la propuesta de liquidación. Junto a ello se le otorga potestad a la Administración Tributaria para la adopción de medidas cautelares en los procesos penales por delito fiscal dirigidos contra cualquiera de los sujetos identificados en la denuncia o querrela como posibles responsables, directos o subsidiarios, notificando al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial, el cual deberá adoptar la decisión sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento. Se introduce además una nueva disposición adicional decimonovena que otorga competencia a los órganos de recaudación de la agencia Estatal de la Administración tributaria para investigar, bajo la supervisión judicial, el patrimonio que pueda quedar afecto al pago de la correspondiente responsabilidad derivada del delito.

Uno de los aspectos más comentados por la doctrina es la redacción del nuevo apartado 6 del artículo 170, por el cual la Administración tributaria podrá acordar la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles de una sociedad [facultad de enajenación, hipoteca o dación en pago], sin necesidad de que el procedimiento se dirija contra ella, cuando se hubieran embargado al obligado tributario acciones o participaciones de aquella y ejerza el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto sobre la sociedad titular de los inmuebles. Esto es una garantía del cobro de la deuda tributaria, donde cabe objetar que no toda transmisión tendrá la entidad de provocar un vaciamiento patrimonial. La medida se alzaría cuando se extinga el embargo de las participaciones o acciones pertenecientes al obligado tributario, así cuando su mantenimiento cause daños de muy difícil o imposible reparación. En algunos foros se ha dicho que a la norma se le escapan algunos casos singulares susceptibles de tener en cuenta, como sería el supuesto de una inmobiliaria dedicada a la promoción y venta de inmuebles; sin embargo, a nuestro juicio, como medida cautelar que es, va de suyo que solo se procederá a su adopción si ello no conlleva un perjuicio de difícil o imposible reparación, con lo cual se salvan estos supuestos. De hecho, el perjuicio se contempla en el añadido como una de las causas a tener en cuenta para el alzamiento de la medida, y si es causa de alzamiento con más motivo lo es para su no adopción.

Por último, relevante ha sido la inclusión de una nueva disposición adicional decimooctava, que incorpora la obligación de información sobre bienes y derechos sitos en el extranjero, sobre cuentas en las que sean titulares o beneficiarios, autorizados o de alguna otra forma en la que ostenten un poder de disposición. También deben informar de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos de capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo, cesión a terceros de capitales propios, seguros de vida, invalidez y rentas vitalicias o temporales. También se incluye el deber de información sobre bienes inmuebles y derechos sobre inmuebles de su titularidad situados en el extranjero. No presentar en plazo o presentar de forma

incompleta, inexacta o con datos falsos, o por medios distintos a los telemáticos cuando exista obligación de hacerlo será constitutivo de una infracción grave. El modelo habilitado es el 720.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD
*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

**Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento
y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero**
[BOE n.º 262, de 31-X-2012]

Saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero

Vamos a reseñar las medidas fiscales contenidas en la Ley sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, que entró en vigor el mismo día de su publicación.

En materia tributaria esta norma recoge, sin modificaciones, las novedades que introdujo el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (derogado a partir del 31 de octubre por la Ley 8/2012). Esta norma establecía un nuevo régimen fiscal de las operaciones de aportación de activos a sociedades para la gestión de activos (sociedades a las que aporten sus activos las entidades que hubiesen recibido apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), y un muy importante régimen de exención parcial de determinadas rentas derivadas de la transmisión de bienes inmuebles urbanos, que establece nuevas normas, que pueden aplicarse con carácter general y que afectan al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

La Ley establece las reglas necesarias para garantizar la neutralidad fiscal de las operaciones que se realicen en la constitución de las sociedades para la gestión de activos. Estas sociedades que se constituyan se registrarán por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio, sin perjuicio de lo previsto en la ley, siendo su objeto social exclusivo la administración y enajenación ya sea de forma directa o indirecta, de los activos aportados a la misma.

El régimen fiscal aplicable a las transmisiones de estos activos y pasivos será el «régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, aun cuando no se correspondan con las operaciones mencionadas en el artículo 83 y 94 del texto refundido de la LIS.

A las transmisiones posteriores de las participaciones recibidas como consecuencia de la aportación de activos a las sociedades para la gestión de activos previstas en el artículo 3 de esta ley y de las participaciones de entidades de crédito afectadas por planes de integración aprobados en el marco de la normativa de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito no les será de aplicación la excepción a la exención prevista en el apartado 2 del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En relación con el Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre la Renta de no Residentes se establecía una exención del 50 por ciento de las rentas derivadas de la transmisión de bienes inmuebles urbanos adquiridos a título oneroso desde el 12 de mayo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, siempre que no exista vinculación entre las partes. El objeto de esta medida era estimular la venta de los activos inmobiliarios y se lleva a cabo introduciendo, respectivamente, la disposición adicional decimosexta al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (aprobado por el Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), la disposición adicional trigésima séptima a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio (aprobada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre) y la disposición adicional cuarta al 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).

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Exención del 50 por ciento de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de inmuebles urbanos adquiridos a título oneroso entre el 12 de mayo y el 31 de diciembre de 2012. Con unos requisitos: No resulta de aplicación la exención parcial si el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a:

1. Cónyuge.
2. Cualquier persona unida al contribuyente por parentesco (en línea recta o colateral) por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido.
3. A una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas mencionadas anteriormente, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Si el inmueble que se transmita hubiera sido la vivienda habitual del contribuyente y este solamente hubiera reinvertido una parte del importe obtenido, se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida, una vez aplicada la exención del 50 por ciento, que corresponda a la cantidad reinvertida.

Impuesto sobre Sociedades

Exención del 50 por ciento de las rentas positivas derivadas de la transmisión de bienes inmuebles de naturaleza urbana que tengan la condición de activo no corriente o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta y que hubieran sido adquiridos a título oneroso entre el 12 de mayo y el 31 de diciembre de 2012. Esta exención es compatible, en su caso, con la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

Requisitos: No formarán parte de la renta con derecho a la exención: 1. El importe de las pérdidas por deterioro relativas a los inmuebles, 2. Ni las cantidades correspondientes a la reversión del exceso de amortización que haya sido fiscalmente deducible en relación con la amortización contabilizada.

No resulta de aplicación la exención parcial si el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a: 1. Persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, y 2. Cónyuge de la persona anteriormente

indicada o a cualquier persona unida a esta por parentesco (en línea recta o colateral) por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes

Exención del 50 por ciento de las ganancias patrimoniales obtenidas sin mediación de establecimiento permanente en España, derivadas de la enajenación de bienes inmuebles urbanos situados en territorio español, y que hubieran sido adquiridos entre el 12 de mayo y el 31 de diciembre de 2012.

No resultaría aplicable la exención parcial: Tratándose de Personas Físicas: si el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a: 1. Cónyuge. 2. Cualquier persona unida al contribuyente por parentesco (en línea recta o colateral) por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido. 3. A una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas mencionadas anteriormente, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Tratándose de Entidades: si el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a: 1. Persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. 2. Cónyuge de la persona anteriormente indicada o a cualquier persona unida a esta por parentesco (en línea recta o colateral) por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido.

MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MAÍLLO

*Profesora Contratada Doctora, Área de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca*

[Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación \[BOE n.º 289, de 1-XII-2012\]](#)

Obligaciones de Facturación

El Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación [BOE n.º 289, 1-XII-2012], trae consigo un conjunto de novedades producto de la transposición de la Directiva 2010/45/UE, del Consejo, de 13 de julio de 2010 por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Parte de la puesta en relieve de ciertas dificultades respecto a la facturación electrónica, en un mundo dominado por la tecnología y la informática, queriendo promocionar esta vía, de lo más práctica y reductora de los amplios costos administrativos que conlleva la facturación en papel. Facturación electrónica que consiste en que el emisor envía y el receptor recibe el documento a través de los distintos formatos electrónicos existentes (nuevo artículo 217 del texto comunitario y 9.1 del Reglamento), siendo admisible solo si el receptor consiente tal medio electrónico (nuevo artículo 232 de la Directiva y 9.2 del Reglamento). Para ello se procede a la equiparación de la facturación electrónica a la facturación en soporte papel, debiéndose guiar ambos modelos por los principios básicos que rigen la expedición de facturas: autenticidad, integridad y legibilidad. La seguridad del tráfico jurídico necesita de medios que garanticen tales

principios enunciados, y para su supervisión se crea «una pista de auditoría fiable entre la factura y la entrega de bienes o la prestación de servicios», como buenamente señala la Directiva, en su artículo 233 1 II, transpuesta en el artículo 10 del Reglamento, a través de la firma electrónica avanzada y del intercambio electrónico de datos (EDI).

Siendo una fuerte reivindicación empresarial, la Directiva 2010/45/2010 se hace eco de la misma, y en virtud de ella posibilita a los Estados miembros la adopción del devengo por el criterio de caja, difiriéndose el derecho de deducción de los sujetos pasivos hasta que se abone a su proveedor el correspondiente IVA. Esta posibilidad se presenta como limitada cuantitativamente para los Estados miembros, debiendo estos fijar un umbral que no podrá exceder de 500.000 euros, aumentado a 2.000.000 euros (o su equivalente en moneda nacional) previa consulta al Comité del IVA. No obstante, esta posibilidad no ha sido abordada en el Reglamento que comentamos, pues evidentemente es una materia (la del devengo) que incumbe a la ley, como estipula el artículo 31.3 de la Constitución Española y buenamente recuerda el artículo 8 a) de la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria](#) [BOE n.º 302, 18-XII-2003]. No obstante, se hace eco de los plazos para la expedición de facturas, que será en el momento de realizarse la operación si el destinatario no es empresario, y si lo fuera, deberá expedirse antes del día 16 del mes siguiente a aquel en que se haya producido el devengo (artículo 11 Reglamento).

Una de las novedades que tiene la reforma de la Directiva, transpuesta en el Reglamento de Facturación español, es la sustitución de los tiques por las denominadas «facturas simplificadas», en contraposición con las facturas «completas y ordinarias». La Directiva 2010/45/UE incorpora un nuevo artículo 220 bis a la Directiva 2006/112/CE, por el cual los Estados miembros autorizarán a los sujetos pasivos del IVA a expedir factura simplificada, con carácter general, cuando el importe de la misma no exceda de 100 euros, o su equivalente en moneda nacional; precepto que debe ser leído conjuntamente con el reformado artículo 238.1 a) del mismo texto, por el cual, previa consulta del Comité del IVA, los Estados miembros podrán aplicar el sistema de facturación simplificada con el límite de 400 euros o el equivalente en su moneda nacional (IVA incluido), al que se ha acogido el Reino de España (artículo 4.1 a. del Reglamento). Junto con el límite genérico de los 400 euros, los empresarios y profesionales también tienen la posibilidad de expedir facturas simplificadas cuando libren facturas rectificativas, haciendo referencia expresa de la factura inicial a la que sustituya (nuevo artículo 226 ter e. Directiva y artículo 4.1 b. Reglamento).

De forma más concreta, algunas entregas de bienes y prestaciones de servicios que, hasta el día 31 de diciembre de 2012, podían emitir los extintos tiques, podrán expedir factura simplificada cuando su importe no exceda de los 3.000 euros. Suele afectar a la actividad de los empresarios y profesionales que se incardinan, en buena parte, en el elenco que conforma el entramado empresarial ligado al turismo, como son el transporte de personas y sus equipajes, los servicios de hostelería y restauración de bares, cafeterías, suministro de bebidas consumibles en el acto, salas de baile y discotecas. Junto a ello están otras actividades como las ventas al por menor, las ventas o servicios en ambulancia, las ventas o servicios llevados a cabo en el domicilio del consumidor, servicios telefónicos en cabinas de uso público, servicios de peluquería o asimilados, la utilización de instalaciones deportivas, los servicios fotográficos, aparcamiento de vehículos, alquiler de películas, tintorerías y lavanderías y utilización de autopistas.

Sobre la conservación de facturas, cuando el empresario delegue el cumplimiento de las obligaciones a un tercero, que actuará en todo caso en nombre y cuenta del sujeto pasivo, si el tercero no está establecido en la Unión Europea, se sustituye el régimen anterior, basado en la autorización, por el de la previa comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. También se determina la obligación de conservación de documentos, en papel o en for-

mato electrónico, por cualquier medio que permita su conservación, autenticidad de su origen, integridad de su contenido y legibilidad (artículo 8 en relación con el 20 y ss. del Reglamento).

Con todo ello, y a modo de resumen, los cambios normativos tienden a la consecución de un auténtico espacio armonizado sobre el IVA, paradigma de la imposición indirecta, queriendo unificar, en buena medida, los criterios de facturación para la totalidad de los Estados miembros que conforman la Unión Europea.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD
*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética **[BOE n.º 312 ,de 28 de diciembre de 2012]**

Medidas fiscales - Sostenibilidad energética

La Ley 15/2012, de 27 de diciembre, contiene, como su nombre anuncia, una serie de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, destacando de entre ellas la integración de las políticas medioambientales en nuestro sistema tributario (bien a través de la creación de tributos específicamente ambientales o bien incorporando el elemento ambiental en otros tributos ya existentes, opción que nos ha parecido siempre mucho más útil que la creación de una batería de nuevos impuestos).

Así, mediante esta Ley se crean tres nuevos impuestos:

El Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica

Se trata de un impuesto de carácter directo y naturaleza real, que grava la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica en el sistema eléctrico español y será aplicable a la producción de todas las instalaciones de generación siendo su tipo de gravamen del 7 por ciento. La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total que corresponda percibir al contribuyente por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, por cada instalación, en el período impositivo.

El Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica

Impuesto directo y real, cuyo hecho imponible lo constituye la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica. La base imponible mide los kilogramos de metal pesado contenidos en el combustible nuclear producido durante el período impositivo, entendiéndose como metal pesado el uranio y el plutonio contenidos, y como combustible nuclear gastado el combustible nuclear irradiado en el reactor que durante el período impositivo haya sido extraído definitivamente de éste; o los metros cúbicos de residuos radiactivos de media, baja y muy baja actividad producidos, que han sido acondicionados durante el período impositivo para su almacenamiento con carácter temporal en el propio emplazamiento de la instalación.

El Impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas

Impuesto directo y real, constituyendo su hecho imponible la actividad de almacenamiento de combustible nuclear gastado y de residuos radiactivos en una instalación centralizada. Su base imponible toma en cuenta la diferencia entre el peso del metal pesado contenido en el combustible nuclear gastado almacenado a la finalización y al inicio del período impositivo, expresado en kilogramos; la diferencia entre el volumen de residuos radiactivos de alta actividad, distintos del combustible nuclear gastado, o de media actividad y vida larga, almacenados a la finalización y al inicio del período impositivo, expresado en metros cúbicos; y el volumen de residuos radiactivos de media actividad no incluidos en el apartado b), y de baja o muy baja actividad, introducidos en la instalación para su almacenamiento durante el período impositivo, expresado en metros cúbicos.

Además, la Ley revisa el tratamiento fiscal aplicable a los diferentes productos energéticos utilizados para la producción de electricidad, suprimiéndose determinadas exenciones previstas para los productos energéticos utilizados en la producción de energía eléctrica y en la cogeneración de electricidad y calor útil (artículos 51.2.c) y 79.3.a) de la Ley 38/1992). Además, para dar un tratamiento análogo a la producción de electricidad a partir de fuentes de energía fósil, se eleva el tipo de gravamen sobre el carbón y, al mismo tiempo, se crean tipos específicos que gravan los fuelóleos y los gasóleos destinados a la producción de energía eléctrica o a la cogeneración de electricidad y calor útil.

Por último, a través de esta ley se establece una nueva tasa denominada canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica, destinada a la protección y mejora del dominio público hidráulico, añadiendo para ello el artículo 112 bis en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MÁILLO

*Profesora Contratada Doctora, Área de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca*

[Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica \[BOE n.º 312, de 28-XII-2012\]](#)

Consolidación Fiscal

La Ley 16/2012, que comentamos, adopta un conjunto de medidas tributarias cuyo propósito, a tenor de la Exposición de Motivos, es el contribuir a los objetivos propios de la consolidación fiscal, así como favorecer la actividad económica del país. Sin entrar en vaticinios, quede dicho de forma previa que el objetivo inmediato de la Ley es el primero, sin perjuicio de que la consolidación –como acto y no como simple deseo– haya de llevar al inicio de la recuperación económica y ésta se ponga de manifiesto, esencialmente, cuando crezca el tejido empresarial y se cree empleo. Bastantes son las novedades tributarias que alberga el texto legislativo, deteniéndonos solo en las que consideramos más importantes.

En lo que respecta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), se suprime la deducción por inversión en vivienda habitual a partir del 1 de enero de 2013, estableciéndose un régimen transitorio por el que aquellos que hubieran adquirido su vivienda habitual antes del

31 de diciembre de 2012 podrán seguir aplicándose (véase la nueva Disposición transitoria decimioctava que se incorpora a la [Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas](#) [BOE n.º 285, 29-XI-2006], desde ahora LIRPF). Junto a ello, se elimina, con efectos de 1 de enero de 2013, la exención que disfrutaban determinados premios, estableciéndose un gravamen especial sobre los premios de loterías del Estado, Comunidades Autónomas, ONCE, Cruz Roja Española, u otras entidades análogas de carácter europeo, cuyo devengo será el momento en el que se satisfaga, instante en el cual se practicará la retención del 20% (coincidente con el tipo aplicable), no teniendo el sujeto pasivo obligación de presentar autoliquidación sobre ello ni de incluirlo en la correspondiente autoliquidación del IRPF. Quedan exentos de este gravamen especial, con carácter general, los premios cuyo importe sea igual o inferior a 2.500 euros (o la parte proporcional si la apuesta es inferior a 0,50 euros); cuando supere tal cantidad solo tributará lo que exceda de dicho importe. Asimismo, se modifica el régimen fiscal sobre el juego (nuevo artículo 33. 5 d. LIRPF), permitiendo computar las pérdidas con el límite de las ganancias obtenidas en el ejercicio; régimen fiscal que se aplica desde el 1 de enero de 2012. Nuevo tratamiento sobre el juego que, a nuestro juicio, no se explica desde el magnánimo objetivo de la consolidación fiscal que la norma dice perseguir. Por último y como novedad reseñable respecto del IRPF, se modifica el régimen relativo a las ganancias y pérdidas patrimoniales que, con el propósito de eliminar intenciones especulativas, se integrarán exclusivamente (con efectos de 1 de enero de 2013) en la base imponible del ahorro si su período de generación es superior a un año. Si el período de generación es inferior a este tiempo formarán parte de la base imponible general. Sin duda esta nueva regulación es digna de alabanza.

Sobre las novedades que afectan al Impuesto sobre Sociedades (IS) regulado por el [Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) [BOE n.º 61, 11-III-2004] (TRLHL), se procede, a grandes rasgos, a la limitación parcial del 70% de la amortización fiscalmente deducible para las grandes empresas (las que no cumplan con los requisitos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 108 TRLHL) correspondiente a los períodos impositivos iniciados en los años 2013 y 2014, respecto del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, así como a las amortizaciones que procedan del régimen especial de contratos financieros. La amortización contable que no sea fiscalmente deducible según lo dispuesto anteriormente se deducirá de forma lineal durante un plazo de 10 años, u opcionalmente durante la vida útil del elemento patrimonial, a partir del primer período impositivo de 2015. No tendrá la consideración de deterioro la amortización contable que no resulte fiscalmente deducible según lo dicho. La regulación que incorpora la Ley no será de aplicación respecto de aquellos elementos patrimoniales que hayan sido objeto de un procedimiento específico de comunicación o autorización por la Administración tributaria, en relación con su amortización. Asimismo, se modifica la disposición adicional undécima del TRLHL, por la cual, sin entrar en demasiados detalles, las entidades cuyo volumen de negocios neto en los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media inferior a 25 empleados seguirán tributando de acuerdo con una escala reducida, a condición de que durante los doce meses previos al inicio del período impositivo la plantilla media no sea inferior a la unidad, y tampoco a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo comenzado el 1 de enero de 2009. Junto a ello, se establece la opción para los sujetos pasivos del IS y del IRPF que realicen actividades económicas y que lleven su contabilidad conforme al Código de Comercio o estén obligados a llevar libros-registros de su actividad, y para los sujetos pasivos del IRNR con establecimiento permanente en España, de realizar una actualización de balances con una carga fiscal reducida.

Se prorroga para el ejercicio 2013 la vigencia del Impuesto sobre el Patrimonio (IP), restablecido temporalmente para los años 2011 y 2012 por el [Real Decreto-ley 13/2011, de 16](#)

[de septiembre](#) [BOE n.º 224, 17-IX-2012], con el claro propósito del aumento de los ingresos públicos. El impuesto, tal y como se regula en el modificado artículo 33 de la [Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio](#) [BOE n.º 136, 7-VI-1991], queda bonificado al 100 por cien con efectos de 1 de enero de 2014. Habrá que esperar a ver si se cumplen los objetivos de consolidación fiscal para 2013, escenario que llevará al legislador a decidir si debe continuar o no la exacción sobre el patrimonio para los ejercicios fiscales de 2014 y sucesivos. Si bien es cierto que el IP nació como una figura complementaria del IRPF, y éste grava, hasta asfixiar, la capacidad de los contribuyentes de la ancha clase media española, sostenedora paciente del grueso del sistema tributario y de todo el gasto público necesario y conveniente (sanitario, educativo, social, etc.), y de todo el gasto superfluo (asesores, televisiones, embajadas, fundaciones, etc.), pensamos que antes de subir una milésima la tarifa de un impuesto, de crear nuevos o de restablecer los que en algún momento estuvieron vigentes, como es el caso del IP, se deben eliminar todos esos gastos de dudosa necesidad. Una vez hecho esto, nuestra opinión es que en el IP se grava una manifestación explícita de riqueza a la que el Estado no tiene por qué renunciar, estimando que, si se ha procedido a su implantación y mantenimiento en tiempos de crisis económica, con más motivo debe mantenerse cuando la situación mejore.

En materia de tributos locales, lo más significativo es la modificación del artículo 62.2 del [Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales](#) [BOE n.º 59, 9-III-2004] (desde este momento TRLHL), relativo a la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de los monumentos o jardines históricos de interés cultural, que desaparece cuando estén afectos a explotaciones económicas, salvo que le sean de aplicación los supuestos de exención previstos en legislación propia de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo. Se reconvierte en una bonificación de hasta el 95%, potestativa para los Ayuntamientos cuando concurren circunstancias sociales, históricas, artísticas o de fomento del empleo que la justifiquen. Se articula (artículo 74 TRLHL) como una bonificación rogada sobre la que singularmente deberá pronunciarse el Pleno, bastando la mayoría simple para su concesión. Las modificaciones contempladas en la Ley 16/2012 que afecten a los entes locales, como la que acabamos de analizar, y que dependen del posterior acuerdo de imposición por el Pleno del Ayuntamiento, podrán implantarlas ya para el ejercicio de 2013 con el límite de su publicación en el correspondiente boletín oficial antes del 1 de abril de 2013; precepto que criticamos, pues implica una retroactividad que genera una cierta confusión para el ciudadano [Confróntese la nueva disposición transitoria vigésima primera que la Ley que comentamos añade al TRLHL]. Véase que el devengo, por ejemplo, en lo que se refiere al Impuesto de Bienes Inmuebles, es el 1 de enero del año en curso, y sin embargo le afectará un acuerdo posterior como el que se contempla. En buena técnica jurídica los acuerdos de imposición deben ser anteriores al momento del devengo. Otra de las novedades significativas que merece la pena destacar sobre el régimen tributario local es la que afecta a las tasas locales, como tributo propio y potestativo. El informe técnico-económico se incorporará al expediente para la adopción del acuerdo de imposición. No obstante, se contemplan en el modificado artículo 25 TRLHL un conjunto de supuestos donde no resultará preciso: cuando se trate de acuerdos motivados por revalorizaciones o actualizaciones de carácter general o en los supuestos de disminución del importe de las tasas, salvo en caso de reducción sustancial del coste del servicio correspondiente. Aclara la norma que la reducción será sustancial cuando la disminución del coste del servicio sea superior al 15 por ciento del coste del previsto en el informe anterior al acuerdo de establecimiento. Para justificar la falta de informe se requiere declaración expresa donde se contemple el carácter no sustancial de la reducción.

Por último, se crea el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de crédito, con efectos de 1 de enero de 2013, regulado en el artículo 19 de la Ley que comentamos, constituyendo el

hecho imponible el mantenimiento de fondos de terceros que comporten la obligación de restitución por las entidades de crédito. Con este impuesto, cuya cuota resulta de aplicar a la base imponible un tipo del 0 por ciento, se quiere evitar que las Comunidades Autónomas implanten similares impuestos, como ya lo habían hecho Extremadura, Andalucía y Canarias, quien determinada la constitucionalidad de sus exacciones autonómicas por la [STC 210/2012](#) [BOE n.º 299, 13-XII-2012], el Estado debe proceder a la aprobación de fórmulas de compensación o coordinación con las mismas, en los términos del artículo 6.2 de la [Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre](#) [BOE n.º 236, 1-X-1980]. Estando de acuerdo con su intención, no creemos que sea el mejor sitio para regular un impuesto nuevo una ley que se dedica a modificar otras leyes tributarias, pues se acrecienta la sensación cierta de dispersión de la normativa fiscal. Por otra parte, no nos parece la mejor técnica la aprobación de un impuesto por una ley que ni siquiera se recoge en el título su referencia, y que incluso nada tiene que ver con tal, pues el Impuesto sobre Depósitos Bancarios ni es una medida dirigida a la consolidación de las finanzas públicas ni contribuye al impulso de la actividad económica, básicamente porque nada recauda.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD

*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD,
adscrito al Área de Derecho Financiero
y Tributario de la Universidad de Salamanca*

[Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013](#) [BOE n.º 312, de 28-XII-2012]

Presupuestos Generales del Estado 2013

La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2013, en adelante LPGE, incluye escasas novedades en materia tributaria, quizá debido a que su publicación en el BOE de 28 de diciembre se ha visto acompañada de otra ley, la [Ley 16/2012, de 27 de diciembre](#), que introduce modificaciones de peso en la materia.

1.- Con relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la LPGE, siguiendo su tradicional modo de proceder, *actualiza los coeficientes correctores del valor de adquisición de inmuebles* –en un 1%, con relación a los del año anterior–, al objeto de cuantificar la ganancia o pérdida patrimonial generada durante el ejercicio 2013 en la transmisión de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas (cfr. artículo 63 LPGE). Por otra parte, la Disposición Transitoria 5.ª LPGE establece una *compensación fiscal en este impuesto a favor de aquellos que perciban rendimientos del capital mobiliario procedentes de activos financieros o de seguros de vida o invalidez* como consecuencia de contratos celebrados antes del 20 de enero de 2006 y que sean irregulares por contar un período de generación superior a 2 años. Este tipo de rentas bajo la regulación anterior del IRPF se beneficiaban de la aplicación de una reducción del 40% o 75%, según los casos. Se pretende por ello compensar a los perceptores de este tipo de rentas mediante el establecimiento de una deducción en la cuota líquida total del impuesto, que se descontará una vez aplicada la deducción del artículo 80 bis [Ley 35/2006, de 28 de noviembre](#), reguladora del IRPF por rendimientos del trabajo y actividades económicas. No debe sorprender que la LPGE *no haya incorporado* en su articulado la tradicional *compensación por deducción en adquisición de vivienda habitual adquirida antes del 20 de enero de 2006* pues recordemos que ésta fue suprimida por el artículo 25 [RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad](#). Por otra parte, la D.A. sexagésima

octava LPGE se refiere a la *obligación del Estado de realizar*, durante el ejercicio 2013, *entregas a cuenta mensuales de la cantidad que corresponde a la Iglesia Católica* en el IRPF. Y asimismo, conforme dispone la D.A. sexagésima novena LPGE, *el Estado deberá subvencionar actividades de interés social con el 0,7% de la cuota íntegra del IRPF del ejercicio 2013 correspondiente a los contribuyentes que manifiesten su voluntad en este sentido*.

2.- Con relación al Impuesto sobre Sociedades, el artículo 64 LPGE aprueba los *coeficientes de corrección monetaria* aplicables al valor de adquisición en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos patrimoniales que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, al objeto de deducir el importe de la depreciación monetaria producida desde el 1 de enero de 1983. En segundo lugar, el artículo 65 LPGE señala cómo se debe determinar el importe de los *pagos fraccionados*, siguiendo el criterio fijado en años anteriores. En tercer lugar, la Disposición Final 24.ª LPGE modifica el artículo 15 del [Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio](#), ampliando la vigencia de la *deducción por producciones españolas de largometrajes cinematográficos* del artículo 38.2 [Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) hasta los períodos impositivos iniciados antes de 1 de enero de 2015. También establece un régimen transitorio para las deducciones que estén pendientes de aplicar el 1 de enero de 2015.

3.- Con relación al IVA se introducen modificaciones en la [Ley 37/1992, de 28 de diciembre](#), en adelante, LIVA, al objeto de adaptar el ordenamiento interno a la normativa y jurisprudencia comunitarias. Bajo este contexto, se fijan *reglas para armonizar el devengo de determinadas operaciones intracomunitarias* con la normativa europea. En este sentido, el artículo 66 LPGE modifica el apartado 7 del artículo 75.Uno LIVA e introduce un nuevo apartado 8. Por otra parte, el artículo 67 LPGE modifica diversos preceptos de la LIVA (apartados Dos y Tres artículo 88; apartado Dos artículo 89; letra e) del apartado Uno y el apartado Dos artículo 163 ter; apartado Dos artículo 164; número 3.º del apartado Uno del artículo 171) al objeto de *adaptar las obligaciones en materia de facturación* a la [Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio](#), norma comunitaria ésta transpuesta a nuestro derecho interno mediante el [Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre](#), por el que se aprueba el Reglamento que regula las obligaciones de facturación. Resumidamente, se eliminan las referencias en la LIVA a «documento sustitutivo»; ya no será necesario que sea escrito el acuerdo entre empresario y cliente cuando es este último el que expide la factura; se equiparan la factura en papel y la factura electrónica. El artículo 68 LPGE modifica las exenciones incluidas en los subapartados números 6.º y 12.º del apartado Uno y el apartado Tres LIVA, preceptos éstos que recogen *exenciones por servicios prestados a sus miembros por las uniones y agrupaciones de interés económico, por entidades sin finalidad lucrativa y por entidades de carácter social* y para cuya aplicación ya no será necesario que la Administración tributaria reconozca previamente el carácter de la entidad, pues se suprime el *requisito de reconocimiento previo*. Y el artículo 69 LPGE retoca la *exención inmobiliaria* incluida en el artículo 20.Uno.22 LIVA que declara exentas las *segundas y ulteriores entregas de edificaciones* después de terminada su construcción o rehabilitación. Como es sabido, la propia LIVA excluye del ámbito de aplicación de esta exención a las entregas de edificaciones que se efectúan en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento realizado por empresas dedicadas de forma habitual a realizar operaciones de arrendamiento financiero. La LPGE añade que los *contratos de arrendamiento financiero* formalizados por estas empresas deban tener una *duración mínima de 10 años para quedar excluidas de la exención anterior*.

4.- El artículo 70 LPGE *actualiza* en un 1% la *escala de gravamen* aplicable al supuesto de hecho «rehabilitación y transmisión de grandezas y títulos nobiliarios», incluido en la modalidad IAJD, documentos administrativos.

5.- También se modifican algunos Impuestos especiales. Por aplicación del artículo 71 LPGE, en el IE sobre Hidrocarburos, el gas licuado de petróleo destinado a usos distintos de los carburantes (butano, propano, etc.) a partir de 1 de enero de 2013 dejará de contar con un tipo impositivo 0 para tributar a razón de 15 euros por tonelada. En el IEDMT, el artículo 72 LPGE introduce un nuevo supuesto de exención, incluyendo una nueva letra f) a la dicción del artículo 66.1 [Ley 38/1992, de 28 de diciembre](#), de LIIEE. Esta nueva exención es aplicable a automóviles matriculados en otro Estado miembro que se pongan a disposición de una persona física residente en España por personas o entidades establecidas en otro Estado miembro. Para que se aplique la exención será necesario que el vehículo se ponga a disposición de la persona física como consecuencia de una relación laboral y que ese vehículo lo utilice para acudir diariamente a su centro de trabajo, ubicado en otro Estado miembro limítrofe, y regresar de nuevo a España. Asimismo, ese mismo artículo 72 LPGE modifica el primer párrafo del apartado 2, del artículo 66.Dos. LIIEE, incluyendo otra modificación en el IEDMT, que consiste en que para la aplicación de algunas exenciones del impuesto (concretamente, las de los apartados a), b), c), d), f), g), j) y l) artículo 66.1 LIIEE) se exigirá como condicionante que exista un previo reconocimiento por la Administración tributaria en la forma que determine el reglamento.

6.- Las medidas que se introducen con relación a las tasas estatales se refieren todas ellas a su cuantificación. El artículo 73 LPGE incrementa los tipos de las tasas de cuantía fija. El artículo 74 LPGE señala una fórmula para calcular la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico. El artículo 75 LPGE modifica la forma de cuantificar la tasa del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por emisión de informes de auditoría de cuentas. El artículo 76 LPGE mantiene la cuantía de la tasa de aproximación en el importe exigible en el año 2012. Los artículos 77, 78 y 79 y la D.F. vigésimo sexta LPGE se refieren a aspectos diversos de algunas tasas portuarias (aprobación de coeficientes correctores y bonificaciones; se mantienen sin actualizar las cuantías básicas de las tasas de buque, pasaje, mercancía, embarcaciones deportivas y de recreo, utilización de zona de tránsito y recepción de desechos; y se fija la cuantía básica de la tasa de ayudas a la navegación). Por otra parte, el artículo 80 LPGE modifica las cuantías de las tasas por informes y otras actuaciones previstas en el [Decreto 140/1960, de 4 de febrero](#) y el artículo 81 LPGE incrementa la cuantía de las prestaciones patrimoniales de carácter público de Aena Aeropuertos, S.A.

7.- Otras medidas con trascendencia tributaria son las que inciden en la fijación del interés legal, el interés de demora o la cuantía anual del IPREM. En este sentido, la D.A. trigésimo novena LPGE fija el interés legal del dinero en un 4% hasta el 31 de diciembre de 2013 y el interés de demora en un 5%. Por su parte, la D.A. octogésima segunda LPGE congela, de nuevo, la cuantía del IPREM para 2013, heredando los valores que vienen estableciéndose desde el año 2010.

8.- Asimismo, cabe mencionar la enumeración contenida en la D.A. quincuagésima sexta de la LPGE de actividades consideradas prioritarias de mecenazgo durante el ejercicio 2013 y el listado de eventos, incluidos en varias Disposiciones Adicionales de la ley (D.A. quincuagésima séptima; quincuagésima octava; quincuagésima novena; sexagésima; sexagésima primera; sexagésima segunda y sexagésima tercera), que tienen la consideración de acontecimientos de excepcional interés público a efectos de lo establecido, respectivamente, en los artículos 22 y 27 de la [Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo](#).

9.- Finalmente, cabe aludir a las breves menciones que realiza la ley sobre algunos impuestos locales. Concretamente, la D.A. sexagésima cuarta *prorroga para el ejercicio 2013 los beneficios fiscales establecidos a favor de Lorca (Murcia) en el IAE y en el IBI por el [Real Decreto-Ley 6/2011, de 13 de mayo](#)*, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños

causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca, Murcia. Y, por último, la Disposición Final Décimo Quinta LPGE modifica la Disposición Transitoria duodécima del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por [Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo](#), para señalar que hasta el 31 de diciembre de 2014 *la determinación de la base liquidable del IBI*, atribuida a los Ayuntamientos por el artículo 77.3 TRLHL (es decir, en supuestos en que la base imponible resulte de la tramitación de procedimientos de declaración, comunicación, solicitud, subsanación de discrepancias e inspección catastral), se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el Ayuntamiento le comunique a la citada Dirección, antes de que finalice el mes de febrero del año, que él mismo ejercerá dicha competencia.

ISABEL GIL RODRÍGUEZ
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca*

INTERNACIONAL PRIVADO

Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo [DOUE L 201, de 27 de julio de 2012]

Sucesiones

El 27 de julio de 2012 se publicó el *Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, que entró en vigor el 16 de agosto de 2012, veinte días después de su publicación (artículo 84). No obstante, la aplicación de sus disposiciones, con carácter general, se difiere al 17 de agosto de 2015, excepto las normas relativas a las informaciones que deben ser facilitadas por los Estados miembros (artículos 77 y 78), que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y las que se refieren a la elaboración de los pertinentes formularios, contempladas en los artículos 79, 80 y 81, aplicables desde el 5 de julio de 2012. Su objetivo es unificar criterios y establecer procedimientos que faciliten la tramitación de las sucesiones en el territorio de la Unión Europea (UE), con la pretensión de hacer efectivos los principios de libertad de circulación y establecimiento.

Será aplicable en el territorio de la UE, excepto en Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, ya que dichos Estados no participan ni están obligados por el Reglamento, conforme a lo previsto en los Protocolos n.º 21 y n.º 22 anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Cons. 82 y 83). Parte del principio de irretroactividad, por lo que resulta aplicable únicamente a las sucesiones de las personas fallecidas el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha; no obstante, establece un régimen transitorio respecto a la elección de ley y a la validez de las disposiciones *mortis causa* realizadas con anterioridad a la citada fecha (artículo 83).

Se aplica exclusivamente a los aspectos civiles de la sucesión, excluyendo expresamente las cuestiones fiscales aduaneras y administrativas que pudieran derivar de la misma (artículo 1.1); también se excluyen ciertas materias que, aunque de carácter civil, no tienen estrictamente carácter sucesorio, pero sí tienen cierta vinculación con la sucesión (artículo 1.2). Para evitar disparidades interpretativas, se definen ciertos conceptos que pudieran resultar problemáticos (artículo 3). No pretende modificar el Derecho material de los Estados miembros y no vincula a tales Estados en lo relativo a los conflictos de leyes internos (artículo 38). Las disposiciones sobre ley aplicable tienen eficacia *erga omnes* (artículo 20), por lo que el artículo 9.8 de nuestro Cc queda relegado a la regulación de los conflictos de leyes internos. Las normas de competencia internacional de autoridades (Capítulo III) son aplicables si la cuestión sucesoria se plantea ante las autoridades de un Estado miembro. Los Capítulos IV y V, relativos a la eficacia extraterritorial de decisiones, documentos y transacciones judiciales, así como el Capítulo VI, dedicado al Certificado Sucesorio Europeo (CES), tendrán eficacia únicamente *inter partes*.

El Reglamento no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales que estuviesen vigentes en el momento de su adopción y en los que sean parte Estados miembros y terceros Estados, en particular, al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (artículo 75.1). Sin embargo, prevalece sobre los Convenios internacionales celebrados exclusivamente entre Estados miembros (artículo 75.2), lo que supondrá la inaplicación, para el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia sucesoria, de los Convenios firmados por España con Alemania, Austria, República Checa y República Eslovaca (Convenio hispano-checoslovaco), Francia e Italia. No afecta al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (artículo 76).

El legislador europeo parte de los principios de unidad y universalidad en la sucesión, tanto para determinar la autoridad competente como la ley aplicable, tomando como principal criterio de conexión la autonomía de la voluntad del causante, puesto que a tal criterio quedan supeditadas las demás reglas. La determinación de la autoridad competente se subordina a la concreción de la ley aplicable, de modo que se pretende mantener la coincidencia entre *forum et ius*.

En cuanto a la determinación de la competencia, las partes pueden decidir, expresamente, presentar la cuestión sucesoria ante los tribunales del Estado miembro cuya legislación fue elegida por el causante para regir su sucesión (artículo 5); también se prevé la sumisión tácita por la mera comparecencia de las partes ante dichos tribunales sin impugnar su competencia (artículo 9); en defecto de elección, es competente la autoridad del Estado miembro en cuyo territorio hubiese tenido el causante su última residencia habitual (artículo 4); como criterio subsidiario se acude al lugar de situación de los bienes que integran el caudal hereditario (artículo 10). Se prevé un *forum necessitatis* (artículo 11) así como el mecanismo del *forum non conveniens* (artículo 6). Se contempla el sobreseimiento de oficio (artículo 8) y la limitación de la competencia a instancia de parte (artículo 12). Se prevé la posibilidad de que la parte interesada realice ciertas declaraciones ante el tribunal de su residencia habitual (artículo 13). Se permite solicitar medidas provisionales o cautelares ante los tribunales del Estado miembro en cuya ley se prevean tales medidas, incluso en el caso de que un tribunal de otro Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo del asunto (artículo 19). También se incluyen normas que regulan el control de oficio de la competencia (artículo 15), el control de las garantías procesales (artículo 16), la litispendencia (artículo 17), la conexidad (artículo 18) o el momento a partir del cual ha de considerarse iniciado un procedimiento (artículo 14).

Para determinar la ley aplicable, se parte de la autonomía de la voluntad del causante limitada a la ley de la nacionalidad que posea, bien en el momento de realizar la elección, bien en

el momento de su fallecimiento (artículo 22). En defecto de elección, la sucesión se regirá por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (artículo 21.1). Se contempla la regla de los vínculos más estrechos (artículo 21.2), que actuará, en defecto de elección de ley, si en el momento del fallecimiento el causante tuviese una vinculación más estrecha con un Estado distinto al de su residencia habitual. La ley que resulte aplicable regirá la totalidad de la sucesión (artículo 23). Si la sucesión se rige por ley distinta de la del Estado cuya autoridad conozca del asunto, tal autoridad podrá nombrar un administrador de la herencia con arreglo a lo dispuesto en la *lex fori* (artículo 29 y Cons. 43). También se establecen normas para determinar la ley reguladora de la admisibilidad y validez material de los pactos sucesorios (artículo 25) y de disposiciones *mortis causa* distintas a los pactos sucesorios (artículo 24). Para favorecer la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito, el artículo 27 establece una serie de conexiones alternativas. Las declaraciones que deba realizar una persona llamada a la sucesión pueden realizarse en la forma prevista en la *lex successionis* o bien en la prevista en la ley de la residencia habitual del declarante (artículo 28). Se establece la aplicabilidad de las normas imperativas del lugar de situación de ciertos tipos de bienes (artículo 30). También se contempla la excepción de orden público (artículo 35) que será necesario interpretar como «orden público europeo» (Cons. 58). Se pretenden resolver ciertos problemas tales como la adaptación de los derechos reales que derivan de la herencia (artículo 31), la conmorriencia (artículo 32), la sucesión vacante (artículo 33), el reenvío (artículo 34) y la remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos (artículos 36 y 37).

El Reglamento establece normas para regular el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones y garantizar la aceptación y la fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros de los documentos públicos en materia de sucesiones: contempla un reconocimiento automático e incidental (artículo 39, prfs. 1 y 3), un reconocimiento autónomo o a título principal (artículo 39.2) y también la declaración de ejecutividad (artículo 43). Establece un único procedimiento para la obtención, tanto del reconocimiento a título principal como la declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones, que también es aplicable para declarar la fuerza ejecutiva de las transacciones judiciales (artículo 61.1), pero únicamente podrá denegarse la fuerza ejecutiva de éstas por motivos de orden público (artículo 61.2). Los documentos públicos tendrán, en cualquier Estado miembro, el mismo valor probatorio que tuviesen en el Estado en el que fueron emitidos, salvo contrariedad con el orden público (Cons. 60 y artículo 59).

Una de las principales aportaciones del Reglamento es la creación de un certificado sucesorio europeo que se expedirá por la autoridad competente con arreglo al Reglamento (artículo 64), que facultativamente (artículo 62.2) solicitarán los herederos, legatarios, administradores y ejecutores de la herencia, y acreditará la cualidad y los derechos de los mismos, sin necesidad de un procedimiento especial (artículo 63).

Esta nueva normativa europea ha recibido ya numerosas críticas, especialmente por lo que se refiere a sus ambiciosas pretensiones: intenta resolver todos los problemas jurídicos susceptibles de plantearse mediante un texto complejo que puede provocar numerosas dudas a la hora de su interpretación y aplicación, ya que, como ha puesto de relieve [GARAU SOBRINO, Federico: «Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo». *Conflictos Legum*, viernes, 27 de julio de 2012] es excesivamente «prolijo, farragoso, ininteligible para la mayoría de personas que van a tener que aplicarlo»; además, su inaplicación para el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca pone de relieve que el proceso de integración europeo se ha convertido en un proceso «a dos

velocidades» [BALDUS, Christian: «¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un reglamento de sucesiones». *El Notario del Siglo XXI*, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, n.º 26].

M.^a DEL MAR VELÁZQUEZ SÁNCHEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) [DOUE L 351, de 20-XII-2012]

Reforma del sistema de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil

En pocas líneas nos corresponde dar cuenta de esta trascendental norma de Derecho internacional privado de la Unión Europea que sustituye al conocido Reglamento «Bruselas I» (Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000). Lejos de ser una mera refundición, como aparece en el título, este nuevo Reglamento revisa algunas de las normas de su predecesor, si bien no del calado que se pretendía en la [Propuesta presentada por la Comisión](#) (puede consultarse [aquí](#) el desarrollo legislativo).

Para la exposición seguimos el orden sistemático del articulado del nuevo Reglamento 1215/2010. No obstante, brevemente, para entender el porqué de esta nueva norma baste señalar que responde al objetivo global de desarrollo del espacio europeo de justicia suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de resoluciones judiciales, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, una de las ideas rectoras del [Programa de Estocolmo](#) adoptado por el Consejo Europeo, reunido en Bruselas en diciembre de 2009. A este fin responden las dos grandes líneas de la propuesta de reforma: de un lado, convertir el Reglamento en un instrumento de aplicación universal o *erga omnes*, extendiendo sus normas de competencia a demandados domiciliados en países no miembros de la Unión Europea; y, de otro, suprimir el procedimiento de exequátur, incluso el control de los motivos de denegación del reconocimiento o ejecución por considerarlos una rémora absoluta para la eficacia del reconocimiento mutuo. Tan ambiciosas propuestas finalmente no han prosperado.

Ámbitos de aplicación. Por lo que se refiere al ámbito material se hacen algunas puntualizaciones en las exclusiones; así la exclusión expresa de la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*), la exclusión de las obligaciones de alimentos tras la adopción del Reglamento 4/2009, la exclusión de las cuestiones de estado y capacidad así como materias de familia y de testamentos y sucesiones. Destaca la exclusión del arbitraje, no por nueva sino por el debate abierto sobre la conveniencia de mejorar la articulación entre el arbitraje y la vía judicial, habida cuenta de las posibles tácticas judiciales para desvirtuar la eficacia de un convenio arbitral con su impugnación ante un tribunal (*vid.* STJUE de 10-II-2009, *West Tankers*, As. C-185/07). No obstante, el Reglamento dedica un amplio Considerando 12 al mismo para precisar, entre otras cosas, que se deja a salvo la primacía del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Considerando 12 y artículo 73.2).

Respecto del ámbito espacial, a pesar de la primera intención de extensión universal, finalmente se consideró prematura la aplicación universal, si bien, como se verá, algunos cambios se han conseguido. No desaparece la dualidad de reglas de competencia (esta intención queda para una futura revisión del mismo según su artículo 79). Se mantiene el criterio general de aplicación de las normas de competencia judicial del Reglamento cuando el demandado esté domiciliado en Estado miembro (artículo 4), continuando con los mismos criterios para definir el domicilio de las personas físicas (artículo 62), pero incluyendo la alternatividad en el concepto autónomo de domicilio de las personas jurídicas (artículo 63). Cuando el demandado no está domiciliado en Estado miembro la competencia judicial se rige por las reglas estatales del órgano jurisdiccional que conozca del asunto (artículo 6), incluidos los foros exorbitantes, y a salvo las excepciones que son aplicables con independencia del domicilio del demandado: las ya existentes como las competencias exclusivas (artículo 24) y la sumisión expresa (artículo 25) con olvido nuevamente de la sumisión tácita (artículo 26); y como novedad, se incluyen también los supuestos de contratos celebrados por los consumidores (artículo 18.1) y de contratos individuales de trabajo (artículo 21.2) para aplicar las reglas de competencia del Reglamento cuando el demandante sea el consumidor o el trabajador, olvidando a la parte débil en contratos de seguro.

En el nuevo Reglamento participan todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca, si bien podrá incluirse en virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca (Considerando 41). Aunque la entrada en vigor se produjo el día 9 de enero de 2013, a salvo la aplicación parcial a partir del 10 de enero de 2014 de los artículos 75 y 76 relativos a las comunicaciones de los Estados miembros a la Comisión, las disposiciones del nuevo Reglamento serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha (artículos 81 y 66), debiendo estar a las definiciones contenidas en su artículo 2, donde curiosamente desaparece la de «Estado miembro», única existente en el Reglamento 44/2001.

Reglas de competencia. El Capítulo II dedicado a «competencia» mantiene la misma estructura en los criterios atributivos de competencia que el Reglamento Bruselas I: foro general (artículo 4); foros alternativos, por razón de la materia o por razones procesales (artículos 7, 8 y 9), incluyendo uno nuevo para bienes de interés cultural (artículo 7.4 y Considerando 17); foros de protección para contratos de seguro, contratos celebrados por los consumidores y los contratos de trabajo, con la particularidad ya señalada de aplicación de las reglas de competencia del Reglamento cuando el demandante sea el consumidor o el trabajador aunque el demandado no esté domiciliado en Estado miembro (artículo 18.1 y 21.2), además de permitir que un trabajador demande a todos sus coempleadores en un único tribunal de acuerdo al foro de la pluralidad de demandados del artículo 8.1 (artículo 20.1), rectificando la Jurisprudencia sentada en STJCE de 22-V-2008, *Glaxosmithkline*, As. C-462/06; competencias exclusivas (artículo 24) donde se incluye la precisión, poco pacífica pero establecida por vía jurisprudencial (STJCE de 13 de julio de 2006, *GAT*, As. C-4/03), de que la regla prevista para los litigios relativos a la inscripción o validez de una patente se aplica tanto si la cuestión se suscita por vía de acción como por vía de excepción (artículo 24.4); prórroga de la competencia, expresa (artículo 25) y tácita (artículo 26). En sumisión expresa se realizan algunos retoques importantes: primero, la única vinculación que se exige ahora para la producción del doble efecto prorrogatorio y derogatorio del acuerdo atributivo de competencia es que el tribunal elegido sea de Estado miembro, ya no es necesario que una de las partes esté domiciliada; segundo, se introduce la aplicación de la ley del tribunal elegido para el control de la validez material del acuerdo (artículo 25.1); tercero, se regula expresamente la independencia de la cláusula de elección de foro respecto del contrato en el que se

inserta, así la validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada basándose únicamente en la invalidez del contrato (artículo 25.5); cuarto, para casos de litispendencia siempre tendrá la prioridad el tribunal elegido (artículo 31.2 a 4), se corrige con ello la Jurisprudencia establecida en STJCE de 9 diciembre 2003, *Gasser*, As. 116/02 (Considerando 22). Por lo que a sumisión tácita se refiere, al ser un criterio de competencia que prevalece, salvo en competencias exclusivas, sobre todos los demás incluidos los foros de protección, para éstos se añade la necesidad de que sea una sumisión informada cuando el demandado sea la parte débil del contrato de seguro, consumo y trabajo (artículo 26.2).

La novedad más relevante se introduce en los supuestos de litispendencia y conexidad con procedimientos pendientes ante tribunales de terceros Estados (artículos 33 y 34), pudiendo suspender el procedimiento cuando la competencia de los tribunales de Estados miembros se base bien en el foro general (artículo 4), bien en los foros alternativos (artículos 7, 8 y 9), tomando especialmente en consideración si las resoluciones de un tercer Estado podrán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado miembro de que se trate con arreglo a su legislación nacional y a la buena Administración de Justicia (Considerandos 23 y 24). En supuestos de litispendencia internacional con terceros Estados, a petición de una de las partes o de oficio si lo permite la legislación nacional y siempre que la resolución sea susceptible de reconocimiento o ejecución en el Estado miembro que estuviere conociendo del mismo asunto, deberá ponerse fin al proceso y prevalecerá la decisión primera en el tiempo (artículo 33.4), sin que por ello haya habido intento de fijar en el Reglamento unas mínimas condiciones exigibles a las mismas; en conexidad la finalización del proceso es facultativa (artículo 34.4). Tímidamente aparece la consideración del efecto reflejo de las competencias exclusivas de terceros Estados (Considerando 24 párr. 2.º), abandonando la opción de una «norma negativa de competencia».

Respecto de las medidas provisionales y cautelares, el artículo 35 establece su aplicación siempre que el foro principal se localice en un Estado miembro, con independencia de que la competencia se determine por el Reglamento o por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, incluidos los foros exorbitantes. El Considerando 25 ofrece una definición que agrupa la Jurisprudencia del TJUE en esta materia (STJCE de 17-XI-1998, *Van Uden*, As. C- 391/95; STJCE de 28-IV-2005, *Paul Dairy*, As. C-104/03). Los efectos de estas medidas son meramente territoriales cuando el tribunal que las adopta base su competencia en esta disposición (Considerando 33).

Reconocimiento y ejecución. Es en el Capítulo III dedicado a «reconocimiento y ejecución» donde se encuentra la mayor aportación de la reforma.

Primeramente, el reconocimiento o ejecución no distingue entre decisiones que afectan a demandados domiciliados o no en Estados miembros (Considerando 27), lo que se traduce en que aún serán ejecutables las sentencias de jueces «exorbitantes», provocando que, a salvo la previsión del artículo 72, la discriminación contra los demandados no domiciliados se mantenga también en este ámbito, no pudiendo oponer la excepción de orden público para el control de la competencia del juez de origen (artículo 45.3), salvo en competencias exclusivas y contratos con parte débil, incluidos ya los contratos de trabajo (artículo 45.1, letra e).

En el nuevo Reglamento desaparece cualquier procedimiento intermedio para reconocer u obtener la declaración de ejecutabilidad de una resolución dictada en un Estado miembro (artículos 36 y 39). Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido (Considerando 26).

Sin embargo, en la supresión del exequátur se ha optado por la prudencia. Ha triunfado la idea de que la ejecución directa, sin declaración de ejecutividad basada en el principio de confianza recíproca en la Administración de Justicia dentro de la Unión, no puede llegar al extremo

de dejar la protección del demandado en manos exclusivamente del Estado de origen de la decisión, por lo que no pueden suprimirse en el Estado miembro requerido todos los controles de una resolución dictada en otro Estado miembro (Considerando 29). El objetivo claramente finalista del cobro rápido de los créditos para favorecer a los operadores económicos no puede alcanzarse en detrimento de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. De ahí que se agrupen en el artículo 45 los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución (contrariedad manifiesta con el orden público del Estado requerido, respeto de garantías procesales, inconciliabilidad de la decisión con otras resoluciones, falta de competencia en casos tasados). Estos motivos en reconocimiento son oponibles a petición de cualquier parte interesada (artículo 30.2 y 45.1), en ejecución debe ser la persona contra la que se haya instado la ejecución la que se oponga a la misma (artículo 46). Mientras que en reconocimiento únicamente pueden oponerse los motivos tasados del artículo 45 (Considerando 30, párr. 2.º y artículo 30.2), en ejecución pueden invocarse además los que establezca el Derecho nacional en la medida en que no sean incompatibles con los del Reglamento (Considerando 30, párr. 1.º y artículo 41.2).

El Reglamento no regula un procedimiento de ejecución, se remite a los procedimientos de ejecución de los Estados miembros estableciendo que las decisiones se ejecuten en las mismas condiciones que si las hubiera dictado un tribunal del Estado requerido (artículo 41.1). Para la ejecución de la resolución basta con aportar copia auténtica de la resolución y el certificado expedido conforme al artículo 53 que acredite el carácter ejecutivo de la misma, utilizando el modelo de formulario del Anexo I (artículo 42). Para las solicitudes de denegación del reconocimiento y de ejecución se regula un procedimiento común (artículos 48 a 51 y, en su caso, las disposiciones de los artículos 52 a 57), extensible a documentos públicos y transacciones judiciales (artículos 58 a 60) siendo recurrible por cualquiera de las partes tanto la resolución sobre estas solicitudes (artículo 49) como la decisión sobre el recurso (artículo 50), quedando la designación de los órganos competentes para la comunicación que los Estados deben efectuar a la Comisión (artículo 75).

Esta solución en reconocimiento y ejecución nos parece mucho más realista y más respetuosa con el justo equilibrio exigible entre la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión y el respeto del derecho de defensa (principio rector del Reglamento que se recoge en el Considerando 47).

PILAR MAESTRE CASAS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca

Directiva 2012/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54.2 TFUE, con el fin de proteger los intereses de los socios y de los terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital
[DOUE L 315, de 14-XI-2012]

Constitución de Sociedades Anónimas

1. Introducción: finalidad y razón de ser de la nueva Directiva 2012/30/UE

En el trimestre final del pasado año se ha adoptado la Directiva 2012/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54.2 TFUE, con el fin de proteger los intereses de los socios y de los terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Conforme a su artículo 49, esta Directiva entró en vigor el pasado 4 de diciembre de 2012, a los 20 días de su publicación en el *DOUE* L 315, de 14 de noviembre de 2012.

Como se desprende de su propia rúbrica, esta Directiva ha sido adoptada por el procedimiento legislativo ordinario de codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros previsto en los artículos 114.1, 289.1 y 294 y concordantes TFUE, a partir de la iniciativa legislativa de la Comisión, que fue la instancia encargada de preparar la propuesta previa a la tramitación de esta nueva norma.

Asimismo se infiere de la propia rúbrica de esta Directiva y de su artículo 48 que la misma ha venido a derogar y sustituir la antigua Directiva al respecto, a saber, la [Directiva 77/91/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1976](#) [DOCE L 26, de 31 enero de 1977], más conocida como la II Directiva en materia de sociedades de capital, tal y como se indicaba expresamente en su título.

2. Estructura y contenidos básicos de la Directiva 2012/30/UE

Como se señala expresamente en el primer ap. del Preámbulo de la Directiva 2012/30/UE, el objetivo esencialmente buscado con su adopción por parte del Legislador comunitario consiste en la refundición de todas las numerosas modificaciones anteriores que había experimentado la II Directiva en materia de sociedades de capital, muy numerosas en sus más de treinta años de vigencia, y de entre las que destacan las realizadas mediante las Directivas 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006 (DOCE L 264, de 25 de septiembre de 2006), 2006/99/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006 (DOCE L 363, de 20 de diciembre de 2006), y 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DOCE L 259, de 2 octubre de 2006), además de otras llevadas a cabo por diferentes motivos, por ejemplo, con ocasión de la adhesión a la CE de nuevos Estados miembros, entre ellos España.

Ello implica, pues, que la Directiva 2012/30/UE se inserta en el marco de acciones tendentes a la simplificación del Derecho comunitario europeo que han venido desarrollando las Instituciones de la UE durante la pasada década, y que, salvo excepciones muy puntuales, no se han introducido en esta norma variaciones en cuanto a los contenidos de sus diversas disposiciones sobre materias tales como, entre otras, los tipos societarios a los que resulta de aplicación (artículo 1 y Anexo I de esta Directiva), la constitución de las sociedades anónimas, por ejemplo, en lo relativo a las menciones mínimas a determinar en la escritura y en sus estatutos sociales (artículos 2 y 3 de esta Directiva), y en general al mantenimiento, aumento y reducción de su capital social, ni mucho menos en cuanto al carácter de armonización imperativa o meramente facultativa, en su caso, de tales disposiciones. Antes bien, tan solo se ha producido su reestructuración de un modo más accesible y ordenado (sin ir más lejos, así se desprende de la tabla de correspondencias entre los preceptos de esta Directiva, inserta en su Anexo III, y de la II Directiva sobre sociedades de capital tras sus diversas modificaciones) y asimismo más acorde y adaptado a la nueva nomenclatura en la versión actual de los Tratados Constitutivos de la UE, por ejemplo, en la referencia expresa en el título de esta Directiva al artículo 54.2 TFUE, en relación con los tipos de sociedades que pueden entenderse equiparadas a las personas físicas a los efectos del derecho de libre establecimiento en cualquiera de los Estados miembros de la UE.

3. Principales innovaciones de la nueva versión refundida

Conforme a lo ya indicado, la Directiva 2012/30/UE debería haber sido adoptada como mera Versión Codificada que, como tal, derogaría y sustituiría a los textos anteriores cuyos contenidos se veían reordenados en la nueva norma, de acuerdo por lo previsto al respecto en el primer ap. del Acuerdo Interinstitucional del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 20 de diciembre de 1994 (*DOCE C 102*, de 4 de abril de 1996) sobre un método de trabajo acelerado con vistas a la codificación oficial de los textos legislativos. Sin embargo, lo cierto es que esta Directiva constituye un Texto Refundido en el sentido del octavo ap. de dicho Acuerdo lo que, atendiendo a lo dispuesto en el mismo, implica que el procedimiento legislativo seguido ha puesto de manifiesto la necesidad de exceder una pura y simple codificación y, por tanto, de llevar a cabo alguna modificación sustancial de los mandatos establecidos en las disposiciones precedentes objeto de la refundición.

En este supuesto, la única modificación sustancial que se ha introducido en la Directiva 2012/30/UE aparece en su artículo 6.2, en el cual se atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo, de nuevo en el marco del procedimiento legislativo ordinario de codecisión entre ambas Instituciones, la competencia para revisar cada cinco años el importe de la cifra del capital mínimo de las sociedades anónimas establecido en el primer párrafo de dicho precepto, que permanece fijada en los 25.000 €, de acuerdo con circunstancias tales como la evolución económica y monetaria en la UE y las tendencias en cuanto a los tipos societarios utilizados para dar cobertura jurídica a las grandes y medianas empresas. Hasta la adopción de esta Directiva, se atribuía dicha competencia en exclusiva al Consejo en el artículo 6.3 de la II Directiva sobre sociedades de capital, en una opción que había devenido incompatible con las nuevas disposiciones al respecto en los Tratados Constitutivos de la UE (tal y como ya habían venido siendo interpretadas por el TJUE en fallos previos tan emblemáticos como el emitido en el asunto C-133/06 [Gran Sala], Parlamento Europeo y Comisión v. Consejo y República Francesa, de 6 de mayo de 2008 [Rec. 2008, p. I-3189, disponible en «<http://curia.europa.eu>»], cuya nomenclatura actual se corresponde con los ya referidos artículos 114.1, 289.1 y 294 y concordantes TFUE). De ahí que, durante los trabajos preparatorios de la actual Directiva 2012/30/UE (*vid.* la E. de M. de la Propuesta de la Comisión de 1 febrero 2011 [Doc.

COM-2011-29 final; disponible en «<http://europa.eu>»), se pusiese de manifiesto la necesidad de pasar de la mera Versión Codificada al Texto Refundido, y, sin ir más lejos, así se deja bien patente en el decimocuarto ap. de su propio Preámbulo.

4. Expectativas para el futuro

Cuando se le atribuye a la Directiva 2012/30/UE, una vez más en el ya citado primer ap. de su Preámbulo, la ya expuesta finalidad de refundir los diversos cambios previamente introducidos en la II Directiva en materia de sociedades de capital en sus sucesivas versiones, se reconoce igualmente de forma expresa la necesidad de llevar a cabo «...nuevas modificaciones...» en esta Directiva. Ello da pie para pensar que la regulación establecida en la misma va a ser objeto de tales modificaciones mediante posteriores Directivas en un futuro quizá no demasiado lejano. Sin embargo, lo cierto es que todavía no constan ni se han hecho accesibles al público los posibles trabajos preparatorios al respecto, por lo que, de momento, solo cabe quedar a la espera de la postura que pueda tomar el Legislador comunitario en este punto.

LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito [BOE n.º 275, de 15-XI-2012]

Reestructuración y resolución de entidades de crédito

En los últimos años hemos asistido a un profundo cambio en la regulación del sistema financiero, en especial en aspectos relativos a la solvencia de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero. Paralelamente, nos hemos acostumbrado a expresiones como «core capital», «test de estrés», «fusiones frías», «banco malo» o «activos tóxicos», no todas ellas afortunadas.

El RD-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (BOE de 27/06/2009) creó el *Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)* para gestionar los procesos de reestructuración de entidades de crédito y contribuir a reforzar los recursos propios de las mismas. En el año 2011 fueron aprobados el RD-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (BOE de 19/02/2011), y el RD-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se creó el *Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito* (BOE de 15/10/2011), sustituyendo a los tres FGD que había anteriormente de bancos, de cajas de ahorro y de cooperativas de crédito, aún con la oposición expresa y férrea de estas últimas.

A lo largo de 2012 han sido numerosas las disposiciones aprobadas para la reestructuración del mercado del crédito con vistas a asegurar la estabilidad de nuestro sistema financiero en su conjunto: RD-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero (BOE de 04/02/2012); RD-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero (BOE de 14/07/2012); RD-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE de 31/08/2012); Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero (BOE de 31/10/2012); Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades

de crédito (BOE de 15-11-2012); RD 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (BOE de 16/11/2012); Circular 7/2012, de 30 de noviembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre requerimientos mínimos de capital principal (BOE de 11/12/2012), y Circular 8/2012, de 21 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre bases de datos de activos transferibles a las sociedades previstas en el capítulo II de la Ley 8/2012, de 30 de octubre (BOE de 27/12/2012).

La gran mayoría de estas normas y reformas encuentran su causa directa en las consecuencias patrimoniales negativas que la crisis económica y financiera iniciada en 2007 ha originado en el sector del crédito, habiendo traído como resultado un cambio drástico en el panorama del mercado del crédito español, fundamentalmente porque las entidades de crédito se han visto obligadas a un redimensionamiento debido a las mayores exigencias de «core capital» –capital social y otros recursos propios de máxima calidad, cuya generación por las cajas de ahorro es muy limitada–, y a la necesidad de desprenderse de ciertos activos perjudiciales, una vez realizados los «test de estrés» o pruebas de resistencia ante escenarios adversos. Estas exigencias y la crisis galopante han llevado a una profunda reestructuración de la práctica totalidad de las cajas de ahorro y de muchos bancos, y en menor medida de cooperativas de crédito, habiendo asistido en los últimos dos años a numerosos procesos de fusión (por absorción, como la de Banca Cívica por CaixaBank, y por creación de una nueva entidad, como Unnim), a «fusiones frías» mediante *Sistemas Institucionales de Protección –SIPs–* (como las que dieron lugar a Bankia, BMN, Caja3 o Kutxabank) y a varios procesos de intervención y/o nacionalización de entidades (Unnim Banc, CAM, Banco de Valencia, CatalunyaCaixa, etc.). Queda pendiente, entre otros procesos, la integración de Banco Ceiss en Unicaja (parece ser que finalmente como filial, esto es, sin SIP ni fusión, con lo que Unicaja evitaría, en su caso, una posible entrada del FROB en su capital).

La normativa que regula el sistema financiero es acreedora de los principios de eficiencia, de estabilidad y de transparencia en los que debe sustentarse el mercado financiero (ZUNZUNEGUI, F. 2001: *Lecciones de Derecho bancario y Bursátil*. Colex, 26), integrado por los mercados del crédito, de valores y de seguros. En este sentido, las recientes normas sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito prestan atención especial al principio de estabilidad del sistema financiero, cuya consecución viene dada por la solvencia, la liquidez y la rentabilidad de las entidades, esto es, por su solidez patrimonial. Esta solidez no solo es buscada por las entidades en su propio interés, sino que existe un evidente interés general en ella, pues está en juego la estabilidad del mercado financiero, y consiguientemente la *confianza* en el mismo, su *médula espinal*. La experiencia reciente ha mostrado cómo afecta el funcionamiento del mercado del crédito a la economía real –y viceversa–. Las entidades de crédito tienen, deben tener, el papel de recibir fondos del público, con obligación de restitución, aplicándolos a la concesión de créditos a todos los sectores económicos y a los ciudadanos en general. Este relevante papel (señalado por el RD Legislativo 1298/1986 al definir las entidades de crédito), unido a la importancia sistémica de algunas entidades individualmente consideradas –debido a su tamaño y a las relaciones que mantienen dentro del sector–, justifica que ante determinadas situaciones de dificultad o debilidad se adopten medidas o mecanismos de superación de las mismas con la vista puesta en la estabilidad del sistema. El carácter global del sistema financiero y la necesidad de preservar su estabilidad ha hecho que la Comisión Europea haya presentado una propuesta de Directiva en junio de 2012 con un amplio catálogo de posibles medidas a adoptar.

La reestructuración y la resolución de entidades de crédito, y la actuación temprana sobre las mismas, han sido reguladas en 2012 sucesivamente por dos de las normas citadas anteriormente: primero por el RD-ley 24/2012, de 31 de agosto, convalidado por Resolución de 13 de septiembre de 2012 del Congreso de los Diputados (BOE 20 de septiembre), y después por

la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, que ha derogado al anterior, además de derogar también el RD-ley 9/2009 de 26 de junio, antes citado. La aprobación del RD-ley 24/2012 se vino a enmarcar (dice el punto III de su Preámbulo) en el programa de asistencia a España para la recapitalización del sector financiero acordado en el seno del *Eurogrupo*, que se tradujo, entre otros documentos, en la aprobación de un Memorando de Entendimiento en julio de 2012. La extraordinaria y urgente necesidad que debe acompañar la aprobación de todo real decreto-ley se justificaba en el punto V del Preámbulo en la situación de dificultad del sector financiero, y en evitar un incumplimiento de las medidas asumidas en el Memorando, que debían estar aprobadas a finales de agosto.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, ha sustituido formalmente al RD-ley 24/2012, manteniendo su contenido fundamental, a pesar de derogarlo. El objeto de la Ley, como antes del RD-ley, es regular los procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como establecer el régimen jurídico del FROB, todo ello con la finalidad de proteger la estabilidad del sistema financiero, minimizando el uso de recursos públicos. La norma legal se estructura en un Preámbulo, nueve capítulos, con setenta y cuatro artículos (dos artículos más que el RD-ley), una veintena de disposiciones adicionales (seis más que el RD-ley), seis transitorias, una derogatoria y veintidós finales (seis más que el RD-ley).

El Capítulo I contiene unas disposiciones generales, entre las cuales están la definición de los procedimientos de actuación temprana, reestructuración y resolución, así como los objetivos y principios de los dos últimos. Comenzando por estos últimos, destacamos que los accionistas, cuotaparticipes o socios y los acreedores son quienes primero deben asumir los costes de la resolución soportando pérdidas; que debe minimizarse el uso de recursos públicos, sopesando los intereses de los clientes con los de los contribuyentes; que los administradores de las entidades han de responder de los daños y perjuicios en proporción a su participación y gravedad; y que deben quedar protegidos tanto los depósitos bancarios como otros fondos reembolsables y demás activos de los clientes bancarios.

El primer procedimiento regulado es el que se ha denominado actuación temprana, siendo regulada posteriormente en el Capítulo II. Es aplicable cuando la entidad de crédito atraviesa una cierta dificultad de solvencia u otros requerimientos regulatorios, pero es previsible que la supere por sus propios medios o por medio de un apoyo financiero público excepcional mediante instrumentos convertibles en acciones. En esta fase el protagonismo corresponde al Banco de España dentro de sus funciones de supervisión: decide qué entidades deben someterse a este procedimiento; aprueba el plan de actuación que le presente la entidad, haciendo un seguimiento del mismo; puede sustituir provisionalmente al órgano de administración, etc. La reestructuración, regulada en el Capítulo III, resulta aplicable cuando la entidad requiera apoyo financiero público para garantizar su viabilidad, siendo previsible su reembolso, o cuando no pudiera llevarse a cabo su resolución sin tener efectos gravemente perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero. Por último, la resolución, regulada en el Capítulo IV, se puede aplicar cuando la entidad es definitivamente inviable y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal. El vocablo «resolución» expresa con claridad que se pretende resolver de la mejor forma posible una situación de inviabilidad de una entidad de crédito. Tanto en la reestructuración como en la resolución el protagonismo se reparte entre el FROB y el Banco de España, y es importante el artículo 65 –en el Capítulo VIII–, que señala que las medidas adoptadas por el FROB en el marco de los Capítulos III y IV tienen carácter ejecutivo, siendo inmediatamente eficaces, por lo que no necesitan el consentimiento de la junta o asamblea general. Una vez abierto uno de estos procedimientos, los jueces no pueden admitir solicitudes de concurso de la entidad de crédito, bajo sanción de nulidad (Disp. Adic. 5.^a).

Para alcanzar los objetivos de la reestructuración y de la resolución, el FROB puede adoptar diversas medidas financieras como son el otorgamiento de garantías, la concesión de préstamos o créditos, la adquisición de activos o pasivos y la recapitalización. A estas medidas o instrumentos financieros se refiere el Capítulo V; en todo caso, estas medidas habrán de realizarse teniendo en cuenta el principio de minimización de recursos públicos. Por lo que a la recapitalización se refiere, el FROB puede adquirir acciones ordinarias, aportaciones al capital social o instrumentos convertibles en las anteriores, previo informe del Banco de España. También contiene unas reglas sobre el cálculo del valor económico de las entidades de crédito.

El Capítulo VI regula las denominadas Sociedades de Gestión de Activos, que en todo caso deben ser sociedades anónimas, capítulo que se complementa con la Disp. Adic. 7.^a, que crea la *Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.*, más conocida por su acrónimo SAREB o como «banco malo», aunque no es un banco. El FROB puede obligar a una entidad de crédito a transmitir a esta sociedad determinadas categorías de activos especialmente dañados o cuya permanencia en el balance de la entidad se considere perjudicial para su viabilidad; son los denominados «activos tóxicos», fundamentalmente de naturaleza inmobiliaria. La resolución del FROB es un acto administrativo, siendo recurrible como tal. Este Capítulo VI ha sido objeto de desarrollo por el RD 1559/2012, de 15 de noviembre, de régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos (*vid.* CONDE VIÑUELAS, V. y FERNÁNDEZ CUENCA, J.: «El régimen jurídico de las Sociedades de Gestión de Activos». *Diario La Ley*, n.º 7980, de 10-12-2012, y n.º 7997, de 9-1-2013). Debe tenerse en cuenta además que el artículo 36.4 de la Ley 9/2012 se ha visto modificado por el reciente RD-ley 3/2013, de 22 de febrero (RD de tasas en la Administración de Justicia), añadiendo que las adquisiciones de activos por parte de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la reestructuración bancaria al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/2012 no estarán sujetas al régimen sobre control de concentraciones previsto en el Capítulo II del Título I de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

El Capítulo VII regula la gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, con la mirada puesta de nuevo en que el coste de las medidas de los Capítulos III y IV sea el menor posible para los contribuyentes, haciéndolo recaer sobre accionistas y acreedores. Las acciones de gestión pueden afectar a participaciones preferentes, obligaciones convertibles, bonos y obligaciones subordinadas o cualquier otra financiación subordinada, con o sin vencimiento; deben ser aprobadas por el FROB, que deberá comunicarlas al Banco de España. Este capítulo nace con fecha de caducidad, pues su vigencia finaliza el 30 de junio de 2013 (Disp. Final 21.^a).

El Capítulo VIII establece el régimen jurídico vigente del FROB, derogando el contenido en el RD-ley 9/2009, que lo creó. Entre las novedades, pueden destacarse el reforzamiento de sus poderes de intervención, la modificación de la composición de la Comisión Rectora, para evitar conflictos de interés generados por la participación de entidades de crédito a través del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, o la introducción de normas sobre la cooperación y la coordinación con otras autoridades competentes nacionales e internacionales.

Finalmente, el Capítulo IX recoge unas disposiciones relativas a la impugnación de las decisiones que adopte el FROB, resultando, entre otras cosas, que cuando las mismas hayan sido tomadas en el ejercicio de facultades mercantiles, se aplicarán las normas societarias de impugnación de acuerdos sociales contrarios a la ley, con un breve plazo de caducidad de quince días, y que cuando hayan sido tomadas en el ejercicio de facultades administrativas serán impugnables en vía contencioso-administrativa, todo lo cual con unas especialidades que prevé la Ley.

En suma, la Ley 9/2012 ha reforzado los mecanismos con que cuentan las autoridades públicas españolas para sanear el sector bancario, y con ello garantizar, en la medida de lo posible, el correcto funcionamiento del sistema financiero, esencial en toda economía.

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS
*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca*

Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado [BOE n.º 295, de 8-XII-2012]

Nueva compensación equitativa por copia privada

Lector. Con la publicación del Real Decreto 1657/2012 el Ejecutivo español concluye el cambio de modelo en la compensación equitativa por copia privada que comenzó a «perpetrar» por medio de la Disposición Adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, a través de la cual, conservando el límite de copia privada previsto en el artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), derogó materialmente el artículo 25 del mismo texto legal para «liquidar» el régimen de compensación equitativa tradicional basado en un canon o tarifa sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción que, como obligación legal de derecho privado (nunca un tributo, como interesadamente se ha querido presentar), se hacía recaer sobre los fabricantes, importadores y vendedores de dispositivos de reproducción analógicos (desde la aprobación de la LPI en diciembre de 1987) y digitales (desde la modificación llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio para su adaptación a la sociedad de la información), y cuyo cobro era gestionado por las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos o afines. Con el nuevo modelo la compensación equitativa por copia privada pasa a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, quedando mandatado el Gobierno, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para establecer reglamentariamente la cuantía y el procedimiento de pago de la compensación equitativa, tomando como base de estimación el perjuicio causado por el establecimiento del límite de copia privada al derecho de reproducción de los titulares de la propiedad intelectual. El Real Decreto 1657/2012 cumple dicho mandato.

El Gobierno decidió rentabilizar electoralmente las demandas de la industria tecnológica y una masa creciente de usuarios que veían el llamado canon digital como un sistema injusto que hacía pagar una pequeña cantidad a los adquirentes de dispositivos de reproducción (sobre todo CD y DVD) independientemente de si los utilizaban o no efectivamente para copiar contenidos protegidos por derechos de autor (películas, música, libros, fotografías, etc.). Así, al tomar el poder en diciembre de 2011 decidió, como una de las primeras medidas «estrella» (para dar satisfacción al «Pueblo» mientras recortaba el presupuesto para servicios fundamentales del Estado Social), sustituir el sistema de canon por una compensación con cargo a los magros Presupuestos Generales del Estado; y lo hizo, a través de un Real Decreto-ley «para la corrección del déficit público». ¡Desternillante! Con este giro copernicano en el modelo de compensación equitativa, nuestro ejecutivo-legislador se aparta del modelo de compensación equitativa

seguido por la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE y se aproxima al establecido en la legislación noruega (¡en la legislación noruega!), cerrando ahora el círculo para «guillotinar» una compensación que –como su propio nombre indica– debería ser equitativa –justa– para los titulares de derechos de propiedad intelectual (autores, intérpretes, editores y productores fonográficos y audiovisuales). Tan justa como reducir «salvajemente» una compensación estimada en 115 millones de euros en años anteriores (con cargo a los fabricantes y distribuidores de dispositivos de reproducción) a una compensación de 5 millones de euros fijada en los Presupuestos Generales para el año 2012; y presumiblemente cantidades similares para 2013 y años venideros gracias a la «manga ancha» que el Real Decreto 1657/2012 otorga al Ministerio de Cultura. Una bofetada a la industria de la cultura (la segunda vino con la subida del IVA al 21%). Un insulto para los autores e intérpretes (sobre todo para los modestos, los que no viven de la imagen pública: ¡la mayoría!). Un atentado a la supervivencia de algunas entidades de gestión colectiva, sin cuya subsistencia difícilmente podrá funcionar eficaz y eficientemente el mercado de los derechos de propiedad intelectual. Una decisión, además, no meditada ni consultada con la Comisión Europea, que recientemente ha publicado un informe de un experto en el que se aboga por mantener en todos los Estados miembros el sistema de compensación equitativa en forma de canon sobre dispositivos de reproducción, con algunos ajustes para evitar situaciones injustas.

El Reglamento aprobado contiene un complejo procedimiento de determinación de la cuantía y del pago de una compensación que se presenta miserable para ejercicios venideros, pues se prevé expresamente que la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado a los titulares de derechos se determinará «dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio» mediante Orden del Ministerio de Cultura. Un mausoleo faraónico para el famélico cadáver de la compensación equitativa por copia privada. Al igual que en el régimen anterior, los beneficiarios de la compensación equitativa son los autores y editores de libros u otras publicaciones asimiladas (publicaciones seriadas de periodicidad mínima mensual y máxima semestral, de contenido cultural, científico o técnico, con al menos 48 páginas por ejemplar), y los autores, intérpretes y productores de fonogramas u otros soportes sonoros y de videogramas u otros soportes audiovisuales, conservando así la misma estructura que el anterior artículo 25 TRLPI. La cuantía se determinará sobre la base del perjuicio efectivamente causado por la copia privada de acuerdo con una serie de criterios que resultan precisamente muy «indeterminados»: la estimación del número de copias realizadas de obras y prestaciones protegidas, excluyendo las de contenidos que no se hayan puesto a disposición de los usuarios privados y que estén destinadas manifiestamente a usos distintos de la copia privada (copias en empresas e instituciones públicas para usos colectivos); el impacto de la copia privada sobre las ventas; el precio medio de cada unidad de modalidad reproducida; el carácter analógico o digital de la reproducción; la utilización en el mercado por los titulares de derechos de medidas tecnológicas anticopia que sean efectivas. Este elevado grado de indeterminación de los criterios de estimación del perjuicio obliga a crear un procedimiento para determinar la cuantía que se hace recaer sobre la Subdirección General de Propiedad Intelectual; procedimiento que resulta todavía más indeterminado (requerimiento de información directa o indirectamente relacionada con la copia privada a cualquier entidad o persona pública o privada...); un procedimiento que traslada la sensación, si no la convicción (constatada ya en 2012), de que la determinación de la cuantía será caprichosa, graciosa, profundamente discrecional, si no arbitraria: un reparto de migajas en función del escaso presupuesto disponible para cada ejercicio económico. El resto de las disposiciones están dirigidas a establecer –sin grandes novedades ni voluntad de resolver problemas concretos ya planteados– la asignación de la compensación a las entidades de gestión representativas de los distintos grupos de titulares

de derechos, que actúan como perceptores de la compensación para su distribución y reparto entre los titulares beneficiarios de la misma, y a recordar a las entidades de gestión que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 155 TRLPI, el 20% de lo recaudado deberán dedicarlo a función social (promover actividades o servicios asistenciales para sus socios y atender actividades de formación y promoción de los autores e intérpretes y ejecutantes).

FERNANDO CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

Reglamentos (UE) n.º 1257/2012 y n.º 1260/2012 del Consejo, de 17 de diciembre de 2012 [DOUE L 361, de 31-XII-2012]

Creación de una protección unitaria mediante patente

1. Preliminar

Como es sabido, la Unión Europea ha procedido a la creación de una serie de derechos de propiedad industrial con efectos únicos sobre todo su territorio. Es el caso, por ejemplo, de la marca comunitaria [Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, que derogó al anterior Reglamento (CE) n.º 40/94], de las obtenciones vegetales comunitarias [Reglamento (CE) n.º 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales] y del diseño industrial comunitario [Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios].

No obstante, faltaba en la Unión Europea una patente con efectos en todos los Estados miembros. Y ello pese a que los trabajos para la creación de dicha patente hayan sido constantes a lo largos de los últimos cuarenta años.

2. Trabajos legislativos previos

Téngase presente que en Europa existe, con notable éxito, el sistema de la patente europea, creado por el Convenio sobre la patente europea de 1973 (CPE), firmado en Múnich el 5 de octubre de 1973. El CPE se concibió como un primer paso en la unificación del Derecho europeo de patentes, pero desde un principio existió una separación expresamente deseada entre la patente europea y la Comunidad europea, y ello explica que en la elaboración y ratificación de este Convenio participasen Estados como Suiza.

Este primer paso que representó el CPE debía ser completado por la regulación de la patente comunitaria. En efecto, el sistema europeo de patentes se diseñó inicialmente en dos tratados internacionales, el CPE y el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, que fue firmado en la Primera Conferencia de Luxemburgo. Pero este Convenio no entró en vigor, como tampoco lo hicieron las sucesivas versiones aprobadas durante la Segunda Conferencia de Luxemburgo, celebrada en diciembre de 1985, y en la Tercera Conferencia de Luxemburgo de 1989.

De los trabajos posteriores cabe destacar la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la patente comunitaria (propuesta presentada por la Comisión Europea que tampoco llegó a buen puerto, entre otros motivos por la exigencia española de que las reivindicaciones de las

patentes fuesen traducidas al español), o la aprobación por unanimidad, el 4 de diciembre de 2009 en el marco de la reunión del Comité de Competitividad del Consejo de la Unión Europea, del documento «Conclusiones sobre un sistema de patentes mejorado en Europa», en el que se insiste en la necesidad de la creación de una patente de la Unión Europea, y en la instauración de una jurisdicción especializada y unificada para litigios en materia de patentes.

Sin embargo, todos estos trabajos fueron baldíos y se vieron bloqueados esencialmente por la cuestión lingüística y la insistencia de algunos Estados como España en que las patentes fuesen traducidas al español.

Así las cosas, en junio de 2010 la Comisión Europea presentó una propuesta sobre el régimen lingüístico que desbloquease la situación. No obstante, y a la vista de que el Consejo de Ministros de la Unión Europea no logró un acuerdo al respecto por unanimidad, 25 Estados miembros (todos menos España e Italia) solicitaron a la Comisión una cooperación reforzada para la creación de la patente de la UE. Usando esta vía prevista en el Tratado de Lisboa se elimina la exigencia de la unanimidad, haciéndose posible la creación del nuevo título de propiedad industrial sin necesidad de contar con el consentimiento de España e Italia.

El 10 de marzo de 2011 el Consejo autorizó el recurso al procedimiento de cooperación reforzada para crear una patente unitaria que proporcionase una protección uniforme en todo el territorio de los Estados miembros participantes y que fuese concedida por la Oficina Europea de Patentes (OEP) a dichos Estados miembros, correspondiendo el conocimiento de las acciones de validez e infracción a un Tribunal unificado de patentes.

Tras esta Decisión, el Consejo Europeo de 29 de junio de 2012 alcanzó el acuerdo final sobre la patente unitaria de la Unión Europea, estableciéndose la necesidad de aprobar un paquete de medidas legislativas, consistente en dos Reglamentos comunitarios y en la firma y ratificación del Acuerdo sobre un Tribunal unificado de patentes.

3. Los Reglamentos (UE) n.º 1257/2012 y n.º 1260/2012

Pues bien, el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 361/1, de 31 de diciembre de 2012 ha publicado el tan esperado Reglamento (UE) n.º 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente.

La patente unitaria se solicitará ante la Oficina Europea de Patentes, de acuerdo con el mismo procedimiento que se sigue para la obtención de una patente europea al amparo del CPE. Pero una vez concedida la patente unitaria otorgará protección uniforme y tendrá los mismos efectos en todos los Estados de la UE participantes (todos menos España e Italia). Esto significa, por tanto, que la patente unitaria tendrá un juego de reivindicaciones único para los veinticinco Estados participantes y no será preciso proceder a la traducción de dicho juego para su validación en cada Estado, como sucede con las patentes europeas. Precisamente, como una consecuencia de la protección uniforme, el Reglamento n.º 1257/2012 dispone que la patente unitaria solo podrá limitarse, transferirse, revocarse o extinguirse respecto de todos los Estados miembros participantes, aunque podrá ser objeto de licencia respecto de todos o parte de los territorios de los Estados miembros participantes.

El alcance y las limitaciones del derecho de propiedad industrial conferido por la patente unitaria serán uniformes en todos los Estados miembros participantes en los que la patente tenga efecto unitario. Los actos contra los que la patente ofrece protección y las limitaciones aplicables serán los que defina la normativa nacional del Estado miembro participante en cuyo territorio esa patente tenga efecto unitario, y en el que el solicitante tuviera su domicilio o centro principal de actividad en la fecha de la solicitud de la patente o, en su defecto, el solicitante

tuviera un centro de actividad. Y cuando el solicitante no tuviera su domicilio, centro principal de actividad o centro de actividad en un Estado miembro participante en el que la patente tenga efecto unitario, se aplicará la legislación alemana, por tener la Organización Europea de Patentes su sede en Alemania.

Como complemento al Reglamento (UE) n.º 1257/2012, el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 361/89, de 31 de diciembre de 2012, también publica el Reglamento (UE) n.º 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción.

Téngase en cuenta que las solicitudes de patente unitaria pueden presentarse en cualquier idioma de la Unión Europea, pero dado que la OEP solo tiene como idiomas oficiales el inglés, el alemán y el francés, será precisa la traducción de la solicitud (estableciendo el Reglamento un sistema de compensación de estos gastos a favor de PYME, personas físicas, organizaciones sin ánimo de lucro, universidades o institutos públicos de investigación que tengan su domicilio o centro principal de actividad en un Estado miembro de la Unión).

Ahora bien, cuando se haya publicado el folleto de una patente europea que se beneficie del efecto unitario, no se exigirá ninguna otra traducción para que la patente surta efectos en los 25 Estados miembros. [Sí será precisa en cambio para que produzca efectos en España e Italia. En efecto, en nuestro país, la patente unitaria no pasará de ser una patente europea, que deberá ser validada y por lo tanto objeto de traducción al español, al igual que cualquier otra patente europea].

A pesar de lo anterior, en caso de litigio sobre una supuesta infracción de una patente europea con efecto unitario, el titular de la patente facilitará, a petición y a elección del supuesto infractor, una traducción completa de la patente europea con efecto unitario a una de las lenguas oficiales del Estado miembro participante en el que haya tenido lugar la supuesta infracción o bien del Estado miembro en el que tenga su domicilio el supuesto infractor.

Asimismo, en caso de litigio en relación con una patente europea con efecto unitario, el titular de la patente deberá facilitar, durante el proceso judicial, una traducción completa de la patente a la lengua utilizada en los procedimientos del tribunal competente en los litigios relativos a la patente europea con efecto unitario en los Estados miembros participantes, cuando así se lo solicite dicho tribunal.

El coste de estas traducciones será sufragado por el titular de la patente.

4. Consideración final

Los citados Reglamentos entrarán en vigor el 1 de enero de 2014 o a partir de la fecha en que entre en vigor el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes, si ésta fuera posterior. (La validez y la infracción de la patente europea será competencia del Tribunal Unificado de Patentes, que tendrá su sede en París, con dos secciones especializadas, una en Londres y la otra en Múnich. La sección de Londres estará especializada en patentes químicas y farmacéuticas, mientras que la sección de Múnich se especializará en patentes mecánicas).

Este paquete de medidas legislativas del cual se ha dado noticia ha sido saludado con alegría por un importante sector, por considerar que finalmente se consigue una patente con efectos unitarios en la UE. Sin embargo, el sistema no está exento de críticas, como las que expone el Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, en su documento [«The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern»](#).

En todo caso, habrá que esperar a conocer la sentencia del TJUE resolviendo el recurso de anulación presentado por España e Italia contra la Decisión del Consejo por la que se acudía al

procedimiento de cooperación reforzada, aunque a la vista de las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 11 de diciembre de 2012 todo parece indicar que se rechazarán todos los motivos del recurso.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela

PENAL

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo [DOUE L 315, de 14-XI-2012]

Derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos

Introducción

Esta Directiva amplía y modifica de manera radical las disposiciones de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de tal forma que la sustituye (artículo 30), renovando el catálogo de derechos del estatuto de la víctima en el ámbito europeo, y teniendo de plazo los Estados para trasladar estos cambios al ámbito interno hasta 2017 (artículo 29).

El Programa de Estocolmo (DO C 115/1 4.05.2010) abrió en 2010 un nuevo marco de derechos dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. En concreto dentro del proceso penal esta Directiva supone un avance respecto de los derechos de las víctimas para, sobre todo, evitar su victimización secundaria en determinados delitos como la trata de seres humanos, terrorismo, delincuencia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito.

Objeto

La finalidad de la Directiva (artículo 1) es la de garantizar que las víctimas de estos delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales con todas las garantías. Los Estados miembros deberán reconocerles su condición como tales, y las autoridades competentes deberán tratarlas con respeto.

Derechos reconocidos a las víctimas

- *Información y apoyo (artículos 2-9 Directiva)*

El derecho a la información se manifiesta en varios aspectos, como es el derecho a entender y ser entendido, el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, el derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia o el derecho a recibir información sobre su causa. Así como el derecho a traducción e interpretación.

Respecto al apoyo, resaltar el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y el apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas, que se traducirá en: información y acceso a la indemnización, información sobre apoyo especializado, apoyo emocional, asesoramiento financiero, o sobre el riesgo de victimización secundaria, con una especial consideración cuando se trate de delitos graves. Además de un apoyo especializado cuando se trate de víctimas de violencia sexual, de violencia de género y de víctimas de violencia en las relaciones personales.

- *Participación en el proceso penal (artículos 10-17 Directiva)*

También hay varios aspectos a resaltar dentro de la participación, por ejemplo, el derecho a ser oído o los derechos existentes en caso de que se adopte la decisión de no continuar en el procesamiento o el derecho a garantías en el contexto de la justicia reparatoria. Así como los derechos a justicia gratuita, a reembolso de gastos, a la restitución de bienes, a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, y los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro.

- *Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial (artículos 18-24 Directiva)*

El derecho a la protección hace referencia sobre todo a la victimización secundaria así como a evitar el contacto entre víctima e infractor. También a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales, sobre todo durante la toma de declaración.

Insiste la Directiva en el derecho a la protección de la intimidad, a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, en la protección de las víctimas con necesidades especiales (de protección) durante el proceso penal y una especial referencia a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal.

Naturaleza jurídica

Como hemos mencionado en la lista de delitos a la que hace mención especial esta Directiva, se conceden derechos a las víctimas de determinados delitos que no existían en muchos países hace diez años, como por ejemplo los relativos a la violencia de género, y por eso este tipo de violencia genera unas necesidades específicas. En la mayor parte de los hechos delictivos, la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo es inexistente. Sin embargo, lo que caracteriza la delincuencia de género (sobre todo cuando se da en el ámbito privado mediante el ataque a la mujer-pareja) es la existencia de una relación personal y de dependencia emocional entre el sujeto activo y pasivo. Esto genera que muchas veces el comportamiento de las mujeres que acuden a un juzgado o a la policía a interponer la correspondiente denuncia sea incomprendido, no queriendo declarar, o incluso retirándola una vez interpuesta. Al respecto es interesante destacar que un punto fuerte de la Directiva es la formación de los profesionales (artículo 25) (ver en «Otras Disposiciones» dentro de la Directiva) encargados de recibir a las víctimas y este punto es de vital importancia en aras a evitar su victimización secundaria.

MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO
Investigadora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social [BOE n.º 312, de 28-XII-2012]

Lucha contra Fraude Fiscal y en la Seguridad Social

Esta Ley Orgánica introduce una serie de modificaciones tanto en la parte general como en la parte especial del Código Penal (en adelante, CP). En el Libro I del CP se ve afectado el precepto relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el Libro II, cuatro títulos han sufrido modificaciones, a saber, el Título XIV «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», el Título XV «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», el Título XVIII «De las falsedades» y el Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública».

Modificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma incluye como potenciales sujetos activos de determinados delitos a partidos políticos y sindicatos, entidades que habían sido excluidas de responsabilidad penal en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP, incorporado al texto punitivo través de la [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal \[BOE n.º 152, de 23-VI-2010\]](#). De este modo –señala la Exposición de Motivos de la Ley– «se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos».

Modificación de los delitos contra la Hacienda Pública

En el ámbito tributario son diversas las modificaciones incorporadas, entre las que cabe destacar las siguientes. Se crea un tipo agravado que pretende dar una respuesta más contundente a los fraudes de especial gravedad, lo que a su vez determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves se eleve hasta los diez años.

Asimismo, se incorpora la posibilidad de perseguir tramas organizadas de fraude fiscal mediante la facilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación. Igualmente, se incrementan las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal. Además, se introducen mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda y a los Presupuestos de la Unión Europea.

Por otro lado, se configura la regularización de la situación tributaria como el reverso del delito, de manera tal que, con dicha regularización, resulta neutralizado no solo el desvalor de acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria, y no solamente de la cuota tributaria, como ocurría hasta ahora. También se prevén mecanismos para rebajar la pena para aquellos imputados que, una vez iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial.

Revisión de los delitos contra la Seguridad Social

La reforma que se lleva a cabo en los delitos contra la Seguridad Social afecta, fundamentalmente, al tipo básico. Así, se reduce la cuantía a partir de la cual la infracción es constitutiva de delito, situándose ahora en los 50.000 euros, aclarándose, además, que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, siempre que ésta se acredite por otros hechos. El tipo básico también se ve reformado para facilitar las regularizaciones. De forma paralela al delito contra la Hacienda Pública, se configura la regularización de la situación ante la Seguridad Social como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, de modo que hace desaparecer el carácter delictivo del inicial incumplimiento de la obligación con la Seguridad Social.

Se introduce un tipo agravado para aquellos supuestos en los que se utilice a sociedades o personas interpuestas para ocultar a los verdaderos responsables del pago de las cuotas a la Seguridad Social. Además, se incorpora un tipo específico para la penalización de las defraudaciones en prestaciones del Sistema de la Seguridad Social.

Tanto para el tipo básico como para el agravado se prevé la pena accesoria de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Modificaciones de los delitos de falsedades

La modificación incorporada al artículo 398 CP restringe la aplicación de este precepto a la falsedad de certificados de menor trascendencia y excluye expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

Modificación de los delitos contra los derechos de los trabajadores

Se reforma el artículo 311 para sancionar a quienes incumplen de forma grave la normativa laboral con conductas que, además, suponen una competencia desleal con respecto a otras empresas o trabajadores autónomos que sí cumplen con sus obligaciones legales. La sanción penal, ahora, se hace depender de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados, en consonancia con la limitación del reproche punitivo a los comportamientos más graves. La pena de prisión se ve ampliada, hecho que incrementa a la vez el plazo de prescripción.

Modificación de los delitos contra la Administración Pública

Con el objetivo de dotar de transparencia al sector público y fortalecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas –como señala la Exposición de Motivos de la Ley–, se incorpora un nuevo artículo 433 bis, dentro del Capítulo VII, dedicado a la malversación, que sanciona a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de una entidad pública, siempre que se lleve a cabo de un modo idóneo para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa. El precepto incorpora una regla que soluciona los problemas que pudieran derivarse del posible concurso de este delito con el de falsedad documental del artículo 390, que será de aplicación preferente.

Asimismo, se tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De este modo se solucionan los problemas de tipicidad que podrían aparecer cuando el autor no emite el documento falso, sino que se limita a introducir la información falsa que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza.

Igualmente, se castiga la facilitación de esa información falsa a terceros, cuando tal conducta resulte idónea para causar un perjuicio económico a la Administración.

Todas estas conductas se castigan con penas de multa e inhabilitación, y en el caso de que se cause efectivamente el perjuicio económico, se prevé pena de prisión.

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
Investigadora
Universidad de Salamanca

PROCESAL

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles **[BOE n.º 162, de 7-VII-2012]**

Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Finalmente se ha procedido, mediante la Ley de referencia, a la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y con ello se ha procedido a dotar al sistema de Administración de la Justicia en España de una regulación estatal y general de esta particular forma extrajudicial y complementaria de resolución de conflictos que es la mediación.

Dicha normativa amplía la oferta de formas de resolución de conflictos a disposición del ciudadano en el ámbito de los derechos disponibles en materia civil y mercantil, junto al propio proceso judicial y al arbitraje. Se introduce por tanto en nuestro sistema jurídico un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos que no tiene carácter obligatorio ni opera como requisito preprocesal en ningún caso, sino que se instaura como complemento y alternativa al proceso y al arbitraje.

Los tres grandes pilares sobre los cuales se establece este marco legal, y que con ello caracterizan a la propia mediación, son la desjudicialización del conflicto, la deslegalización del mismo y la flexibilidad procedimental.

La Ley se estructura en cinco títulos que comprenden 27 artículos en total. Dichos títulos versan sobre: Disposiciones Generales (Título I), Principios informadores de la mediación (Título II), Estatuto del Mediador (Título III), Procedimiento de mediación (Título IV), Ejecución de los Acuerdos (Título V). Además, se complementa con una serie de Disposiciones Adicionales, Finales y Derogatorias –algunas de ellas de especial trascendencia por cuanto reforman numerosos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil al efecto de acomodar el marco legal de la mediación (intrajudicial) al ya establecido para los procesos civiles–.

La Ley excluye el ámbito de aplicación de la mediación tanto a los derechos de carácter indisponible como a los asuntos penales, laborales, con las Administraciones Públicas y los vinculados al consumo y los consumidores (artículo 2).

Se dispone un modelo de mediación facilitadora (no evaluativa), no gratuito (los intervinientes deberán asumir las costas de la mediación, artículo 15) y sustentado sobre una serie de principios informadores fundamentales que se enumeran en los artículos 6 a 10 del texto legal (destacando entre ellos la voluntariedad, la igualdad entre partes y la confidencialidad del procedimiento de mediación).

La ley establece las pautas básicas del procedimiento de mediación (artículos 16 a 24), siempre desde la idea básica de la flexibilidad procedimental y la disponibilidad en su establecimiento por parte del mediador y los intervinientes.

Uno de los elementos claves de la regulación legal de la mediación en derecho privado que se produce con este marco legal es la importancia, y trascendencia, legal del acuerdo de mediación (artículo 23), y sus connotaciones y efectos –especialmente en cuanto a su conformación como título ejecutivo, artículos 25 a 27– y la previsión específica de su inimpugnabilidad judicial directa como tal acuerdo, salvo el ejercicio de la acción de nulidad frente al mismo (artículo 23.4) por las causas de nulidad de los contratos, por cuanto su valor jurídico es ese mismo, un contrato privado.

El sistema de mediación que introduce la Ley gira en torno a una doble figura. Las instituciones de mediación (artículo 5) como entidades (tanto públicas como privadas) que pueden ofrecer al ciudadano servicios de mediación, y los mediadores –a título individual–, ya sean integrados en una institución de mediación como en el ejercicio individual y particular de sus funciones. Respecto a esta última figura es relevante tomar en consideración el Estatuto del mediador que se dispone en los artículos 11 a 14 de la Ley 5/2012. En esta serie de preceptos (que necesitan de un desarrollo reglamentario posterior que está a día de hoy en preparación) se establecen las bases de actuación del mediador, su capacitación, condiciones de ejercicio, autorregulación y lo que consideramos muy importante, el régimen de responsabilidad del mediador (artículo 14), que incluye la exigencia de contratación de un seguro de responsabilidad civil respecto a los daños y perjuicios que pueda causar en el ejercicio de sus funciones mediadoras.

Una de las cuestiones a destacar de la Ley 5/2012 es la consideración específica de la posibilidad de empleo de medios electrónicos en la realización del procedimiento de mediación, incluso hasta el punto de recomendar su preferencia para los casos de mediaciones en reclamación de deudas de cuantía inferior a 600 euros (artículo 24.2).

FERNANDO MARTÍN DIZ
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses
[BOE n.º 280, de 21-XI-2012]

Tasas - Administración de Justicia

Esta controvertida y ya famosa Ley, que ha entrado en vigor el 22 de noviembre de 2012 (salvo su artículo 11, a partir del 1 de enero de 2013), exige el pago de tasas en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, con carácter estatal, tanto por la actuación de los jueces y magistrados, como por la actuación del resto del personal de la Administración de Justicia e incluso por la obtención de copias de documentos e instrumentos judiciales.

El proceso se ha convertido en objetivo recaudatorio de los poderes públicos. Ello no es nuevo. Las tasas o aranceles judiciales se remontan a los orígenes de los Tribunales de Justicia en España. También en las últimas décadas fueron reguladas variadas tasas judiciales por diferentes normas, pero sí es cierto que sobre la regulación contenida en la Ley 10/2012 se ha llegado a niveles desconocidos en el pasado en cuanto a críticas se refiere.

Como ejemplo de normativa en el pasado sobre tasas puede mencionarse el Decreto 1035/1959, de 18 de junio, en el que se regulaba la obligación de pagar tasas judiciales, con tarifas diferentes, recaudándose el importe de las mismas por medio de efectos timbrados, que se aplicaban en principio a la remuneración complementaria de los funcionarios de la Administración de Justicia y después pasó a ser un ingreso integrado en los presupuestos generales del Estado. Las tasas judiciales se exigían en todos los órdenes jurisdiccionales salvo en el social, aunque en el orden penal había importantes exenciones.

Con posterioridad, a raíz de la aprobación de la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales, éstas desaparecieron con el fin de así respetar entre otros, y especialmente, el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicha desaparición de las tasas abarcó el período comprendido entre 1987 y 2002.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una tasa limitada a personas jurídicas lucrativas que superaran una elevada facturación anual, recuperándose así en el ámbito de la Administración de Justicia la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pero en un ámbito restringido, como se ha apuntado.

Otras leyes posteriores han afectado a las tasas judiciales: la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que implantó el depósito judicial para recurrir; la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la LEC, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía; o la Ley de Medidas de Agilización Procesal de 10 de octubre de 2011.

Las recientes SSTC 20/2012, de 16 de febrero y 164/2012, de 1 de octubre de 2012, en relación con la Ley 53/2002, reconocen la constitucionalidad de las tasas en el acceso a la justicia. Podría hablarse de la legitimidad de los fines que persigue la tasa, en cuanto se dirige a financiar la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más resultan beneficiados de la actividad jurisdiccional, disminuyendo la financiación a cargo de todos los ciudadanos, procedente de los impuestos. El límite, según el TC, está en el carácter proporcional o no de las cantidades de las tasas: su cuantía no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia.

Volviendo a la Ley 10/2012, protagonista de este comentario, ésta ha sufrido críticas desde todos los colectivos jurídicos, al considerar que dificulta el acceso a la Administración de Justicia y por lo tanto como una forma de restringir u obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Realmente la más importante novedad que introduce esta ley, aplicando las tasas en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo en el penal, es el incremento en las mismas según una escala que se ha considerado desproporcionada a casi todos los niveles. Ello va a provocar, como ya ha empezado a hacerlo, un descenso de la litigiosidad, sobre todo en cuanto a la interposición de los recursos de apelación y de casación (lo cual no es negativo *per se*, siempre y cuando se respetaran todos los derechos y garantías procesales). Si nos preguntáramos acerca de su constitucionalidad debería determinarse si la suma de la tasa fija y la tasa variable recogidas en los artículos 6 y 7 de la Ley, según cada caso, entra o no en el exceso que cuestiona el TC.

El elegir un modelo de financiación de la Justicia, bien por todos –mediante impuestos– o por los justiciables por los gastos generados al acudir a los tribunales –mediante tasas o aranceles– o bien modelos mixtos, corresponde al legislador, pero siempre deberá respetar la Constitución, especialmente el artículo 24, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, de tal forma que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o su posición social. Por ello el artículo 119 CE indica que la justicia será gratuita, pero no siempre, sino cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar y, en este sentido, están exentos de las tasas, entre otros, como veremos, las personas a las que se les ha reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Igualmente aspectos a destacar de la Ley 10/2012 son, por un lado, que la consecuencia del no pago de la tasa conlleva la no admisión de la demanda o del recurso. El secretario judicial comprobará en cada caso si se ha producido el pago de la tasa o no, previéndose para este último caso que no dé curso a la actuación procesal que se solicite. Por otro lado, que el legislador ha optado por aplicar la tasa judicial para potenciar la mediación, de tal forma que se establece una devolución de la cuota de la tasa cuando se alcance una terminación extrajudicial del proceso que ahorre parte de los costes. En tal caso se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa.

Otros aspectos que se abordan en la Ley 10/2012 son:

- El hecho imponible de la tasa. Es decir, se paga tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada por el ejercicio de variados actos procesales (interposición de la demanda, de recursos, oposición a la ejecución...), teniendo en cuenta también una serie de exenciones objetivas (en procesos de capacidad, filiación, menores, determinados procesos matrimoniales y para la protección de derechos fundamentales y libertades públicas, petición inicial del procedimiento monitorio y la demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad cuando la cuantía de las mismas no supere dos mil euros...).
- Los sujetos pasivos, que se amplían, alcanzando no solo a las personas jurídicas, sino también las físicas, aunque se prevé la exención subjetiva de aquellos a los que se reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al Ministerio Fiscal o a las Administraciones Públicas. También existe una exención del 60 por ciento en el orden social (trabajadores al interponer los recursos de suplicación y casación) y en el orden contencioso-administrativo (funcionarios en defensa de sus derechos estatutarios al interponer los recursos de apelación y casación).
- El devengo de la tasa, es decir, cuándo se paga, lo que determina la Ley con profusión.
- La base imponible de la tasa, que coincide con la cuantía del procedimiento o recurso, y si es indeterminada o imposible de determinar se valorará en dieciocho mil euros, regulándose también supuestos de acumulación.
- También se regula la tasa por el alta y la modificación de fichas toxicológicas en el registro de productos químicos del Servicio de Información Toxicológica y Ciencias Forenses.
- Y el legislador también aprovecha esta Ley, en su disposición final cuarta, para permitir la adaptación de la minoración de una paga extraordinaria a la realidad de las carreras judicial y fiscal y de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, para equipararlos al resto de funcionarios públicos.

Por último, queda mencionar que no se ha esperado mucho para ver que la Ley 10/2012 ya ha sido modificada, por el recientísimo Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, con la idea de evitar en determinados casos que la tasa resulte excesiva y para coordinar el contenido de esta Ley con el anteproyecto de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE n.º 312, de 28-XII-2012]

Eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia

Entre las medidas legislativas que la gravísima situación económica en la que se encuentra España ha provocado, debemos señalar esta Ley Orgánica 8/2012, que desde el propio título se refiere a la «eficiencia presupuestaria». Objetivo que puede resultar razonable si se acomete por las vías adecuadas y respetuosas de los derechos fundamentales y las garantías básicas del propio ordenamiento, además de ponerse los medios adecuados para la consecución del objetivo que el legislador se propone.

Pero ya desde el primer párrafo es de lamentar lo que podría considerarse una crasa confusión –si optáramos por la vía de la ingenuidad y nos olvidáramos de los reiterados intentos de colonización de la administración de la justicia por las cúpulas de los partidos políticos mayoritarios, más incluso que por el poder ejecutivo como tal–. Estamos hablando de palabras mayores en democracia, es evidente: del control del cumplimiento de la ley por órganos que gocen realmente de la garantía de la independencia. No es tolerable que en el frontispicio nada menos que de una Ley Orgánica aparezca la referencia a la necesidad imprescindible de «garantizar la prestación de los *servicios públicos esenciales* mediante la adopción de medidas que mejoren la *eficiencia de todas las Administraciones Públicas, incluyendo la Administración de Justicia*».

Esto es lo que ocurre cuando se es poco crítico con la utilización del lenguaje, que sin duda no es inocente. Llevamos ya numerosos lustros permitiendo la anómala utilización de una expresión tan arraigada en el Derecho administrativo como la de «servicio público» para referirnos a la satisfacción de un derecho fundamental como la tutela judicial efectiva, que un día teníamos que acabar ya confundiendo expresamente la «Administración de Justicia» con «el resto de Administraciones Públicas». Si me apuran hasta el lenguaje lo propicia. Pero como ya aprendimos de los clásicos, ni la Jurisdicción debe ser Administración, ni es equiparable la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado con la del servicio de correos o la de gestionar escuelas públicas para nuestros hijos. Tan respetables estas últimas como la primera, pero situadas en nuestra Constitución en un contexto bien diverso.

No hay más que ver el índice de nuestra Ley Fundamental para tener claro que el llamado «Poder Judicial» se sitúa en un título distinto al «Gobierno y la Administración». No puede permitirse que el uso tradicional de la expresión «Administración de Justicia» lleve a nuestro Parlamento a confundirla con las «Administraciones Públicas». Nos duele tener que constatar estos errores garrafales de nuestro legislador.

Sí es loable, en cambio, el objetivo de fondo de la Ley que se centra en una mayor profesionalización de la justicia, eliminando en gran medida las figuras variadas de juristas interinos que, sin haber pasado los trámites legales de acceso a la carrera judicial, y por tanto sin haber entrado en el Cuerpo único de Jueces y Magistrados, eran los que en gran proporción administraban justicia y se dedicaban, ni más ni menos, que al relevante ejercicio de una potestad constitucional, que es la que conocemos como Jurisdicción. Se trata, pues, de corregir en gran medida una larga anomalía.

Se trata de una Ley que situaríamos en el Derecho procesal orgánico, pues justamente en su artículo único modifica o añade disposiciones a la Ley que constitucionalmente cumple el

papel de determinar la «constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de Carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia» (artículo 122.1 CE).

La cobertura de ausencias, vacancias o de las necesidades de refuerzo tanto en órganos colegiados como en órganos unipersonales, que se lleva a cabo respectivamente a través de los magistrados suplentes y de los jueces sustitutos, pretende realizarse ahora a través de un sistema en el que tengan preferencia los propios Jueces de carrera, arbitrando vías para garantizar la necesaria previsibilidad, pues de lo contrario podrían suponer vulneraciones del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley. Los magistrados suplentes van a ser subsidiarios en este sistema. También para los órganos unipersonales se estimulan las sustituciones entre profesionales. Asimismo los refuerzos judiciales serán realizados preferentemente por jueces y magistrados de carrera.

Se ajusta a la realidad la nueva denominación de «jueces en expectativa de destino» para aquellos que hayan superado las pruebas de acceso a la carrera, pero no han podido ser nombrados jueces titulares por la falta de plazas vacantes. Asimismo se fortalece la figura del «Juez de adscripción territorial», dándole flexibilidad para suplir vacantes o prestar labores de apoyo en procesos especialmente complejos que en la práctica abundan cada vez más. En este sentido, aunque con una pretensión de aplicación más cotidiana, se prevé también la posible ampliación de magistrados en las secciones de las Audiencias Provinciales.

Es destacable, también, la precisión de las etapas de que consta el curso de selección que se desarrolla en la Escuela Judicial, condicionando el acceso a la siguiente a la superación de la anterior y fomentando que en la última de ellas se cumplan también funciones de sustitución y de refuerzo, lo cual efectivamente, como ya señala el propio Preámbulo de la Ley, posibilita una integración paulatina en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Son numerosas las disposiciones que afectan al estatuto jurídico de los jueces y magistrados, en cuanto a los derechos, permisos y licencias, en sentido restrictivo y limitador como ha ocurrido con la generalidad de funcionarios públicos.

Finalmente, se sigue la mala costumbre de aprovechar la tramitación parlamentaria de una Ley Orgánica para introducir disposiciones adicionales que requieren de ese rango normativo. Así, especialmente, debe citarse la modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que introduce normas de competencia respecto al Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional, al que se atribuye el conocimiento de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, así como los delitos cometidos por menores en el extranjero, para llenar una llamativa laguna de nuestro sistema procesal.

LORENZO M. BUJOSA VADELL
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Ley 3/2012, de 6 de julio de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral [BOE n.º 162, de 7-VII-2012]

Reforma Laboral

Nuevamente, y en poco más de dos años, asistimos a la tercera reforma en materia laboral que tiene lugar en España, en esta ocasión con una mayor profundidad, afectando tanto a las instituciones jurídicas más destacables del modelo de relaciones laborales como a la propia filosofía sobre la que se cimenta su funcionamiento. A tres años y medio del comienzo «oficial» de la crisis económica, el legislador es consciente de la ineficacia de medidas anteriores, parciales y dirigidas únicamente a resolver problemas coyunturales, que no han conseguido frenar la destrucción de empleo ni afrontar la renovación de algunas figuras jurídicas que requerían un replanteamiento serio y meditado. Probablemente, este último objetivo no se haya logrado con la [Ley 3/2012 6 de julio de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#) (en adelante, LMRL), puesto que las circunstancias actuales requieren la adopción de decisiones inmediatas, sin demora y, por desgracia, carentes en algunos aspectos de la suficiente reflexión.

Varias son las preocupaciones que confluyen en el momento presente en nuestro país: una alta tasa de desempleo (25% cuando se elabora el [RD Ley 3/2012 10 de febrero](#) [BOE n.º 36 de 11-II-2012], transmutado luego como proyecto de ley que precedió a la LMRL, y que en la actualidad se sitúa en torno al 26%) y las consecuencias que de aquí se derivan: desempleo de larga duración para los trabajadores adultos y graves dificultades de acceder al mercado de trabajo para los jóvenes (con tasas de desempleo que superan con creces el 50% de la población juvenil), todo ello en un contexto de crisis estructural que hacía imprescindible una reforma de envergadura, como indica la Exposición de Motivos de la Ley. Como objetivos primordiales a lograr tras la aplicación de esta reforma se citan expresamente la creación de condiciones (podríamos hablar también de estímulos) para que la economía pueda volver a crear empleo y si es posible, además, de calidad, así como, en segundo lugar, intentar conciliar la garantía de flexibilidad de los empresarios a la hora de gestionar los recursos humanos con la seguridad de los trabajadores en el empleo, obteniendo óptimos niveles de protección social. Es decir, se retoma de nuevo la idea, nunca abandonada del todo, de flexiseguridad, combinando intereses contrapuestos pero que deben coincidir en algunos puntos en común.

Las medidas que recoge la LMRL persiguen simultáneamente cuatro finalidades, si bien los medios para lograrlas no se sitúan en el mismo plano de accesibilidad. Serían, en concreto, aquellas que pretenden favorecer la empleabilidad de los trabajadores; fomentar la contratación indefinida y otras medidas (de carácter, por tanto, no permanente o temporal) para favorecer la creación de empleo; favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (en una imagen muy gráfica que denota una opción entre dos realidades que no siempre se compadecen bien con los intereses de los trabajadores), y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, como línea de continuidad con el contenido de disposiciones anteriores que ya contemplaban entre sus prioridades eliminar las distancias entre trabajo indefinido y temporal.

No es ésta una buena sistemática, sobre todo a nivel interno cuando se trata de desarrollar las medidas específicas que se incardinan en cada uno de los cuatro bloques descritos. En el intento de ofrecer una mayor claridad expositiva acerca de las intervenciones legislativas que se

proponen por parte de la Ley, incurre en una mezcolanza de propuestas, objetivos y actuaciones no siempre de inminente puesta en marcha, ya que se difiere su ejecución a un futuro estudio por parte del Gobierno sobre su conveniencia, eficacia y oportunidad.

a) Mejoras en la empleabilidad de los trabajadores

El convencimiento de que los Servicios Públicos de Empleo, de larga trayectoria histórica en España pero de escasa operatividad como instrumento de colocación, han fracasado ha forzado al legislador a volver sus ojos hacia unas entidades que bien pudieran asumir igualmente estas funciones, como son las empresas de trabajo temporal (ETT). Tras ensayar diferentes opciones, y utilizando como modelo la experiencia comparada de otros Estados de la Unión Europea en donde se han observado excelentes resultados, las ETT pasan a adquirir una segunda competencia, cual es la de operar como agencias privadas de colocación, nunca de forma obligatoria y dejándolo a su criterio, siendo tal servicio totalmente gratuito para el trabajador.

La formación profesional se erige, asimismo, como uno de los pilares esenciales para mejorar la ocupabilidad del trabajador. El artículo 2 LMRL en un único precepto reconoce el derecho a la promoción y formación profesional, incluida la adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo y al disfrute de planes y acciones formativas dirigidos a mejorar la empleabilidad. A continuación, se realiza de nuevo una revisión del contrato para la formación y el aprendizaje, con aparentes retoques superficiales pero que encierran una ampliación de su ámbito subjetivo: no se limita en exclusiva a los jóvenes entre 16 y 25 años (en realidad, hasta los 30, en tanto no disminuya la tasa de desempleo en España por debajo del 15%, tal y como previene la D.T. 9.^a), sino que incluye, aparte de a discapacitados, a colectivos en situación de exclusión social contratados por empresas de inserción. Se trata, en consecuencia, de no limitar solamente las perspectivas de formación a la población juvenil, y de extenderla a aquellos otros supuestos que, por diferentes causas, carecen de la cualificación necesaria para desempeñar un puesto de trabajo.

Por último, y en el propio artículo 2, todos los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tendrán derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación, que podrán acumularse en períodos de tres años. En principio, esta garantía quedaría también prevista para los trabajadores temporales que lleven más de un año en la empresa, que no podrían acumular en ese plazo de tres años si la duración de su contrato es inferior; por el contrario, los trabajadores indefinidos que aún no acrediten un año de antigüedad y, sobre todo, los trabajadores con contratos temporales de escasa duración se verían excluidos del disfrute de este derecho y, en consecuencia, esta medida de mejora de la empleabilidad vinculada al puesto de trabajo desempeñado abriría aún más la brecha entre trabajadores indefinidos y temporales.

b) El fomento de la contratación indefinida

En las tres últimas décadas no ha sido extraño que junto a la remodelación de algunas de las fórmulas contractuales ya conocidas se articule una nueva modalidad ex novo que intenta presentarse como el contrato estrella de cada reforma laboral emprendida. Tal sucede con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, utilizable por más del 90% de las empresas españolas, ya que uno de los requisitos es no rebasar el número de cincuenta trabajadores. Es, desde luego, un contrato indefinido pero encubre una temporalidad cuya superación queda en exclusiva en manos de la empresa: se plantea un período de prueba de un año «en todo caso», cuya interpretación va más por el lado de que su duración no se podrá rebajar bajo ninguna circunstancia y no tanto en la propia obligatoriedad de tener que pactarlo de modo necesario,

lo que podrá ser obviado por la empresa si así lo decidiera, pero que eliminaría entonces la cláusula de salvaguarda con la que el contrato ha nacido y que prolonga a lo largo de todo ese año la posibilidad de prescindir de los servicios del trabajador sin que tal decisión constituya despido.

Como incentivos adicionales para extender la utilización de este contrato se encuentra un listado de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social y, sobre todo, como efecto beneficioso para los trabajadores, que puedan compatibilizar su salario con el mantenimiento del 25% de la prestación contributiva por desempleo pendiente de recibir en ese momento, es decir, que durante un cierto tiempo se admite, como excepción a lo que tradicionalmente ha venido siendo una regla general la percepción simultánea del salario derivado del trabajo a tiempo completo con lo que sería una prestación que en cualquier otro supuesto estaría llamada a extinguirse (recordemos que es éste un contrato indefinido) pero que por razones de oportunidad política permite reducir $\frac{3}{4}$ partes de esa prestación e irla combinando hasta su agotamiento final.

c) Flexibilidad interna en las empresas versus destrucción de empleo

Como mecanismo de evitar la extinción contractual sistemática en las empresas, se ha optado por fomentar la libre decisión empresarial, el *ius variandi* del empresario. Así, para favorecer una mayor movilidad entre puestos de trabajo, desaparece el concepto más reducido de categoría profesional en beneficio de una consideración amplia del grupo profesional, pudiendo acordar con el trabajador la realización de todas las funciones correspondientes a su grupo, de solo alguna o bien, a través de un pacto de polivalencia funcional, de funciones propias de más de un grupo. A partir de ahí, la LMRL desglosa toda una variedad de medidas que, en virtud de su poder organizativo y de dirección, el empresario asume: distribución irregular de la jornada a lo largo del año, pactándose tal extremo; cambios en la movilidad funcional y geográfica, donde la intervención empresarial adquiere un predominio absoluto ante la ausencia de previo acuerdo en período de consultas; modificación sustancial de condiciones de trabajo, que pueden ser alteradas por la empresa incluso si habían sido pactadas en acuerdos o pactos colectivos o en una previa decisión unilateral empresarial de efectos colectivos; la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor también queda finalmente sometida a lo que el empresario decida y, lo que resulta más importante de todo el reforzamiento de los poderes empresariales, es que la negociación colectiva como instrumento de acercamiento de posturas enfrentadas, soporte de la paz social y garantía de cumplimiento de los derechos que en el convenio colectivo se hayan incorporado se desmorona ante una constatación de causas de esta índole que podrán dar lugar a su inaplicación, contando bien con el acuerdo de los representantes de los trabajadores tras el preceptivo período de consultas o bien, a falta de consenso, dando opción a que la controversia se resuelva con la intervención de otros sujetos.

En este ámbito se da también prioridad aplicativa al convenio de empresa, más cercano a la problemática cotidiana de cada entidad productiva, respecto al convenio sectorial en ciertas condiciones de trabajo. Tales convenios podrán negociarse en cualquier momento de la vigencia de otros convenios de ámbito superior, lo que significa que vendrían a sustituir su contenido en las materias que el artículo 14 relaciona al modificar la redacción del artículo 84.2 ET.

d) Eficiencia del mercado de trabajo y reducción de la dualidad laboral

La prohibición de encadenamiento de contratos temporales que comenzó su andadura en 2006 volverá a partir de la LMRL a garantizar su aplicabilidad, si bien del 31 de agosto de 2011

al 31 de diciembre de 2012 se establece un período en blanco, no computable, siendo objeto de contabilización aquellos contratos de naturaleza temporal cuya ejecución hubiera tenido lugar antes y a partir de esas fechas, con una duración de 24 meses en un lapso de referencia de 30.

El despido colectivo se considera asimismo por la LMRL una medida para lograr la eficiencia del mercado, puesto que la revisión de su régimen jurídico así parece indicarlo, siendo más sencillo para el empresario alegar causas económicas ante unas previsibles pérdidas actuales o previstas, o una disminución persistente (tres trimestre consecutivos) en su nivel de ingresos o ventas.

Por su parte, el despido objetivo merece también atención por parte del legislador, que trata de adaptar al trabajador a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo antes de decidir la extinción contractual, siendo considerado ese período de formación como tiempo de trabajo efectivo.

El cambio que más críticas ha generado ha sido la generalización de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio cuando el despido sea declarado improcedente, pudiendo optar el empresario entre ésta o la readmisión, en cuyo caso el trabajador tendría derecho a los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia declarando la improcedencia (o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si esta circunstancia se produce con anterioridad).

En definitiva, nos encontramos ante un cúmulo de medidas de resultado incierto. El interés desmedido y comprensible por evitar la destrucción de empleo ofrece como alternativa un desequilibrio en la relación ya de por sí desigual entre trabajador y empresario. Siendo ésta una de las reformas más profundas operadas en el marco laboral, probablemente tendrá que ser revisada en breve para corregir desajustes que no fueron percibidos en el momento de su elaboración.

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca*

[Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social \[BOE n.º 311, de 27-XII-2012\]](#)

Lucha contra el empleo irregular y fraude a la Seguridad Social

En el marco de las sucesivas reformas estructurales que se han ido aprobando en los últimos años se inscribe el Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el período 2012-2013, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012. Junto a la articulación de un elenco de medidas de carácter organizativo y administrativo, su desarrollo legislativo se efectúa finalmente a través de la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre) para atajar el fraude fiscal y a la Seguridad Social y, asimismo, mediante la aprobación de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre.

Son varias las razones que permiten explicar la adopción de modificaciones e instrumentos correctores de las distintas normas legales que se han visto afectadas por la norma que en estas páginas se comenta. No son precisamente nuevas las conductas fraudulentas en el ámbito del empleo y de la Seguridad Social, sin duda favorecidas por la disposición de un régimen un tanto obsoleto de responsabilidades penales, administrativas y laborales frente a actuaciones indebidas en este campo. Es insistente desde hace algunos años la demanda de mayor eficacia que

ha de presidir la regulación sancionadora en el orden social y la intervención de la Inspección de Trabajo. Pero es en estos momentos, ante la preocupante coyuntura económica que nos asola, cuando la labor del legislador se desenvuelve al dictado de las exigencias de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, cuando de forma más acuciante se han dispuesto ciertos medios para intensificar el control y atajar con mayor dureza las actuaciones incumplidoras de las obligaciones previstas en el ámbito sociolaboral.

La propia Exposición de Motivos no pierde la oportunidad de señalar que tales conductas, «profundamente injustas e insolidarias», avivan la segmentación del mercado de trabajo y comportan un importante perjuicio para los derechos de los trabajadores afectados, pero también para el conjunto de la sociedad. Son evidentes las repercusiones que el empleo sumergido y las actuaciones irregulares provocan en autónomos y empresas que sufren una competencia desleal al cumplir fielmente con sus deberes y, a su vez, su pernicioso impacto sobre los ingresos del sistema de la Seguridad Social, ya de por sí maltrechos a raíz de la caída de las cotizaciones y el aumento de la partida destinada a pensiones y prestaciones por desempleo.

Estructurada en cinco artículos, la Ley introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET), la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) y, como era de prever, cambios de mayor significación en la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo (LIT), pues es a este servicio público, encargado de vigilar el cumplimiento de las normas laborales, al que se le otorga un especial protagonismo en orden a la consecución de los objetivos marcados: detectar y corregir los supuestos de empleo irregular y fraude, así como exigir las responsabilidades correspondientes.

Entre las medidas adoptadas, se refuerza la exigencia de responsabilidad al empresario principal en los supuestos de subcontratación empresarial. Tras la reforma, éste responderá solidariamente de las obligaciones en materia de Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas, no ya durante un año, sino durante los tres años que prosiguen a la finalización del encargo. Con todo, esta garantía no se aplica en el caso de las deudas de naturaleza salarial, manteniéndose en este supuesto el plazo de un año. Paralelamente, aunque queda pendiente de desarrollo reglamentario, la Ley anuncia la creación de un sistema de consulta telemática sobre el cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social, cuyo objeto será el de facilitar a las empresas principales el acceso a dicha información relativa a los contratistas y subcontratistas.

Además, se impide ahora que la conformidad al acta de infracción y liquidación expedida por la Inspección de Trabajo ante una deuda por cuotas no ingresadas a la Seguridad Social pueda suponer una reducción automática del 50% de la sanción que corresponda. En aras del respeto al principio de proporcionalidad, dicha reducción únicamente será aplicable cuando la cuantía de la liquidación supere a la cuantía de la sanción propuesta inicialmente. Se trata de que la consecuencia pecuniaria ligada a la comisión de infracciones no comporte, en términos reales, mayor rentabilidad que el cumplimiento de las normas desatendidas.

Para garantizar un mayor control, en situaciones de suspensión del contrato y de reducción de jornada –en ambos casos por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivadas de fuerza mayor–, el empresario estará obligado a comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, antes de que se produzcan, las alteraciones en el calendario o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados. Téngase en cuenta que la inobservancia de dicha imposición constituye una infracción grave, previsión complementaria a la calificación como muy grave de la conducta empresarial que da ocupación al trabajador en el período afectado por la reducción de jornada o la suspensión de su contrato.

Por otra parte, con el claro propósito de fortalecer su importante labor fiscalizadora, la norma impone una mayor colaboración con la Inspección de Trabajo por parte de las Administraciones

Públicas, el Consejo General del Notariado y las mutualidades de previsión social. A su vez, la Inspección podrá acceder a toda la información de libros, registros o documentos que las empresas conserven en formato electrónico para justificar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones. Los datos que de este modo se obtengan, almacenados en soporte informático, tratable, legible y compatible con los de uso generalizado, permitirán a la Inspección cotejar dicha información con la que obra en poder del resto de organismos públicos. Por último, en relación a la reforma de la LIT, se amplía el plazo de duración de las actuaciones inspectoras en supuestos que revistan una especial dificultad y complejidad (ya sean debidas al volumen de operaciones, a la dispersión geográfica de las actividades, o cuando así lo determine una norma reglamentaria).

La reforma también incide sobre determinados tipos infractores en materia de Seguridad Social y sobre los criterios de graduación de sanciones. Precisamente, la realización de ciertos ajustes en la LISOS –y en el correspondiente Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social– pretende combatir las contrataciones ficticias, la obtención y disfrute fraudulento de prestaciones, así como la aplicación indebida de bonificaciones o reducciones de cotizaciones empresariales. Entre otras medidas, se procede a tipificar ciertas conductas consideradas ahora actuaciones infractoras (como la comunicación fuera de plazo de los datos, certificados y declaraciones que las empresas deben proporcionar a las entidades oportunas) y se incrementa la cuantía de las sanciones ante situaciones de economía irregular que afecten a un grupo de trabajadores.

Finalmente, la Ley 13/2012 incluye en sus Disposiciones finales una batería de medidas entre las que cabe destacar: a) la recuperación para las empresas de inserción y personas con discapacidad de ciertas bonificaciones eliminadas por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; b) la creación, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, de una Unidad especial de colaboración y apoyo a los Juzgados y Tribunales y a la Fiscalía General del Estado, dependiente orgánica y funcionalmente de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo.

El Gobierno deberá evaluar anualmente, presentando al Congreso de los Diputados los resultados de dicha estimación, la eficacia y eficiencia del conjunto de medidas, planes e instrumentos articulados para atajar el empleo irregular y el fraude. Esta tarea, precedida de la consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más significativas, permitirá enmendar los fallos y diseñar nuevas actuaciones más convenientes para el alcance de los objetivos perseguidos.

ROSA M.^a MORATO GARCÍA
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca*

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —
(JULIO-DICIEMBRE 2012)

Coordinadora:

Antonia DURÁN AYAGO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Colaboran en la coordinación:

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mario HERNÁNDEZ RAMOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL

Pilar MAESTRE CASAS
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. USAL

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

Lourdes RUANO ESPINA
Catedrática de Derecho de Eclesiástico del Estado

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular de E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

Juan SANTOS VARA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL

Estrella TORAL LARA
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL

ADMINISTRATIVO

- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª\), de 13 de julio de 2012](#) – Medio ambiente, por MANUELA MORA RUIZ
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª\), de 27 de noviembre de 2012](#) – Asignación de canales en la Televisión Digital Terrestre, por MARCOS M. FERNANDO PABLO
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª\), de 20 de diciembre de la Sala de lo Contencioso](#) – Principio de autonomía local en urbanismo, por JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

CIVIL

- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), n.º 403/2012 de 3 de julio](#) – Derecho al honor: intromisión ilegítima. Falta de veracidad de la información, por NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), n.º 419/2012 de 4 de julio](#) – Derecho al honor de las personas jurídicas: intromisión ilegítima. Información no veraz que daña el prestigio de una fundación, por NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

CONSTITUCIONAL

- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 138/2012, de 20 de junio](#) – Caso Sortu y la relegalización de Batasuna, por MERCEDES IGLESIAS BÁREZ
- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 198/2012, de 6 de noviembre](#) – Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: artículo 32 CE, por MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 241/2012, de 17 de diciembre](#) – Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. Instalación y uso indebido de un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido: artículo 18.1 y 3 CE, por MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 210/2012, de 14 de enero](#), por la que se declara constitucional la Ley de la Asamblea de Extremadura, 14/2001, de 29 de noviembre de 2001, del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, por MARCOS IGLESIAS CARIDAD
- [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-VII-2012, asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11, Vodafone España, S.A./Ayuntamiento de Santa Amalia y Ayuntamiento de Tudela y France Telecom España, S.A./Ayuntamiento de Torremayor](#) – Redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Cánones por derechos de uso y derechos de instalación de recursos, por María Ángeles Guervós Maíllo
- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 161/2012, de 20 de septiembre](#) – Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, por ISABEL GIL RODRÍGUEZ

INTERNACIONAL PRIVADO

- [Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 998/2011, de 19 de junio de 2012](#) – Eficacia registral de escritura pública otorgada por notario extranjero. Validez del título conforme a normas de Derecho Internacional Privado, por PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
- [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6-IX-2012, asunto C-619/10, Trade Agency Ltd](#) – Comprobación de la rebeldía forzosa y falta de motivación de la resolución por autoridad judicial del Estado requerido: artículo 34.1 y 2 Reglamento (CE) 44/2001, por ANTONIA DURÁN AYAGO

INTERNACIONAL PÚBLICO

- [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16-X-2012, asunto C-364/10, Hungría c. Eslovaquia](#) – Prohibición de entrada en Eslovaquia al Presidente de Hungría, por SOLEDAD RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO
- [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19-XII-2012, asunto C-364/11, El Karem El Kott y otros c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal](#) – Estatuto de palestinos, por SOLEDAD RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEO

MERCANTIL

- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), 417/2012, de 3 de julio](#), por JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), 434/2012, de 9 de julio de 2012](#) – Aprobación en Junta General de las cuentas anuales de las sociedades anónimas, por LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Civil, Sección 1.ª\), 561/2012, de 27 de septiembre de 2012](#) – Doble protección del diseño industrial: propiedad industrial y propiedad intelectual, por JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS

PENAL

- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Penal, Sección 1.ª\), 731/2012, de 25 de septiembre](#) – Delito electoral, por DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Penal, Sección 1.ª\), 693/2012, de 19 de septiembre de 2012](#) – Latin King como asociación ilícita, por LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Penal, Sección 1.ª\), 544/2012, de 2 de julio](#) – Delimitación entre los delitos de asociación ilícita y participación en organización criminal, por CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ

PROCESAL

- [Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 218/2012, de 26 de noviembre](#) – Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso), por FEDERICO BUENO DE MATA
- [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, 716/2012, de 27 de noviembre](#) – Potenciación de la mediación por los profesionales jurídicos, por FEDERICO BUENO DE MATA

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Social, Sección 1.ª\), de 20 de julio de 2012](#) – Extinción del contrato por voluntad del trabajador, por MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
- [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Social, Sección 1.ª\), de 12 de julio de 2012](#) – Desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba, por MARÍA ASCENSIÓN GARCÍA TRASCASAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª), de 13 de julio de 2012 (ROJ STS 5214/2012)

Medio Ambiente

La Sentencia que comentamos resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de las Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, de 1 de abril de 2009, dictada con motivo de la resolución del recurso contencioso-administrativo presentado contra el Acuerdo adoptado por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, en cuya virtud se aprobó definitivamente el Plan Director de la Reserva Natural Integral de los Islotes (Lanzarote).

La Sala de instancia desestimó el recurso presentado por particular contra el Plan Director, atendiendo a dos cuestiones fundamentales: por un lado, la recurrente pedía la nulidad del Plan por considerar que se había causado indefensión en el trámite de información pública en el curso del procedimiento de aprobación de dicho Plan, ya que la dependencia administrativa en la que se exponía dicho documento no estaba accesible los sábados, pese a la articulación de un plazo de un mes para la realización de la información pública. La Sala entendió a este respecto que no se había producido tal indefensión, en la medida en que la Administración competente había garantizado suficientemente la exhibición del expediente y, por extensión, la participación de los ciudadanos (F.J.1). Por otro lado, la recurrente alegaba que el Plan le privaba de su derecho de propiedad, sin identificar los usos que, efectivamente, se hubieran visto suprimidos por el mismo. Desde esta perspectiva, la Sala, considerando Jurisprudencia específica del Tribunal Supremo (S. 27 de abril de 2005) y la STC de 26 de marzo de 1987, entiende que, en efecto, no es posible la limitación de usos que hagan impracticables el derecho de propiedad sin indemnización, pero afirma que ello no puede apreciarse en el caso de la recurrente, porque no se especifican qué facultades han sido sustraídas con ocasión del Plan (F.J. *in fine*).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Canarias es objeto de recurso de casación por la recurrente, en virtud del artículo 88.1.d) Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alegando, por una parte, la vulneración de los artículos 128.3 del Reglamento de Planeamiento y 48.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y, por otra, la lesión de los artículos 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, 33.1 y 33.2 CE y 43 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones (F.J. 2). En ambos casos, el Tribunal Supremo desestima el recurso:

Respecto del primer grupo de artículos considerados, la recurrente vuelve a plantear la indefensión causada en el trámite de información pública, en los términos expuestos. A juicio del Tribunal, la falta de apertura de la dependencia administrativa no puede percibirse como una situación que provoque «indefensión real y efectiva», ya que la Administración «puso a disposición de los interesados el expediente para su examen a lo largo del plazo establecido en la norma y facilitó los medios adecuados para que los ciudadanos pudieran acceder a la documentación sin limitaciones de tal entidad que pudieran dejarles en situación real de indefensión» (F.J. 4).

En relación con el segundo bloque de normas examinadas por el Tribunal Supremo en la casación, resulta interesante la argumentación empleada para poner de manifiesto que, a la postre, las limitaciones o, en su caso, supresión de facultades derivadas de la propiedad

privada deben conectarse al sistema de protección ambiental previsto para un espacio que, desde 1986, y por decisión del Gobierno autonómico, ha sido considerado como espacio protegido, en las categorías previstas en la legislación sectorial aplicable y, finalmente, ha sido declarado Reserva Natural Integral (Fs. Js 5 y 6). A juicio del Tribunal, las restricciones a la propiedad privada por efecto de la declaración de un espacio como protegido y el establecimiento de limitaciones en los instrumentos de planificación del espacio que procedan deben originar las correspondientes indemnizaciones si se producen restricciones singulares del derecho de propiedad por razones de utilidad pública (F.J. 8). El matiz en el supuesto de hecho estriba en que las pretendidas restricciones a la propiedad de la recurrente no son consecuencia del Plan objeto de impugnación en el recurso contencioso inicial, sino del régimen jurídico del espacio creado con anterioridad por Planes de mayor rango, sin que ello hubiera sido puesto en cuestión. En este sentido, el Tribunal destaca que la protección del Islote creada por el Plan impugnado es «la culminación de la acción protectora continuada, plasmada en distintas normas y planes sucedidos a lo largo de los años precedentes» (F.J. 6).

La Sentencia que acabamos de exponer resulta interesante desde la perspectiva del Derecho Administrativo ambiental por poner el acento en dos aspectos esenciales de este Ordenamiento, a saber: la participación de los ciudadanos en los asuntos de carácter ambiental, como la aprobación del Plan impugnado; y la especialidad de la legislación protectora de los espacios naturales, especialmente en lo que respecta a la limitación de derechos relativos a los terrenos integrantes del espacio.

La primera de las cuestiones a las que nos hemos referido nos sitúa en un elemento de carácter general para el Derecho Administrativo Ambiental, cual es el reconocimiento del derecho de participación de los ciudadanos en la aprobación de Planes de relevancia ambiental y en el establecimiento de condiciones para el ejercicio de tal derecho. A nuestro juicio, la Sentencia de instancia, y, por extensión, la del Tribunal Supremo podrían haber insistido en la relevancia de este derecho y en la delimitación legal del mismo en nuestro Ordenamiento desde la aprobación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información ambiental, participación y acceso a la justicia, puesto que el artículo 3.2 de esta norma precisa, así, que el derecho de participación pública supone, en primer lugar, «participar de manera efectiva y real en la elaboración, modificación y revisión de aquellos planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente incluidos en el ámbito de la Ley», y, en segundo término, «acceder con antelación suficiente a la información relevante relativa a estos planes, pudiendo realizar alegaciones y observaciones». En otros términos, lo que queremos significar es que la información pública se convierte en una pieza clave en la aprobación de planes con repercusión en el medio ambiente, y, en consecuencia, a las garantías de una participación real y efectiva que han sido valoradas en la Sentencia debería sumarse la finalidad del trámite cuando se desenvuelve en el ámbito de la protección del medio ambiente, para valorar la validez de dicho trámite, puesto que ello añade una cierta cualificación a una información pública que ha de orientarse hacia la tutela de este bien jurídico.

En segundo término, la Sentencia pone el acento en el modo en que las normas ambientales de carácter sectorial proceden a la protección de los espacios naturales, en el sentido de configurar un sistema normativo, en el que unas normas concretan a las anteriores progresivamente, no en el objetivo de protección del espacio, sino en las fórmulas específicas de protección. Desde esta perspectiva, y este es uno de los aspectos destacables de la Sentencia la planificación que se efectúa a través del Plan Director impugnado no puede considerarse de forma aislada, sino en el conjunto de planes que se han aprobado para la tutela del espacio en cuestión.

Además, la protección de los espacios naturales se presenta como una cuestión compleja, que no tiene una única solución, cuando los instrumentos de protección se contraponen a los derechos de propiedad, tal y como demuestra el supuesto de hecho.

MANUELA MORA RUIZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 27 de noviembre de 2012 (ROJ STS 8036/2012)

Asignación de canales - Televisión Digital Terrestre

El asentamiento de la televisión digital en España no ha sido brillante en términos de rapidez, cobertura, ni pacífico, en términos de litigiosidad. La conflictividad arranca de una previa situación, poco clara, en la que la «provisionalidad» del derecho que amparaba ciertas emisiones era la nota dominante. A todo ello se sumó la aprobación de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual, de 31 de marzo, que pretendía ordenar el sector sobre principios liberales (sustituyendo la anterior concesión para operar canales de televisión por una licencia que habría de obtenerse por concurso), no sin antes haber introducido nuevas cadenas (Cuatro y la Sexta) a *conveniencia de príncipes*.

La previa STS de igual Sala de 2 de junio de 2009 había ratificado la legalidad del RD 944/2005, que, juntamente con el RD 365/2010, constituían el marco del proceso de transición hacia la televisión digital tras el cese de las emisiones analógicas. El primero de tales Reales Decretos establecía la asignación, por el Consejo de Ministros, de un múltiple digital (cuatro canales) a cada uno de los concesionarios previos, ampliando así el contenido del título habilitante inicial.

En este marco, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 *asigna un múltiple digital* de cobertura estatal a sociedades concesionarias que han devenido en sociedades licenciatarias de canales de televisión, por obra de la Ley 7/2010. Antes de dicho acuerdo, las ahora licenciatarias disponían de 7 canales; tras el acuerdo pasaron a disponer de 24 canales, agotando así las provisiones del Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal, para la cobertura estatal.

Con ello, la declaración del artículo 22.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (con vigencia desde el 1 de mayo) de que las licencias para operar un canal debían obtenerse mediante concurso quedaba *en el aire*.

Una sociedad del sector, interesada en constituirse en licenciataria de un canal de la nueva TDT, insatisfecha con tal resultado, impugna el citado Acuerdo del Consejo de Ministros.

Entre los argumentos del recurrente, destaca la cita de la STJUE de 31 de enero de 2008, *Centro Europeo 7 Srl*, C-380/05, decisiva, en el fondo, aunque la Sala no lo reconozca expresamente. La problemática de las intervenciones sucesivas llevadas a cabo por el Legislador nacional, reservando licencias en favor de los operadores establecidos, que impedían la incorporación de nuevos licenciatarios por agotamiento del espectro disponible, abordada en aquella sentencia, fue después objeto de consideración del TEDH, terminando el Consejo de Estado italiano por reconocer al recurrente una indemnización de diez millones de euros. En nuestra monografía *Régimen jurídico del dominio público radioeléctrico* (Granada: Comares, 2010) anticipábamos la importancia del fallo.

Tras recordar la anterior sentencia de la propia Sala sobre el Real Decreto 944/2005, la Sala falla aplicando, estrictamente, el principio de sucesión normativa:

«... el Acuerdo impugnado, cuyo objeto es precisamente la asignación a las antiguas concesionarias (ahora ya licenciatarias por aplicación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual) del múltiple digital previsto en los dos Reales Decretos, constituye, en puridad, un acto de aplicación de los mismos. Con posterioridad entra en vigor la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo, publicada el 1 de abril y cuya entrada en vigor se produce un mes después –disposición final octava–, esto es, el 1 de mayo).

En consecuencia y como es evidente, la Ley deroga todas las normas de igual o inferior rango anteriores a su entrada en vigor que se opongan a ella y su cláusula derogatoria, aparte de mencionar su carácter general, enumera explícitamente una serie de normas que quedan derogadas, aunque se limita a las de rango legal... Pues bien, la Ley General de la Comunicación Audiovisual supone, como argumenta la actora, una importante transformación del panorama audiovisual en un sentido liberalizador, pasando de un sistema concesional a un sistema de libertad, sólo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ondas hertzianas... En lo que ahora importa, la emisión de la televisión digital terrestre afecta precisamente al uso del espacio radioeléctrico mediante ondas hertzianas y, por tanto, el nuevo régimen supone que la emisión requiere la obtención de licencias previa mediante concurso. Lo cual implica la transformación de las antiguas concesiones en licencias a partir del reconocimiento de los derechos existentes a la entrada en vigor de la Ley.

Queda por dilucidar... lo que ocurre con la expectativa de derechos derivada de las previsiones ya comentadas de los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 de asignación directa, sin mediar un régimen de concurso público, a las antiguas sociedades concesionarias de un múltiple digital de televisión digital terrestre con capacidad para cuatro canales. *La exigencia de licencia previa para la prestación de servicios de comunicación audiovisual mediante ondas hertzianas, así como la obligatoriedad de que dicha licencia se otorgue mediante concurso, es incontestable e incondicionada, pues así lo establece taxativamente el citado apartado 3 del artículo 22 de la Ley. Pues bien, una previsión legal explícita y general como la citada supone, en principio, la derogación de una previsión reglamentaria previa que choca frontalmente con la exigencia de concurso para la atribución de licencias para la prestación de los citados servicios de comunicación audiovisual. Tanto más cuanto que la referida previsión legal está contenida en el marco de una transformación radical de la regulación del sector, lo que hace más inviable –de nuevo, en principio– el mantenimiento de previsiones contrarias de base exclusivamente reglamentaria y que se insertan en un sistema anterior y profundamente modificado por una Ley. Dicha conclusión, ineluctable desde el punto de vista de la sucesión normativa, sólo podría ser enervada por una expresa previsión transitoria de la propia Ley reguladora del sector que mantuviese la vigencia transitoria de las situaciones relativas a los derechos anteriores a la misma... En cuanto a la disposición transitoria segunda, que se refiere a los derechos sobre comunicación audiovisual por ondas hertzianas terrestres anteriores a la Ley, transforma las concesiones para la gestión indirecta de lo que en su momento era el servicio público de radio o televisión, en licencias, a solicitud de sus titulares y dentro del plazo otorgado al efecto (apartados 1 y 2). Esta previsión supone la conservación del contenido concesional para cada sociedad concesionaria vigente según la regulación legal anterior en el momento de entrada en vigor de la Ley. Esto implica, a la vista de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley sobre el régimen jurídico de las licencias audiovisuales, que las licencias de las concesionarias que hubieren solicitado dicha transformación (todas, según se indica en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna) deberán concretar el número de canales comprendidos en la licencia, que serán aquellos a que tuvieren derecho de acuerdo con la regulación legal anterior y según los términos*

de las concesiones existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley. Pero, desde luego, no incluye los canales adicionales que resultasen de la asignación de un múltiple digital previsto por los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010. Lo anterior conduce a la estimación del recurso y a la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros por no ser conforme a derecho, ya que resulta contraria a la Ley General de la Comunicación Audiovisual *la asignación a las antiguas concesionarias de múltiples digitales con capacidad de cuatro canales en la medida que implica la atribución de canales adicionales sin la realización de concurso público*».

Los canales correspondientes a los múltiples digitales otorgados a los previos concesionarios de televisión analógica quedan a expensas de la ejecución del fallo, que implica reacomodar el número de canales que se les reconoce, sin concurso, como resultado del derecho a la transformación de la anterior concesión. Por otra parte, las exigencias del derecho comunitario, la necesidad de poner en valor ya el dividendo digital obtenido con el apagón analógico, las nuevas redes a desplegar en el espectro liberado obligan a plantearse si, de nuevo, no estaremos en un comienzo.

MARCOS M. FERNANDO PABLO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª), de 20 de diciembre (ROJ STS 8459/2012)

Principio de autonomía local - Urbanismo

La Resolución objeto de nuestro comentario trae causa de la Sentencia de 29 de abril de 2009 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso 324/2005 resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 29 de abril de 2009). A través de la misma se había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad demandante Transcom Shelfco Tres, S. L. contra la resolución del Consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña de 25 de mayo de 2005 mediante la cual se había aprobado de forma definitiva el Plan Director Urbanístico del Sistema Costero que afectaba al municipio de Sant Pere Pescador, en la provincia de Gerona.

A través del recurso 324/2005 la sociedad, poseedora de terrenos en Fluvia Nàutic (una zona del término municipal de Sant Pere cercana a la desembocadura del río Fluvià, junto al parque natural de los Aiguamolls del Empordà), impugnó el instrumento de planeamiento en base a dos motivos fundamentalmente.

El primero de los esgrimidos era que la Generalitat se había excedido en sus competencias al llevar a cabo, a través del plan, la clasificación del suelo, contraviniendo así lo establecido en el artículo 56 de la ya derogada [Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña](#). Según dicho precepto, dentro de las funciones de los planes directores urbanísticos no estaría la de llevar a cabo la clasificación del suelo. No obstante hay que destacar en este punto que el artículo sí que menciona expresamente que a través del mismo deben establecerse medidas de protección del suelo no urbanizable, y los criterios para la estructuración orgánica de este suelo.

Como segundo motivo de impugnación, la sociedad había alegado en el recurso de 2005 la incongruencia entre la clasificación asignada a la urbanización y los objetivos definidos en el artículo 1.2.a/de la normativa urbanística del Plan Director.

Tras la desestimación del recurso inicial y ante la interposición de uno nuevo por parte de Transcom Shefco Tres S. L., el Alto Tribunal encuentra la posibilidad de pronunciarse sobre un tema de extraordinaria relevancia a la hora de estudiar el juego de derechos e intereses que concurren en el ámbito urbanístico: el principio de autonomía local. Este, con base constitucional en los artículos 137 y siguientes de la Constitución española, supone que los Entes Locales tienen una autonomía garantizada para la gestión de sus propios intereses, una capacidad reconocida, en definitiva, para participar en la gestión de los asuntos que más relevancia tienen en el ámbito municipal. Esta autonomía, que no posee un carácter meramente simbólico, tampoco puede tener en ningún caso un carácter ilimitado (STC 170/1989 de 19 de octubre y 4/1981 de 2 de febrero respectivamente).

Además en relación a los Entes Locales «la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 4/1981), sin que podamos perder de vista que dicha autonomía implica la capacidad efectiva de «regular y administrar [...] en beneficio de la población» (artículo 3 Carta Europea de la Autonomía Local, ratificada por España el 20 de enero de 1988).

El principio de autonomía local ha sido un elemento fundamental para el desarrollo de los distintos municipios y provincias en España, que han gozado a través del mismo de la mayor autonomía que jamás han tenido en la historia de nuestro país para establecer políticas propias en base a las demandas ciudadanas y desde el ámbito más cercano al mismo. No obstante, tanto el sentido de este como el carácter complementario que pareciera que el Constituyente quiso que tuvieran los principios de autonomía y subsidiariedad a la hora de articular el reparto de competencias entre las distintas Administraciones (en todo caso al servicio del interés general y del ciudadano) se han desvirtuado en numerosas ocasiones.

El principio de autonomía local ha sido esgrimido en algunos casos como justificante por parte los Entes Locales e incluso –como en el caso que nos ocupa– de las propias empresas implicadas en operaciones de promoción urbanística, para defender una política de planeamiento completamente desconectada de la que se pretende proyectar por parte de las instancias autonómicas en base a determinados intereses económicos que pueden estar en juego en un determinado momento, y esto es lo que consideramos más destacable de la resolución comentada.

Si bien los Entes Locales tienen reconocidas sus competencias en materia de aprobación de los instrumentos de planeamiento, de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización (artículo 21. 1. j de la [Ley de Bases de Régimen Local](#)), las Comunidades Autónomas, por su parte, ven amparadas sus competencias en la materia por el artículo 148. 1. 3 de la Constitución española, expresamente reconocida después en la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía y concretada en muchos casos en sus leyes urbanísticas propias, como competencia de control, coordinación y supervisión en relación con el desarrollo de las políticas urbanísticas que llevan a cabo los municipios.

Parece lógico que así sea. En el desarrollo de la actividad urbanística están en juego, aparte de los intereses económicos que pueden motivar un litigio entre una empresa constructora y una Administración pública, otros muchos considerablemente más conectados con el interés general: la necesidad de respetar los espacios naturales de singular relevancia (como puede ser el caso de Fluvia Nàutic según diversas organizaciones ecologistas locales), de llevar a cabo una ordenación territorial coherente con el interés general o de garantizar el derecho a la vivienda digna, que pese a no ser un derecho fundamental no deja de ser, como principio rector de la política social y económica, un objetivo necesario a desarrollar por todo gestor público, con independencia de su signo político.

Como ha destacado la STC 61/1997 de 20 de marzo, la competencia en materia de urbanismo es exclusiva de las Comunidades Autónomas y el principio de autonomía local en este ámbito se concreta en la «mínima y necesaria garantía de participación» que ha de reconocerse a los municipios en el desarrollo de la misma (STC 159/2001, FJ 12, con cita de la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 7).

La resolución que nos ocupa recuerda acertadamente estas precisiones que ha llevado a cabo el Alto Tribunal en destacadas sentencias anteriores y responde a nuestro juicio muy acertadamente en el FJ 3 *in fine* a la mención que la empresa urbanizadora hace del principio de autonomía local al establecer que encuentra «plenamente justificado el interés supramunicipal que determina la categorización asignada por el Plan Director a los terrenos de la recurrente con el objeto de preservar sus valores paisajísticos y ambientales, valores éstos que trascienden claramente del ámbito puramente local, sin que se haya cuestionado ante el Tribunal de instancia, ni ahora en casación, la realidad de los valores con los que cuentan los terrenos y que justifican el tratamiento que se les dispensa».

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

CIVIL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 403/2012, de 3 de julio (ROJ STS 4666/2012)

Derecho al honor: intromisión ilegítima. Falta de veracidad de la información

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 403/2012, de 3 de julio (ponente Excmo Sr. Francisco Marín Castán), aborda el conflicto entre derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información. Aprecia el Tribunal una intromisión ilegítima en el derecho al honor por las informaciones publicadas que afectan a la dignidad de los demandantes, menoscabando su fama. La falta de veracidad de la información no contrastada impide que la noticia quede amparada en las libertades de expresión e información.

Los hechos enjuiciados parten de la publicación en el periódico digital *El Plural.com* de varios artículos muy críticos sobre el entonces presidente de la Asociación de Víctimas de Terrorismo y su esposa, afirmando que cobraban al mes 6.000 y 3.000 euros, respectivamente, de la citada Asociación altruista, imputándoles un lucro personal, que por ningún otro medio podían conseguir, dada su falta de cualificación profesional. Ante la publicación, los aludidos interpusieron una demanda de protección del derecho al honor y a la imagen contra la compañía propietaria del periódico, su director y los autores de los artículos.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Jaén, en Sentencia de 31 de marzo de 2010, estimó parcialmente la demanda, apreciando intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la imagen de los demandantes por transmitir información de unos hechos totalmente falsos en relación a lo que cobraban de la Asociación que, en absoluto, se correspondía con lo publicado. El tribunal condena a los demandados a indemnizar con 2.700 euros a los demandantes por los daños morales ocasionados, así como a publicar a su costa la sentencia y suprimir de la página web toda la información relativa a los reportajes objeto de condena.

Interpuesto por la parte demandada recurso de apelación, la Audiencia provincial de Jaén, en Sentencia de 18 de noviembre de 2010, desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia apelada.

Los demandados interponen conjuntamente recurso de casación contra la sentencia de apelación por infracción del artículo 20.1.a) –libertad de expresión– y d) –derecho a la información–, en relación con el artículo 18 –derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen–, ambos de la Constitución. Alegan como razones que no ha existido en la información falta de veracidad ni insultos u opiniones vejatorias, siendo la única inexactitud la referida a las cantidades recibidas por los demandantes. Aducen también que el informador utilizó la diligencia profesional debida para contrastar la información y que el reportaje enjuiciado tiene la naturaleza de «reportaje neutral».

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida basándose en los siguientes argumentos:

Por un lado, insiste en la falta de veracidad de la información: los datos sobre las cantidades que los demandantes percibían de la Asociación son totalmente falsos. Frente a los 6.000 y 3.000 euros que el presidente y su esposa respectivamente cobraban según el diario, la realidad era que al primero solo se le abonaban los gastos de sus viajes a Madrid y su esposa no cobraba cantidad alguna por su labor en la Asociación. Y el Tribunal considera que esa información falsa sobre las cantidades que percibían «supuso una clara imputación de hechos que lesionaban su dignidad menoscabando su fama, porque el sentido de la información no era otro que el de desprestigiarlos imputándoles su lucro personal, que por ningún otro medio lícito podrían conseguir dada su falta de cualificación profesional, a costa de una asociación altruista».

Por otra parte, considera la Sala que los demandados no hicieron el menor intento de contrastar los datos, siendo el contraste sumamente fácil tanto por las cuentas anuales como por el testimonio de personas de la Asociación. Si bien es cierto que el concepto de veracidad no requiere la total exactitud de la información, sí exige la necesaria diligencia del informador para comprobar esa exactitud. Y el Tribunal entiende que, en este caso, los datos sobre las cantidades que percibían los demandantes no pueden quedar comprendidos en este concepto de información veraz protegida constitucionalmente, al ser una información falsa y no contrastada.

En tercer lugar, argumenta el Tribunal que las informaciones enjuiciadas tampoco tienen amparo en el concepto de «reportaje neutral». La mera referencia al testimonio de «un supuesto paisano del presidente de la Asociación» implica que no se está citando fuente alguna de la información, por lo que la noticia no tiene naturaleza de reportaje neutral en que el medio de comunicación se limite a hacer de mero transmisor de opiniones ajenas. Lo que contienen las informaciones enjuiciadas es solo la propagación de un rumor o una invención que el periódico colaboró a que circulara. Y el Tribunal, en este punto, considera que en modo alguno el recurso al reportaje neutral puede equipararse a la propagación de la insidia.

Por todo ello, el alto Tribunal acuerda desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida. Una vez más, en la ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la información, el Tribunal Supremo declara la prevalencia del primero por la falsedad de la información publicada. La falta de veracidad de la noticia impide a los demandados ampararse en el derecho fundamental a la libertad de expresión e información.

NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 419/2012, de 4 de julio (ROJ STS 4667/2012)

Derecho al honor de las personas jurídicas: intromisión ilegítima. Información no veraz que daña el prestigio de una fundación

La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 419/2012, de 4 de julio (ponente Excmo Sr. Francisco Marín Castán), resuelve un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información. Considera el Tribunal que las declaraciones de una periodista en un programa de televisión suponen una intromisión ilegítima en el honor de la persona jurídica demandante: las informaciones vertidas, que van más allá de la mera opinión, dañan el prestigio de la Fundación al imputarle actividades contrarias a sus estatutos y a la ley.

Los hechos enjuiciados tienen su origen en las manifestaciones hechas por una conocida periodista en el programa de Televisión Española «59 segundos» sobre los resultados de las elecciones catalanas. La citada periodista atribuyó a la Fundación para el Análisis y Estudios Sociales (FAES) el haber colaborado en la financiación del partido político «Ciudadanos de Cataluña». Como consecuencia de tales declaraciones la FAES interpuso una demanda por intromisión ilegítima en su honor.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, en Sentencia de 23 de mayo de 2007, estimó la demanda, apreciando intromisión ilegítima en el derecho al honor de la Fundación por las declaraciones que la vinculaban con la financiación del partido político. Declaraciones que, a juicio del Tribunal, eran carentes de veracidad y «desmerecían el buen nombre de la Fundación, su imagen y prestigio». Por ello condenó a la demandada a indemnizar a la FAES con la cantidad de 6.000 euros, así como a hacer pública la sentencia en dos diarios de difusión nacional y otros dos de difusión en Cataluña.

Interpuesto, por la periodista demandada, recurso de apelación, la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 2 de febrero de 2010, lo desestimó y confirmó en esencia la sentencia apelada, salvo en lo relativo al modo en que debería difundirse la sentencia condenatoria. La Audiencia sustituyó la difusión de la sentencia en los cuatro periódicos, decretada en instancia, por su difusión en el programa «59 segundos». Y lo hizo estimando la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal de la sentencia de primera instancia, añadida al recurso de apelación interpuesto por la periodista.

La sentencia de apelación fue recurrida ante el Tribunal Supremo. La demandada interpuso recurso de casación y otro extraordinario de infracción procesal contra la resolución de la Audiencia. Resumimos uno y otro por separado.

– El recurso de CASACIÓN se articula en un solo motivo: infracción del artículo 2.1 de la LO 1/82, de protección al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen, en relación con el artículo 7.7 de esa misma LO y en conexión con el artículo 20.1, a) y d) de la Constitución. Alega la demandada que sus manifestaciones se sitúan en el ámbito de la expresión de opiniones e ideas y no en la transmisión de informaciones.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida con los siguientes argumentos:

Por un lado, es la propia demandada quien, en el curso del programa, derivó de la mera opinión hacia la información sobre los datos que sustentaban esa opinión. Y lo hizo hasta, de forma inequívoca, llegar a afirmar un puro hecho: el de que detrás del partido político Ciudadanos de Cataluña estaba la FAES, aclarando luego que ese apoyo encubierto comprendía también el económico.

Por otra parte, esa información carece de veracidad y daña el prestigio de la Fundación al imputarle unas actividades contrarias, no solo a sus propios estatutos, sino también a la ley. En el juicio de ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la información prevalece el primero: la falta de veracidad de la noticia impide el amparo en las libertades de expresión e información.

El Tribunal Supremo hace además unas importantes precisiones sobre la responsabilidad de los periodistas según el tipo de programa. Destaca, al respecto, la importancia de la cualificación profesional de los que intervienen en esta clase de programas de debate político, en los que la fiabilidad de sus afirmaciones se vincula a esa profesionalidad: el espectador puede creer razonablemente que lo manifestado encuentra apoyo en hechos que el periodista cualificado conoce. La cualificación de la demandada, «profunda conocedora» de la realidad política catalana, le confiere gran credibilidad entre los espectadores, lo que le exige una mayor diligencia en su comportamiento, al poder influir en la creación de opinión.

– Por otra parte, el recurso EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto tiene como motivo la infracción del artículo 218 de la LEC. Alega la periodista que la resolución de la Audiencia ha incurrido en incongruencia al acordar, sin haber sido solicitado, la difusión de la sentencia condenatoria en el programa «59 segundos», en lugar de en los cuatro periódicos –dos de tirada nacional y dos de Cataluña– que había establecido la sentencia de instancia.

El Tribunal Supremo no aprecia la incongruencia argumentando las siguientes razones:

El tribunal de apelación goza de amplias facultades para sustituir la forma de difusión acordada en instancia por otra menos gravosa para la apelante y más apropiada al ámbito y circunstancias de la intromisión.

Pero además, la difusión de la sentencia en el programa «59 segundos» fue solicitada por el Ministerio Fiscal en la impugnación de la sentencia de instancia, añadida al recurso de apelación, por considerarla una modalidad de difusión menos gravosa para la demandada.

El Tribunal desestima el recurso al apreciar que, en tales circunstancias, la sentencia no incurre en incongruencia pues su pronunciamiento se ajusta a lo pedido expresamente por el Ministerio Fiscal.

Desestimados ambos recursos, el de casación y el extraordinario de infracción procesal, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida.

NIEVES MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 138/2012, de 20 de junio [BOE n.º 163, de 9-VII-2012]

El caso Sortu y la relegalización de Batasuna

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2012 en el caso Sortu (STC 138/2012) ha supuesto un cambio importante en la biografía de nuestra Ley de Partidos ya que la decisión del Tribunal, dictada a los diez años de vigencia de la Ley 6/2002, de 27 de junio, se presenta como el agrí dulce epílogo de la Ley de Partidos. La decisión del Alto Tribunal, que

revoca el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2011 y permite la inscripción de Sortu en el Registro de Partidos Políticos, representa también la cristalización de una «guerra de Cortes» que se inicia ya en 2007 con el caso de ANV y que alcanza su máxima expresión con la STC 129/2009, que anula la decisión de la Sala Especial de 16 de mayo de 2009 y permite a la Coalición Iniciativa Internacionalista-La solidaridad entre los pueblos presentarse a las elecciones europeas, y especialmente con la STC 62/2011 que permitió a Bildu presentarse a las elecciones locales y forales en 2011. Por otra parte, el caso Sortu han mostrado también la fractura que se ha producido en el seno de la Sala Especial y del Tribunal Constitucional frente a una trayectoria generalizada de decisiones unánimes (el Auto del TS de 30 de marzo de 2011 fue dictado por una mayoría de nueve jueces y se emitió un voto particular por siete magistrados y la STC 138/2012 también fue dictada con la aprobación de seis magistrados frente a cinco y tres votos particulares de los magistrados Rodríguez Arribas, Delgado Barrio y Aragón Reyes).

La STC 138/2012 acierta, a mi juicio, en la decisión de anular el Auto de la Sala Especial, pero lo hace, sin duda, con una fundamentación hartamente discutible. Así, no solo invierte el orden lógico en la acreditación de la sucesión fraudulenta, sino que también se sirve de una argumentación excesivamente débil, apartándose el Tribunal de nuevo de su doctrina en la constatación del fraude. Es de sobra conocido que el Tribunal Constitucional exige, en primer término, la acreditación suficiente y razonada del fraude en la sucesión de partidos políticos conforme a los criterios establecidos en el artículo 12.3 de la Ley de Partidos (de conexión objetiva, subjetiva, financiera o cualquier otra circunstancia relevante como la disposición a apoyar la violencia y el terrorismo), así como que ese fraude se haya materializado en la nueva formación política; para pasar, en un segundo momento, a considerar si la condena del terrorismo cumple con las exigencias establecidas por el propio Tribunal, es decir, si la condena es expresa e inequívoca. La condena expresada en estos términos (STC 68/2005) se convierte en «contraindicio» suficiente que desvirtúa totalmente la sospecha de fraude. No obstante, el Tribunal se aparta de su doctrina e invierte el orden lógico del razonamiento. Primero analiza el «contraindicio» de la condena del terrorismo por parte de Sortu (FJ 7) y lo hace de forma pormenorizada, incurriendo en un exceso de jurisdicción (artículo 117.3 CE), para concluir que de los Estatutos de Sortu y de las declaraciones de sus responsables se puede deducir una condena del terrorismo y, a continuación, analiza los indicios de fraude. Si bien comienza considerando que el relato de la Sala Especial es coherente, ya que a su juicio la Sala ha probado la intención del entramado de ETA/Batasuna de defraudar la sentencia de ilegalización, sin embargo, concluye que la Sala no ha probado que el fraude se materializara en Sortu (FJ 13). Pero, o bien el relato es coherente y, por tanto, se entiende que cumple los criterios exigidos de razonabilidad y no arbitrariedad, o bien la inferencia del Supremo está exenta de lógica y es necesario motivar suficientemente que no concurre el fraude. No cabe duda de que la STC 62/2011 del caso Bildu ha influido en el caso Sortu. Para evitar el coste jurídico del exceso de jurisdicción, constitucionalmente prohibido (artículo 117.3 CE), que le supuso al Tribunal en 2011 entrar en el examen pormenorizado de la prueba para fundamentar su resolución, decide «pagar» otro coste jurídico de mayor entidad, invirtiendo el orden lógico de su razonamiento y entrando, no obstante, en un exceso de jurisdicción a la hora de valorar las pruebas de la condena del terrorismo.

A pesar de que del análisis del Auto de la Sala Especial de 30 de marzo de 2011 se puede deducir que no concurren los elementos de conexión objetiva, subjetiva y financiera entre Batasuna y Sortu, no debemos olvidar que la falta de estos criterios de similitud no suponen sin más la ausencia de fraude. El artículo 12.3 LOPP no contiene una lista cerrada de los parámetros de conexión, y es posible, pues, que concurren otras circunstancias relevantes de las que la Sala Especial pueda deducir de forma razonable y no arbitraria la concurrencia del fraude. A

mi entender, al Tribunal Constitucional no le hubiera sido tan difícil concluir la materialización del fraude en Sortu. Si bien es conocido que el Tribunal se ha negado siempre a identificar a la Izquierda Abertzale con Batasuna, aquí podía haber argumentado que se ha operado una suerte de «autorreconocimiento» de Batasuna y la Izquierda Abertzale de la que nace Sortu, que tiene su plasmación tanto en el propio diseño de los estatutos, en declaraciones de miembros de Batasuna y en el alegato final de Sortu ante el Tribunal Supremo (Antecedente 12 del Auto de 30 de marzo de 2011), como en el proceso ante el Tribunal Constitucional, ya que la prueba de indicios fue plenamente aceptada por los recurrentes al no ser impugnada en amparo (voto particular de Aragón Reyes, punto 8). No cabe duda de que los recurrentes eran conscientes de que ya no era necesario ocultar que eran Batasuna, porque lo concluyente para la inscripción de Sortu era el cumplimiento de la existencia del «contraindicio», de la condena de la violencia terrorista en los términos construidos por la doctrina del Constitucional. Por todo ello, hubiera sido jurídicamente coherente entender que hay una presunción de fraude que, en todo caso, puede quedar diluida por el «contraindicio» de la condena de ETA expresada tanto en los Estatutos de Sortu (se pone de manifiesto la utilización exclusiva de vías pacíficas y democráticas para conseguir los objetivos políticos, la ruptura con los antiguos modelos organizativos y de dependencia, la contribución del nuevo partido a la búsqueda de la paz, la condena de la violencia, incluida la de ETA, y el sometimiento de los miembros y cargos del partido a la Ley de Partidos, estableciendo mecanismos de garantía para el caso de incumplimiento de estos compromisos, pudiendo llegarse a la expulsión del partido de aquellos que violen los Estatutos), como en las declaraciones generales de miembros de Batasuna (FJ 12 del Auto de 30 de marzo de 2011), en condenas de hechos específicos (Comunicado del 10 de marzo de 2011), así como en los diversos actos de presentación del nuevo partido y en notas de prensa (FJ 8 de la STC de 20 de junio de 2012). No tendrían la suficiente entidad, por otra parte, las objeciones que se contraponen a la validez de la condena del terrorismo: ni las de corte semántico, como que en este caso se produce solo un rechazo y no una condena del terrorismo (hasta el propio legislador en el artículo 6.4 LOREG habla de rechazo), ni la consideración de que la condena no solo debe ser sobre hechos futuros, sino que debe extenderse también a la trayectoria de ETA, pues entre otras razones sí que se manifiesta en los Estatutos la ruptura con el pasado y con los vínculos de dependencia, o que la condena del terrorismo manifestada por Sortu no es sincera o clara e inequívoca. Para el Tribunal Constitucional la exigencia de una condena sincera representa un dilema insoluble para el derecho (FJ 10). A mi juicio, la traducción jurídica de la sinceridad de la condena es la acreditación de que la declaración no sea fraudulenta, es decir, de que sea una condena contrastada. La respuesta del Derecho deberá llegar de contrastar las declaraciones de condena del terrorismo, no tomando como referencia solo la misma declaración de Sortu en los Estatutos, como hace el Tribunal Constitucional, sino elementos objetivos y extraños al propio declarante. Y en este ámbito es donde juega un papel determinante la existencia de un debate interno y un enfrentamiento entre ETA y Batasuna, como es posible deducir de la imposibilidad de que ETA presentara la ponencia Mugarri y Batasuna impusiera finalmente su documento «Clarificando la fase política y la estrategia», que optaba por la vía pacífica. Este debate interno además es puesto de manifiesto por más de un centenar de informaciones periodísticas y fue corroborado en el proceso que se desarrolló en la Sala Especial por la propia policía. Más allá de si este cambio se produjo por un arrepentimiento sincero o por imperiosa necesidad, lo cierto es que hay datos objetivos y contrastados por los que al menos se crea una duda razonable de que este debate/enfrentamiento existió, duda que siempre debe jugar en favor del derecho de asociación. Tampoco resulta determinante la consideración de que la condena no es clara e inequívoca (voto particular de Aragón Reyes, punto 4) ya que las referencias que se hacen en los Estatutos y en las declaraciones

de los miembros de Sortu suponen una condena no solo expresa de ETA, que representa una novedad respecto a fórmulas utilizadas en el pasado, sino que interpretada conjuntamente con otras expresiones que se refieren a la utilización exclusiva de las vías pacíficas y democráticas o al abandono de todo vínculo de dependencia con la banda terrorista o con los partidos ilegalizados, y en un contexto de debate y enfrentamiento entre ETA y Batasuna, conforman una declaración de condena del terrorismo que no puede calificarse sin más de ambigua. Al menos existe una duda razonable y debe imponerse el *favor libertatis*. No cabe duda de que esta jurisprudencia del Tribunal sobre el valor de la condena del terrorismo ha constituido el elemento determinante para la relegalización de Batasuna. Otra cuestión para el debate es si el Tribunal se equivocó al otorgar a la declaración de condena tal relevancia.

También la reforma de la LO 3/2011 sirve al Tribunal Constitucional, como en el caso Bildu, para considerar que las nuevas previsiones legales mediante las cuales se pretende la persecución de la sucesión fraudulenta de Batasuna a lo largo de todo el proceso electoral, incorporando además una causa de incompatibilidad sobrevenida que afecta a los cargos electos (artículo 6.4 de la LOREG), para entender que el control en la fase de inscripción del partido es desproporcionado (FJ 14). No obstante, estas medidas en modo alguno sustituyen a las previsiones de un control *ex ante*, sino que las complementan, mucho más si tenemos en cuenta que no estamos ante un mero control preventivo del partido, sino ante la prohibición de una sucesión fraudulenta de un partido político ilegalizado y disuelto que tiene lugar en la fase de inscripción del partido, es decir, ante la eficacia de una sentencia de la ilegalización de partidos políticos. Parece, pues, que el Tribunal constitucional opta por una «legalización de momento». Y en esta misma línea de advertencia podemos entender la extraña aparición del FJ 15.º en la STC 138/2012. El Tribunal Constitucional parece que quiere establecer una última cautela frente a posibles actuaciones de futuro de Batasuna, que puedan conducirle a una nueva ilegalización y, para ello, sin ser esta cuestión objeto del proceso de amparo, por lo que resulta manifiestamente improcedente, incluye un conjunto de lo que pueden ser «otras causas de ilegalización» de partidos políticos, llevando a cabo una reinterpretación del artículo 9 de la Ley de Partidos. En realidad, parte de estas conductas ya estaban incluidas en el artículo 9 de la Ley, por lo que la inclusión de este catálogo de conductas antidemocráticas parece suponer, más allá de una advertencia a Sortu, una redefinición del carácter que debe tener la condena del terrorismo en el futuro para Sortu. De un análisis de las conductas se deduce que en su mayoría se refieren a la prohibición de la equiparación de «todas» las violencias, de «todas» las víctimas, al reconocimiento de las víctimas o al rechazo condicionado de la violencia, es decir, se refieren a todas aquellas exigencias que o bien puedan constituir una condena ambigua de la violencia, tal y como han puesto de manifiesto los votos discrepantes a la STC de 20 de junio de 2012, o bien responden a peticiones que se hacen desde las asociaciones de víctimas del terrorismo. De otra forma no se explica su inadecuada aparición en el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional es consciente de las debilidades de su doctrina sobre la condena de la violencia de ETA y quiere conjurar futuros fraudes.

No cabe duda de que el caso Sortu supone la vuelta de Batasuna a la legalidad y, probablemente, el punto final de la Ley de Partidos de 2002, al menos tal y como la hemos conocido. Las próximas elecciones vascas serán el escenario propicio para comprobar no solo el compromiso de Sortu con las reglas democráticas sino también la propia eficacia de la Ley de Partidos, que desde luego es hoy una «espada oxidada».

MERCEDES IGLESIAS BÁREZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 198/2012, de 6 de noviembre [BOE n.º 286, de 28-XI-2012]

Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo: artículo 32 CE

Setenta y dos diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados presentaron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El núcleo del recurso lo constituye el primer apartado del artículo único de la Ley, que añade un segundo párrafo al artículo 44 Código Civil en virtud del cual «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». La fundamentación jurídica de la demanda se basa en ocho motivos de inconstitucionalidad que se traducen en la infracción de los artículos 9.3, 10.2, 14 (en relación con los artículos 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 y 4, 53.1 (en relación con el artículo 32) y 167 de la Constitución española. Sin embargo, el Pleno del Tribunal identifica como motivo principal de inconstitucionalidad la vulneración del artículo 32 CE, que establece en su apartado primero que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y en su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

Ante la demanda de los recurrentes de que la ley es inconstitucional basándose en una interpretación literal y sistemática del texto constitucional, el TC puntualiza que, siendo verdad que el artículo 32 CE no reconoce expresamente la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo tampoco lo excluye, y solo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio y no con quién debe contraerse (FJ 8). Por todo ello, el Alto Tribunal construye su argumentación sobre la base de considerar la Constitución «como un árbol vivo», puntualizando que «la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuye a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante». El análisis del TC se centra en determinar si la reforma operada modifica, en primer lugar, la garantía constitucional del matrimonio contenida en el artículo 32 CE y, en segundo lugar, el contenido esencial del derecho fundamental garantizado en dicho artículo.

Respecto de la garantía institucional, el TC afirma que el único elemento identificador de la institución matrimonial que cambia tras la reforma de la Ley 13/2005 es que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo, pero sigue considerándose una comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición dentro de ella y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Desde el punto de vista del TC, la reforma operada no hace irreconocible la institución matrimonial, pues encuentra el matrimonio entre personas del mismo sexo integrado en nuestra cultura jurídica, acudiendo para ello a los elementos que sirven para conformar esa cultura. De entre estos elementos, el TC recurre al Derecho comparado de los países de nuestro entorno constatando la existencia de «una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural». Por otra parte, también acude a encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas en las que se constata la existencia de datos que confirman que «en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al

tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005». Por tanto, el TC sentencia que la Ley 13/2005 no desfigura la institución matrimonial contenida en el artículo 32 CE (FJ 9).

Respecto del contenido esencial del derecho fundamental, el Pleno equipara a efectos de contenido la dimensión objetiva del derecho fundamental con el de la garantía institucional, por lo que concluye su no vulneración. En cuanto a la dimensión subjetiva del derecho fundamental, el TC aborda la cuestión de si la citada normativa conculca el contenido esencial (artículo 53.1 CE) consagrado en el artículo 32 CE. Evidentemente, la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Sin embargo, esta modificación, una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. En efecto, para el Alto Tribunal, la reforma legal no supone una restricción en el ejercicio del derecho para las personas heterosexuales que pueden seguir ejercitando su derecho sin ningún tipo de problemas. Al contrario, amplía el espectro de la titularidad a las personas de mismo sexo. Por tanto, a juicio del TC, el Legislador, en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución, modifica el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio (FF.JJ. 10 y 11).

Por último, respecto de la posibilidad de adopción por parte de personas del mismo sexo que se deriva indirectamente de la ley impugnada, el apartado séptimo del artículo único de la Ley 13/2005 da nueva redacción al apartado 4 del artículo 175, que queda redactado en los siguientes términos: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado». El TC entiende que nada de esta nueva regulación modifica el principio esencial de la adopción que es el interés del menor. Este principio es el que debe primar en todo tipo de adopciones, llevadas a cabo por un matrimonio de personas heterosexuales o de una persona individual con independencia de su orientación sexual. Por todo ello, tampoco se conculca el deber de protección de los hijos garantizado en el artículo 39.2 CE (FJ 12).

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 241/2012, de 17 de diciembre **[BOE n.º 19, de 22-I-2013]**

Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. **Instalación y uso indebido de un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido: artículo 18.1 y 3 CE**

La Sala Primera del TC desestima la vulneración de los derechos a la intimidad (artículo 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) alegado por una trabajadora que instaló y utilizó un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido

por todos los trabajadores. Esta práctica estaba expresamente prohibida por la empresa, con lo que unido a la voluntariedad de la trabajadora de utilizarlo en un ordenador accesible a todo el personal de la empresa lleva al Alto Tribunal a no apreciar la vulneración de ninguno de los derechos alegados, sin darle especial importancia a que de entre las conversaciones realizadas se encontraban críticas y expresiones vejatorias a trabajadores, clientes y superiores de la empresa. Respecto del derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), el Alto Tribunal estima que no cabe apreciar vulneración alguna desde el momento en que la trabajadora realizó actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas (FJ 3). En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), el TC tampoco aprecia su conculcación debido a que las comunicaciones entre las dos trabajadoras se produjeron al introducirse el programa en un soporte de uso común para todos los trabajadores de la empresa sin ningún tipo de cautela, quedando consecuentemente fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta (FJ 6 y 7).

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

FINANCIERO Y TRIBUTARIO

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 210/2012, de 14 de enero [BOE n.º 299, 13-XII-2012]

Impuesto sobre depósitos de las entidades bancarias

El Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito (IDEC), regulado originariamente en la Ley 14/2001, de 29 de noviembre, y hoy recogido entre los artículos 40 a 48 del [Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre \[DOE n.º 150, 23-XII-2006\]](#) por el que se aprueba el Texto Refundido de tributos propios de Extremadura, fue el objeto del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, y sobre el cual se pronuncia la Sentencia que comentamos. El Abogado del Estado considera, en primer lugar, que supone una infracción del artículo 6.2 de la [Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre \[BOE n.º 236, 1-X-1980\]](#), en adelante LOFCA, al gravar un hecho imponible coincidente con el de un tributo del Estado, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), pues el artículo 11.2.12 de la norma que lo regula, la [Ley 37/1992, de 28 de diciembre \[BOE n.º 312, 29-XII-1992\]](#) (LIVA) establece la sujeción de los depósitos, aunque posteriormente en el artículo 20.1.18 LIVA los declara exentos. Junto a ello cree, asimismo, que es contrario al artículo 6.3 LOFCA, incidiendo sobre la materia imponible reservada a los entes locales, al coincidir con el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE). De la misma manera alega que produce una vulneración del artículo 9 b) LOFCA al darse, en su opinión, un supuesto de carga fiscal extrajurisdiccional, ya que no se excluye que los depositantes de los fondos se encuentren fuera de la Comunidad, o incluso fuera de España. Por último, fundamenta el recurso en la consideración de que supone un obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios de capitales, prohibido por el artículo 9. c LOFCA y altera

la igualdad debida entre todos los españoles. Argumentos estos negados por el Letrado de la Junta de Extremadura, y todos ellos desestimados por el Tribunal Constitucional (TC).

Sobre la primera de las cuestiones, el Tribunal entiende que no se ha infringido el artículo 6.2 LOFCA que prohíbe la superposición de hechos imponible y gravados por tributos estatales. Así, el dilema radica en si existe tal coincidencia con el IVA, que lo descarta, por no gravar el IDEC transacciones económicas o prestaciones de servicios, como sí ocurre en el IVA. El hecho de que el IDEC no sea un impuesto plurifásico, de que se consagre la interdicción de la repercusión y de que la deuda tributaria no resulte de la aplicación de un porcentaje sobre la contraprestación pactada –como ocurre en el IVA–, sino sobre los fondos captados, es lo que ha habilitado al TC, a nuestro juicio de forma plausible, a inadmitir la alegación de una posible infracción del artículo 6.2 LOFCA y, por extensión, del artículo 33 Sexta Directiva, recogido hoy en el artículo 401 de la Directiva 2006/12/CEE, de 28 de noviembre.

Más complejo, consideramos, es el análisis de la acusación de que el IDEC se superpone con el IAE, al rebasar los límites del artículo 6.3 LOFCA y siendo ambos impuestos directos. Desde que se interpuso el recurso hasta que se produjo el fallo, tal precepto sufrió una importante modificación por la LO 3/2009, de 18 de diciembre, que ha llevado a enjuiciar el impuesto extremeño a la luz de la nueva redacción. El cambio es de tal trascendencia, que si bien antes se prohibía que un tributo autonómico se superpusiera a la materia imponible gravada por los tributos locales, ahora, a semejanza del apartado 2, prohíbe la superposición de sus hechos imponibles. El IAE grava el mero ejercicio de actividades potencialmente generadoras de ingresos económicos, medidos en función del beneficio medio presunto, siendo el sujeto pasivo del mismo las personas físicas o jurídicas que realicen en el territorio cualquiera de las actividades descritas en el hecho imponible. La cuota del IAE, en lo que respecta al sector de la banca, como recoge la Sentencia, varía en función del número de habitantes de las poblaciones donde estén establecidas. El TC en el párrafo VI del Fundamento Jurídico 6 de la Sentencia, considera que pese a que «desde una perspectiva formal la configuración de los hechos imponibles del IAE y del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito pueden parecer parcialmente coincidente, la comparación de todos los elementos esenciales de ambos tributos, y particularmente de los criterios de cuantificación de su deuda tributaria, demuestra que se trata de impuestos sustancialmente diferentes, cuyos hechos imponibles son también distintos». Dice el Alto Tribunal que el IAE grava la mera actividad, con independencia de los resultados, es decir, se capten o no depósitos, mientras que en el IDEC no se grava la mera actividad «sino los depósitos como elemento pasivo susceptible de generar riqueza». Efectivamente, los criterios de cuantificación de la deuda tributaria son divergentes, sin embargo, a nuestro juicio, no son elementos suficientes para determinar la ausencia de doble imposición. El Impuesto extremeño, pensamos, grava la mera actividad, por mucho que el TC lo niegue, pues los depósitos no son una riqueza cierta e indiscutible de la entidad bancaria, realmente lo son de quien es su titular, el depositante. El volumen de depósitos captados no deja de ser un indicio de una capacidad económica presunta, igual que lo es en el IAE para la banca el número de habitantes donde sus establecimientos estén sitios. (Véase sobre los criterios para hallar la cuota del IAE referentes a la banca, los grupos 811 y 812, ubicados en la Sección primera, división 8 del anexo I «de tarifas», del [Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del IAE \[boe n.º 234, 29-IX-1990\]](#), normativa a la que se remite el artículo 85 del [Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales \[BOE n.º 59, 9-3-2004\]](#)). De hecho, pensamos que el Tribunal cae en su propia trampa, cuando en el Fundamento Jurídico 5 a) *in fine* –que analiza la superposición con el IVA–, recoge la incorrección de la Ley cuando aborda el hecho imponible, y dice «el objeto de gravamen no es la actividad bancaria de captación [...] sino que

grava el rendimiento que potencialmente se le presupone a los depósitos captados por las entidades bancarias, como elemento del pasivo susceptible de generar ingresos». La utilización de palabras como «potencialmente», «presupone» o «susceptibles», corroboran que lo que se está gravando es la mera actividad bancaria, utilizando como base imponible los depósitos, los cuales son indicadores presuntos pero no ciertos de riqueza, igual que en el IAE para la banca lo es el número de habitantes.

Junto a ello, efectivamente, no grava bienes o actos fuera de la Comunidad de Extremadura, ya que el hecho de que puedan proceder de depositantes de fuera de la Comunidad es indiferente, esencialmente porque el sujeto pasivo es la entidad, a la que se le prohíbe la repercusión del impuesto al cliente-depositante. La exacción, tal y como está regulada, no tiene la trascendencia como para suponer una fragmentación del mercado, ni suponer una afectación a la libre circulación, o incluso al siempre recurrente pero casi siempre desestimado argumento de la igualdad de los españoles.

Determinada su constitucionalidad, el Estado ha procedido a implantar un Impuesto sobre los Depósitos Bancarios a tipo 0, por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, vigente desde el 1 de enero de 2013, lo cual lleva a compensar a la Junta de Extremadura (también a Canarias y a Andalucía) en los términos del artículo 6.2 LOFCA, y frena con ello las pretensiones de otras Comunidades, deseosas de implantarlo.

MARCOS IGLESIAS CARIDAD

*Becario del Programa de Formación del Profesorado Universitario del MECD
adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-VII-2012, asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11 (Vodafone España, S.A./Ayuntamiento de Santa Amalia y Ayuntamiento de Tudela y France Telecom España, S.A./Ayuntamiento de Torremayor) [DOUE 2012/C 287/13, de 22-IX-2012]

Redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Cánones por derechos de uso y derechos de instalación de recursos

La Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, respecto al sector de telefonía móvil (Vodafone España, S.A./Ayuntamiento de Santa Amalia y Ayuntamiento de Tudela; y France Telecom España, S.A./Ayuntamiento de Torremayor (C 55/11, C 57/11 y C 58/11), se dicta en respuesta a tres reenvíos prejudiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, interpretando la [Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002](#) y la [Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002](#), relativas a la autorización y a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

En concreto, responde el TJUE respecto a si el artículo 13 de la Directiva autorización permite una normativa nacional que imponga una tasa por la utilización del dominio público local no solo a los operadores que son propietarios de las redes de telefonía desplegadas en dicho dominio, sino también a los operadores titulares de derechos de uso, de acceso o de interconexión con esas redes. En particular, se preguntaba al Tribunal de Justicia acerca de si puede gravarse con una tasa como ésta no solo al operador que, conforme al artículo 11, apartado 1, de la Directiva marco, es titular de los derechos de instalación de recursos en una propiedad

pública, o por encima o por debajo de la misma, y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de dicha Directiva y en el artículo 12 de la Directiva acceso ([Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión](#)), puede verse obligado a compartir esos recursos, sino también a los operadores que prestan servicios de telefonía móvil utilizando tales recursos.

A juicio del Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden recaudar una tasa por los derechos de instalar las infraestructuras necesarias para el suministro de servicios de telecomunicaciones en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma. Sin embargo, esta tasa únicamente puede imponerse al titular de dichos derechos, es decir, al propietario de las infraestructuras instaladas.

Esta sentencia tiene una gran trascendencia porque más de mil trescientos ayuntamientos han establecido mediante Ordenanzas fiscales esta tasa y por lo general la aplican por el aprovechamiento especial del dominio público «siempre que para la prestación del servicio de suministro se deban utilizar antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupan el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, con independencia de quién sea el titular de aquéllas». La doctrina de nuestro Tribunal Supremo, después de un largo camino, permitía hasta la fecha esta posibilidad.

Además, el Tribunal de Justicia considera que esta previsión de la Directiva de autorización relativa a la percepción del canon o tasa tiene efecto directo, es decir, está formulada en términos incondicionales y precisos, por lo que puede ser invocada directamente por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicha disposición.

El Tribunal establece que «si bien en la Directiva autorización no se definen, como tales, ni el concepto de instalación de recursos en una propiedad pública o privada o por encima o por debajo de la misma, ni el obligado al pago del canon devengado por los derechos correspondientes a esa instalación, procede señalar, por una parte, que resulta del artículo 11, apartado 1, primer guión, de la Directiva marco que los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, se conceden a la empresa autorizada a suministrar redes públicas de comunicaciones, es decir a aquella que está habilitada para instalar los recursos necesarios en el suelo, el subsuelo o el espacio situado por encima del suelo.

Por otra parte, como señaló la Abogada General en los puntos 52 y 54 de sus conclusiones, los términos “recursos” e “instalación” remiten, respectivamente, a las infraestructuras físicas que permiten el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y a su colocación física en la propiedad pública o privada de que se trate. De ello se desprende que únicamente puede ser deudor del canon por derechos de instalación de recursos contemplado en el artículo 13 de la Directiva autorización el titular de dichos derechos, que es asimismo el propietario de los recursos instalados en la propiedad pública o privada de que se trate, o por encima o por debajo de ella.

Por lo tanto, no puede admitirse la percepción de cánones como los que son objeto del procedimiento principal en concepto de “canon por los derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma”, puesto que se aplican a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para la prestación de servicios de telefonía móvil explotando así ese dominio público.

Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 13 de la Directiva autorización debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública

o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil».

La conclusión fundamental por tanto es clara: el artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil y por ello los ayuntamientos que regularan tasas de estas características deberán reformular el alcance de las mismas o retirarlas con la consecuente pérdida de recaudación para sus arcas.

MARÍA ÁNGELES GUERVÓS MAÍLLO

Profesora Contratada Doctora

*Área de Derecho Financiero y Tributario. Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 161/2012, de 20 de septiembre [BOE n.º 250, de 17-X-2012]

Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas

La STC 161/2012, de 20 de septiembre, trae causa en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra los artículos 6, 7 y 23.4, último párrafo, inciso final, de la [Ley de Andalucía n.º 10/2002, de 21 de diciembre](#), por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras. En esencia, el recurso se fundamenta en la extralimitación competencial en que incurre la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos. Concretamente, se entiende que la Comunidad Autónoma se ha excedido en el uso de las competencias que tiene atribuidas con relación al IRPF, por una parte, y al ISD e ITPAJD, por otra.

Como es sabido, el alcance de la cesión no goza de la misma intensidad en los distintos tributos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas. Conviene por ello recordar que, con relación al IRPF, el Estado ha cedido competencias a las Comunidades Autónomas para que éstas puedan incidir en algunos aspectos del impuesto: incrementando o disminuyendo el mínimo personal y familiar aplicable en la determinación del gravamen autonómico, regulando su propia tarifa y estableciendo deducciones autonómicas propias en la cuota íntegra autonómica del impuesto por circunstancias personales y familiares, por inversiones no empresariales y por aplicación de renta «siempre que no supongan, directa o indirectamente, una minoración de gravamen efectivo de alguna o algunas categorías de renta» (cfr. artículo 19.2.a) [Ley Orgánica de Financiación de las CCAA, LOFCA](#) y artículo 46 [Ley 22/2009, de 18 de diciembre, reguladora del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas, LSFCA](#)). El resto de los elementos del IRPF serán establecidos en exclusiva por el Estado. Como evidencian las reglas 1.ª y 14.ª del artículo 149.1 CE, las competencias normativas para regular la estructura básica de los impuestos cedidos deben seguir en manos del Estado. En virtud del artículo 149.1.1.ª CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva 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», entre los que cabe destacar el deber de contribuir al sostenimiento

de las cargas públicas, cuya mayor protección, como ha destacado el Tribunal Constitucional en alguna ocasión, se manifiesta en el IRPF –cfr. S.TC n.º 182/1997, de 28 de octubre, F.J. 9.º–.

Los recurrentes aducen que la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha excedido en el uso de las competencias atribuidas en materia de deducciones autonómicas propias al incluir en los artículos 6 y 7 [Ley de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre](#), respectivamente, la posibilidad de establecer en la cuota íntegra del impuesto la «deducción para el fomento del autoempleo de los jóvenes emprendedores» o, en su caso, la «deducción para el fomento del autoempleo de las mujeres emprendedoras», deducciones ambas que entienden no solo vinculadas a actuaciones de naturaleza empresarial, sino que además implican una minoración del gravamen efectivo de una de las categorías de renta, los rendimientos de actividades económicas, posibilidades éstas prohibidas por la Ley de Cesión de Tributos a las Comunidades Autónomas.

Tras recordar el TC el marco competencial vigente, con carácter general, en materia de tributos cedidos y, en especial, con relación al IRPF (fundamento jurídico 3.º), contrastarlo con las normas aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía (fundamento jurídico 4.º) y examinar las posturas defendidas por las partes, llega a la acertada conclusión de que esta Comunidad Autónoma se ha extralimitado en las competencias atribuidas en el ámbito de cesión del IRPF. Y es que, como advierte el TC, la C.A. de Andalucía ha establecido dos deducciones para fomentar el autoempleo de jóvenes menores de 35 años y de mujeres las cuales estaban ligadas al ejercicio de actividades económicas por cuanto su aplicación exigía, en ambos casos, que los contribuyentes que se quisieran beneficiar de las mismas se hubieran dado de alta en el «censo de empresarios, profesionales y otros obligados en la normativa estatal», es decir, hubieran presentado su declaración censal en el IAE. Se trataba así de deducciones vinculadas con la obtención de rendimientos económicos, único tipo de renta para cuya obtención se exige estar dado de alta como empresario o profesional. Además, suponían una minoración del gravamen efectivo de esta categoría de renta, vulnerando los límites de la Ley de Cesión de Tributos. No se estaba en presencia de deducciones autonómicas establecidas por circunstancias personales, como afirmaba el Letrado de la C.A., pues no atendían exclusivamente a circunstancias de esta naturaleza, como podía ser la edad del contribuyente o su condición de ser mujer. Con base en los anteriores razonamientos, el TC declara la inconstitucionalidad de los artículos 6 y 7 [Ley 10/2002, de 21 de diciembre](#), del Parlamento de Andalucía, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras por suponer una extralimitación competencial que vulnera el artículo 149.1.14 CE. Este criterio es seguido más tarde por el TC en Sentencia 197/2012, de 6 de noviembre, en sus fundamentos jurídicos 1 a 4, para declarar la inconstitucionalidad de las deducciones sexta y séptima del artículo 11 de la Ley del Principado de Asturias n.º 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales, aplicables, en su caso, a la cuota íntegra autonómica del IRPF. Concretamente, se declaran inconstitucionales una deducción establecida a favor de desempleados menores de 30 años y desempleadas –de cualquier edad– que se establecieran como trabajadores por cuenta propia o autónomos y otra deducción establecida para beneficiar, con carácter general, a trabajadores autónomos o por cuenta propia. Considera el TC que ambas deducciones están vinculadas a la obtención de rentas empresariales e implican una minoración del gravamen efectivo de este tipo de rentas, lo que supone una extralimitación de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Asturias en el IRPF y, por tanto, una vulneración del artículo 149.1.14 CE.

Como ya se adelantó, se impugna también el artículo 23.4, párrafo final Ley 10/2002, de Andalucía, precepto éste que permitía en las comprobaciones de valores del artículo 52.1.d Ley General Tributaria 1963 (hoy, artículo 57 [Ley 58/2003, de 17 de diciembre](#)), que, en su caso, se realizasen con relación al ISD o el ITPAJD, que el perito de la Administración aplicara el valor

asignado por el tasador de la vivienda sobre la que se constituyó el préstamo hipotecario, y que hubiere sido consignado en las declaraciones presentadas por el sujeto pasivo a efectos de liquidación del ITPAJD. Los recurrentes aducen que este precepto es también inconstitucional por cuanto supone una extralimitación de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en relación a ambos impuestos (F.J. 6.º).

Y es que recordemos que también cuentan las Comunidades Autónomas con competencias en el ISD y en el ITPAJD. El Estado ha atribuido competencias normativas a las Comunidades Autónomas en ambos impuestos para regular, entre otras cuestiones, los aspectos de gestión y liquidación (artículo 48.2 y artículo 49.2 LSFCA, con relación al ISD e ITPAJD, respectivamente). Y de igual modo les ha delegado el ejercicio de competencias administrativas permitiéndoles incoar expedientes de comprobación de valores. No obstante, en el ejercicio de la anterior atribución competencial tendrán que respetar un límite pues deberán utilizar los mismos criterios que el Estado (artículo 54.1 y artículo 55.1 LSFCA).

Para el TC, la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha extralimitado en las competencias que el Estado le ha atribuido con relación a la gestión del ISD y el ITPAJD (cfr. F.J. 7.º). Declara por ello la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 23.4 Ley de Andalucía por vulneración del artículo 149.1.14 CE. Considera el alto tribunal que lo que hace la norma autonómica no es estrictamente establecer un nuevo medio de comprobación, sino alterar el contenido y el sentido de un medio ya existente y que ha establecido el Estado en la LGT, como es el dictamen de peritos. Señala que la regulación autonómica desnaturaliza el dictamen de peritos, como medio objetivo de comprobación basado en la autonomía e independencia del perito al que no cabe imponer un medio o varios para llevar a cabo su valoración. Razona por ello que la norma cuestionada introduce de facto un medio distinto de valoración a los previstos por el Estado por cuanto modifica sustancialmente un medio existente. Las Comunidades Autónomas sí cuentan con competencias para regular la comprobación de valores, pero no pueden incoar los expedientes sin utilizar los criterios del artículo 57 LGT o desnaturalizándonos, modo de proceder éste que es el que sigue la Ley andaluza al desprovocer al dictamen de peritos, como criterio de valoración, del carácter independiente que le dota la LGT.

ISABEL GIL RODRÍGUEZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca*

INTERNACIONAL PRIVADO

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 998/2011, de 19 de junio de 2012 (ROJ STS 5354/2012)

Eficacia registral de escritura pública otorgada por notario extranjero. Validez del título conforme a normas de Derecho Internacional Privado

El Tribunal Supremo mediante sentencia de 19 de junio de 2012 resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 noviembre de 2006. Esta sentencia confirmó la del Juzgado de Primera instancia 6 de Santa Cruz de Tenerife de 2 marzo de 2006, revocó la resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005. La cuestión a dirimir es si puede o no tener acceso al registro

de la propiedad español la compraventa de un inmueble sito en España, formalizada ante notario alemán por vendedor y comprador de nacionalidad alemana no residentes en España, una vez cumplimentado el trámite de la apostilla del Convenio de La Haya.

La lectura de la STS plantea problemas de gran trascendencia. En lo esencial, el fondo de la cuestión gravita sobre los efectos en España de una escritura autorizada por un notario alemán. Sin embargo, no profundiza en esta cuestión y su argumentación se pierde en las cuestiones conflictuales relativas a la ley aplicable a la transmisión de la propiedad y la ley aplicable a la forma del contrato de compraventa de un inmueble situado en España. Sin reconocer la preeminencia de los problemas que suscita la cuestión de los efectos extraterritoriales del documento público extranjero, la sentencia, en *obiter dicta*, parece admitir la legalidad de una nueva redacción del artículo 1462 del CC por la que se impidiera o restringiera la eficacia de la escritura pública otorgada por notario extranjero, como sucede en Alemania y en Francia. La STS, con desconocimiento de que los supuestos de hecho regulados son diferentes, concede prevalencia al artículo 11.1, respecto del 10.1, ambos del CC. La sentencia analizada afirma, sin argumentar, que debe entenderse suficiente la escritura alemana, a los efectos del artículo 1462 del CC, al carecer éste de mención relativa a la inhabilidad de la escritura extranjera para producir el efecto traslativo. Como atinadamente se recoge en el voto particular, esta interpretación implica una contradicción con la literalidad del artículo 1462 del CC y la construcción de nuestro ordenamiento jurídico consistente en que la transmisión de la propiedad requiere de título y modo, subrayando además que se reconocen a la escritura pública alemana unos efectos que nunca podría producir en el Derecho alemán. La STS invoca la libertad de prestación de servicios del Derecho de la UE sin atender a las previsiones de la Directiva de servicios, que expresamente excluye a los notarios. Igualmente funda su argumentación en trabajos preparatorios de textos normativos que expresamente excluyen la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

La clave del razonamiento con que se traba la resolución reside en los pronunciamientos generales en su Fundamento de Derecho tercero. Sin un análisis relevante, la sentencia afirma que el recurso del Abogado del Estado parte «de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (artículos 56 a 60 del Tratado); y la necesidad de intervención en todo caso de notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos **comunitario** (sic?) y español».

Sobre esta afirmación, que confunde libertad de servicios –libertad fundamental en la UE– y régimen de la propiedad –que según el artículo 345 TFUE (antiguo artículo 295 TCE) los Tratados de la UE en nada afectan ni prejuzgan el Tribunal Supremo afirma que el artículo 10.1 del CC, que recoge el tradicional principio *lex rei sitae*, debe interpretarse en conexión con el artículo 1462 del CC, y afirma que éste al no limitar «sus efectos de traditio ficta a los supuestos en que la escritura de venta se hubiera otorgado ante notario español», permitiría deducir que la escritura de notario alemán cumple sobradamente con los requisitos de título y modo exigibles en nuestro ordenamiento jurídico para permitir la transmisión del dominio. Y ello porque «en el seno de la Unión Europea **se tiende a** evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto» (la negrita es nuestra).

De este modo, el Tribunal Supremo hace prevalecer la norma de conflicto que determina la Ley aplicable a la forma de los contratos sobre la norma de conflicto que fija la Ley aplicable a la propiedad y demás derechos reales. Todo ello confundiendo forma y fondo y sin entrar en modo alguno a valorar si el notario alemán puede aplicar o no el resto de las normas civiles y

administrativas que debe cumplir el notario español cuando autoriza, y por ello documenta, un negocio jurídico de compraventa. Además, obvia cualquier análisis del problema de los efectos extraterritoriales de un documento público extranjero y de su sustantividad, también regulada por nuestras normas de Derecho internacional privado.

El voto particular firmado por dos de los Magistrados que componen el Plenario de la Sala de lo Civil entiende que la mención al artículo 56 del Tratado de la Unión hubiera exigido mayor profundización. A juicio de los firmantes del voto particular resulta patente que la escritura alemana no es hábil para poder transmitir la propiedad en España, lo que impide su acceso al Registro de la propiedad. El voto particular subraya que conforme al artículo 1462 del CC, si bien es cierto que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, no es menos cierto que «dicha equivalencia no existirá y que, por lo tanto, no habrá tradición, si de la misma escritura [...] resultare o se dedujere claramente lo contrario». Esa expresión «claramente lo contrario» se da plenamente en el caso analizado, pues conforme al Derecho alemán la escritura de compraventa nunca es título suficiente para poder transmitir la propiedad, dando cuenta de las diferencias existentes entre el régimen jurídico transmisivo de la propiedad de Alemania y de España.

Es obvio que los artículos 1464.II y 1216 CC se refieren a los documentos autorizados por notarios españoles o por funcionarios españoles y que cuando exige otorgamiento de escritura pública se refiere a la escritura pública española. La respuesta por la que se inclina el TS es clara: el artículo 1464.II CC no exige que se trate de una escritura pública española.

Muy diferente es la situación en otros países, muy reacios a permitir el turismo documental. Así, en Derecho francés, por ejemplo, el actual artículo 2417 *Code civil* indica que «Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités», lo que supone atribuir competencia exclusiva a los notarios franceses en relación con estos actos y documentos. Por su parte, el artículo 710-1 *Code civil* en la redacción dada por la reciente *Loi n.º 2011-331* de 28 de marzo de 2011, de *modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*, establece: «Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative».

En el Derecho alemán, ante la misma cuestión, la jurisprudencia se ha manifestado justo en el sentido contrario señalando que cuando el párrafo 925 del BGB indica que, para la formalización de la *Auflassung*, está legitimado *jeder Notar*, «no puede seguirse que la competencia alcance también a un notario extranjero» («kann aber nicht gefolgert werden, dass auch die Zuständigkeit eines ausländischen Notars gegeben sei»); señalando que la intervención del notario alemán «asegura la comunicación oportuna a los poderes públicos interesados en el cambio de titularidad de derechos inmobiliarios» («verbürgt auch die gesicherte, rechtzeitige Unterrichtung der an einem Eigentumswechsel des Liegenschaftsrechts interessierten öffentlichen Händen») (Sentencia del *Oberlandesgericht* de Colonia, de 29 de noviembre de 1971, vid. *Rpfleger* 1972, Heft 4, 134. En el mismo sentido, la sentencia del OLG de Hamm, de 1 de febrero de 1974. Igualmente, la sentencia del *Oberlandesgericht* de Karlsruhe de 10 de abril de 1979 y la sentencia del *Kammergericht* de 27 de mayo de 1986. Sentencia del *Landgericht* de Frankfurt a.M., de 7 de octubre de 2009 - 3-13 0 46/09, <http://www.betriebs-berater.de/detail/-/specific/217b9268a87a9b13aeea10fe53292466>; sentencia del *Landgericht* de Ellwangen/Jagst, de 28 de noviembre de 1999 sentencias del *Oberlandesgericht* Hamm de 1 de febrero de 1974, *NJW* 1974, pp. 1057 y ss. y del *Oberlandesgericht* Karlsruhe de 10 de abril de 1979, *RIW* 7 AWD 1979, pp. 567 y ss. En contra, la sentencia del *BGH* de 16 de febrero de 1981, vid. *NJW* 1981,

pp. 1160 y ss., admite un acuerdo formalizado ante notario suizo de modificación estatutaria de una sociedad alemana en razón de la equivalencia de funciones. En el mismo sentido Sentencia del *Landgericht de Düsseldorf*, de 2 de marzo de 2011). Y en la misma línea se pronuncia para el tráfico mercantil.

Probablemente el TS no ignora el estado de la cuestión en el Derecho comparado y parece que defendería, *en passant*, la legalidad de un precepto, por ejemplo, una nueva redacción del artículo 1462 del CC en el que se impidiera o restringiera la eficacia de la escritura pública otorgada por notario extranjero.

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 6-IX-2012, asunto C-619/10, Trade Agency Ltd.
[DOUE C 331, 27-X-2012]**

**Comprobación de la rebeldía forzosa y falta de motivación de la resolución
por autoridad judicial del Estado requerido: artículo 34.1 y 2 Reglamento (CE) 44/2001**

Se trata de una sentencia con muy interesantes perfiles que ahonda en la necesidad de un doble control a la hora de conceder el reconocimiento y/o exequátur en aplicación de los apartados primero y segundo del artículo 34 del Reglamento (CE) 44/2001, introduciendo nuevas dudas en lo que hace al respeto al principio de confianza mutua entre las autoridades de los Estados miembros.

Los hechos fueron los siguientes: A raíz de la solicitud de reconocimiento en Letonia de una resolución dictada en rebeldía por la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Reino Unido), se plantea recurso prejudicial ante el TJUE solicitando una interpretación de los apartados primero y segundo del artículo 34 del Reglamento (CE) 44/2001. En los hechos, Seramico interpuso ante la High Court un recurso al objeto de que se condenara a Trade Agency y a Hill Market Management al pago de un determinado importe que le adeudaban. La cédula de emplazamiento se notificó a las demandadas, pero, al no comparecer, se dictó una resolución en rebeldía por la que se declaraba que debían abonar la cantidad solicitada junto con los intereses devengados y las costas procesales.

Seramico presenta una solicitud de reconocimiento y ejecución en Letonia de la resolución dictada por la High Court; resolución a la que se concede el reconocimiento. Este reconocimiento es impugnado por Trade Agency pero no se estima, por lo que recurre en casación alegando que la solicitud de reconocimiento y ejecución en Letonia de la resolución de la High Court debía desestimarse debido a que, de un lado, durante el procedimiento en el Reino Unido se había vulnerado su derecho de defensa al no haber sido informada de la acción interpuesta contra ella y, por otro, que la resolución adoptada por dicho tribunal era manifiestamente contraria al orden público letón, en la medida en que no estaba motivada en absoluto.

Las cuestiones prejudiciales que se plantean son: 1) En el supuesto de que una resolución de un tribunal extranjero esté acompañada de la certificación pero a pesar de ello el demandado se oponga aduciendo que no se le notificó la acción entablada en el Estado de origen, ¿es competente un tribunal del Estado miembro requerido, al analizar un motivo de denegación previsto en el artículo 34.2, para examinar por sí mismo la concordancia de la información contenida en

la certificación con las pruebas? ¿Es conforme una competencia tan amplia de un tribunal del Estado miembro requerido con el principio de confianza recíproca en la justicia recogido en los considerandos 16 y 17 del Reglamento (CE) 44/2001? 2) Una resolución dictada en rebeldía, mediante la que se dirime el fondo de un litigio sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos y que no expone ningún argumento sobre la fundamentación de la demanda en cuanto al fondo, ¿es conforme con el artículo 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y no vulnera el derecho del demandado a un proceso equitativo, establecido por dicha disposición?

Respecto de la primera cuestión, el TJUE precisa que el hecho de que la resolución extranjera esté acompañada de la certificación que exige el artículo 54 del Reglamento (CE) 44/2001 no puede limitar el alcance de la apreciación que debe efectuar, conforme al doble control, el juez del Estado miembro requerido, cuando en fase de recurso analiza el motivo mencionado en el artículo 34.2. El juez del Estado miembro requerido es competente para proceder a una apreciación autónoma del conjunto de los elementos de prueba y para comprobar de este modo, en su caso, la concordancia entre éstos y la información que figura en la certificación, a fin de evaluar, en primer lugar, si el demandado rebelde recibió la notificación o el traslado de la cédula de emplazamiento y, en segundo lugar, si la posible notificación o traslado se llevó a cabo en tiempo útil y de modo tal que el demandado pudiera defenderse.

Abundando en este argumento, el considerando 46 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, presentadas el 26 de abril de 2012, apuntaba que si bien la posibilidad de un doble control de la notificación, tanto por parte del tribunal del Estado de origen de la resolución como por el tribunal que conoce del recurso en el Estado de ejecución, conlleva una cierta tensión con el principio de la confianza recíproca y el objetivo de un reconocimiento rápido y lo menos complicado posible, del decimoctavo considerando del Reglamento (CE) 44/2001 se deduce que el Reglamento también respeta el derecho de defensa.

En cuanto a si es posible subsumir en el orden público del Estado requerido el hecho de que la resolución judicial que pretende ser ejecutada se haya dictado sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos por entender que viola el derecho del demandado a un proceso equitativo establecido por el artículo 47 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, el TJUE indica que solo cabe aplicar la cláusula de orden público en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, por menoscabar un principio fundamental.

Según el TJUE el derecho a un proceso equitativo exige que todas las resoluciones judiciales estén motivadas, y ello a fin de permitir al demandado comprender las razones de su condena e interponer contra tal resolución un recurso de forma útil y efectiva. No obstante, considera que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones, siempre que respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por las medidas de que se trate y no constituyan, habida cuenta del objetivo que se pretende alcanzar, un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos así garantizados.

En este caso, el Gobierno de Reino Unido ha precisado que una resolución dictada en rebeldía como la que es objeto de análisis solo puede dictarse cuando, por un lado, el demandante presenta el escrito de interposición de la demanda y una exposición detallada de las pretensiones que contenga una presentación pormenorizada de la *causa petendi* y de los hechos subyacentes, a la que se refiere de manera implícita la propia resolución, y, por otro, el demandado, aun habiendo sido informado en tiempo y forma de la acción ejercida contra él, no presenta un escrito de contestación de la demanda en el plazo fijado o no hace patente su intención de presentarlo. La adopción de tal resolución en rebeldía tiene por objeto garantizar un desarrollo

rápido, eficaz y menos costoso de los procedimientos iniciados para recuperar créditos indiscutidos, en aras de una buena administración de la justicia.

Se precisa, pues, que incumbe al tribunal del Estado requerido comprobar si la restricción establecida por el sistema procesal del Reino Unido es manifiestamente desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. Esto es, el tribunal puede apreciar si Trade Agency tuvo conocimiento de la exposición detallada de las pretensiones de Seramico y en qué medida, y las vías de recurso de las que disponía Trade Agency después de que se dictara dicha resolución a fin de solicitar su modificación o revocación.

En conclusión, puede decirse que esta sentencia confirma la senda emprendida por el TJUE en la sentencia ASML, de 14 de diciembre de 2006, [asunto C-283/05](#), imponiendo un doble control tanto en lo que respecta a la rebeldía procesal cuanto a la consideración de si un determinado procedimiento del Estado de origen puede vulnerar o no el orden público internacional del Estado requerido, lo que sin duda puede suponer un freno tanto al principio de confianza recíproca como a la libre circulación de resoluciones judiciales (CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «[Nota a la Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, as. C-619/10, Trade Agency, la crisis artificial de la regla “Lex fori regit processum” y el reconocimiento de sentencias extranjeras en el Reglamento 44/2001](#)»; IDOT, Laurence: «Exécution d'un jugement rendu par défaut, ordre public et droits fondamentaux». *Europe 2012 Novembre Comm.*, n.º 11: 50-51).

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

INTERNACIONAL PÚBLICO

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16-X-2012, [asunto C-364/10, Hungría C. Eslovaquia](#) [DOUE C 379, de 8-XII-2012]

Prohibición de entrada en Eslovaquia al Presidente de Hungría

La presente sentencia fue dictada en el marco de un recurso por incumplimiento incoado por Hungría contra la República Eslovaca como resultado de la denegación de entrada en su territorio al Presidente de Hungría. El Sr. Sólyom se dirigía a Hungría el 21 de agosto de 2009 para participar en la celebración de la festividad de San Esteban, patrón de Hungría. La fecha coincidía igualmente con el aniversario de la invasión de Checoslovaquia por parte de las tropas del Pacto de Varsovia en 1968. Por ello, el Ministro de Asuntos Exteriores eslovaco envió una nota verbal al embajador de Hungría en la República Eslovaca en la que se prohibía la entrada en el territorio al Sr. Sólyom, invocando la Directiva 2004/38, así como disposiciones de Derecho interno relativas a la estancia de los extranjeros y de las fuerzas de policía.

El Ministro húngaro de Asuntos Exteriores presentó una denuncia ante el Presidente de la Comisión con el fin de que ésta iniciara un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 258 TFUE por infracción del artículo 21 TFUE y de la Directiva 2004/38. La Comisión consideró que pese a que en virtud del artículo 21 TFUE y de la citada Directiva todo ciudadano tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sobre la base del Derecho internacional, los Estados miembros se reservan el derecho a controlar la

entrada de un Jefe de Estado extranjero en su territorio, sea o no ciudadano de la Unión. Ante el dictamen negativo de la Comisión, Hungría interpuso un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia (artículo 259 TFUE).

La República Eslovaca alegó durante el procedimiento la incompetencia del Tribunal debido a la inaplicabilidad del Derecho de la Unión al caso de autos, lo que Hungría refutó sobre la base del artículo 344 TFUE que obliga a los Estados a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. El Tribunal desestimó la excepción argumentando que la cuestión de la aplicabilidad del Derecho de la Unión al caso de autos se inscribía plenamente en las competencias del Tribunal de Justicia, en consonancia con la opinión del Abogado General Bot.

El Tribunal retoma el mantra omnipresente en los asuntos de ciudadanía e iniciado con *Grzelczyk* sobre el estatuto fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros que el artículo 20 TFUE confiere a toda persona nacional de un Estado miembro (*D'Hoop*, *García Avello* y *Ruiz Zambrano*), para concluir que el Sr. Sólyom goza del mismo. Continúa su argumentación reconociendo el derecho fundamental del artículo 21 TFUE, pero recuerda la necesidad de interpretar el Derecho de la Unión a la luz de las normas pertinentes de Derecho internacional, como parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, vinculante para las instituciones.

Sobre la cuestión de si el ejercicio de las funciones de Jefe del Estado puede constituir una limitación a la aplicación del derecho de ciudadanía a la libre circulación (artículo 21 TFUE), el Tribunal recuerda el estatuto especial del que disfruta el Jefe del Estado según el Derecho internacional general y los convenios multilaterales, como la Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973. Dicho estatuto especial, regulado por Derecho de las relaciones diplomáticas, distingue al Jefe del Estado del resto de los ciudadanos de la Unión, de modo que su acceso al territorio de otro Estado no está sujeto a las mismas condiciones. Por tanto, el hecho de que un ciudadano ejerza las funciones de Jefe del Estado justifica la limitación, basada en el Derecho internacional, del ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 TFUE (párrafos 50 y 51). En este punto el Tribunal parece diferir de las conclusiones del Abogado General Bot, quien considera que el Derecho de la Unión no es de aplicación al caso de autos, puesto que los Estados no han atribuido competencias a la Unión en lo relativo a las relaciones diplomáticas entre los mismos. Únicamente una situación de paralización persistente de las relaciones entre los Estados contraria a las obligaciones de mantener relaciones de buena vecindad, asumidas al adherirse a la Unión, podría incluirse dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en virtud del principio de cooperación leal del artículo 4.3 TUE.

El Tribunal no termina de aclarar el carácter y alcance de la limitación, ni en qué momento de la valoración jurídica entra en juego. Es cierto que la totalidad de la sentencia está redactada en términos muy restrictivos, refiriéndose al Jefe del Estado, por su estatuto especial en Derecho internacional, de lo que se desprende que el fallo no se extendería al Ministro de Asuntos Exteriores ni a los agentes diplomáticos y consulares. Tampoco parece que se trate de una excepción al estilo de las exigencias imperativas, ya que un análisis de este tipo habría requerido, en línea con la jurisprudencia previa del Tribunal, un pronunciamiento sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida, ausentes en la sentencia. En general, el Tribunal parece debatirse entre un razonamiento *à la Keck y Mithouard*, que excluiría este tipo de situaciones del alcance del artículo 21 TFUE, y una excepción jurisprudencial basada en el Derecho internacional.

A continuación el Tribunal examinó los motivos restantes planteados por Hungría. En lo relativo al abuso de derecho en el que la República Eslovaca habría incurrido al hacer referencia erróneamente en su nota verbal a la Directiva 2004/38, tal y como la misma había reconocido, el Tribunal establece que la simple invocación de dicha Directiva no puede tener como consecuencia su aplicación a un supuesto de hecho a la que no es aplicable, por lo que no concurren las

circunstancias objetivas ni subjetivas necesarias para calificarla de conducta abusiva (*Emsland-Stärke, Eichsfelder Schlachtbetrieb*). En su segundo y cuarto motivos, Hungría, respectivamente, advertía del riesgo de que la República Eslovaca volviera a infringir los artículos 3 TUE y 21 TFUE, así como la Directiva 2004/38 y sostenía que si se concluyese la aplicabilidad de las normas de Derecho internacional en lugar del Derecho de la Unión, el Tribunal habría de clarificar los límites de la aplicación del artículo 21 TFUE y de la Directiva en las relaciones bilaterales de los Estados miembros. Sobre la base del fin del procedimiento instituido por el artículo 259 TFUE, el Tribunal, acertadamente, declaró ambos motivos inadmisibles.

SOLEDAD RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNERO
*Doctoranda del Área de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca*

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
de 19-XII-2012, asunto C-364/11, *El Karem El Kott y otros c.
Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*
[DOUE C 46, de 16-II-2013]**

Estatuto de refugiado apátridas palestinos

La presente sentencia fue dictada en respuesta a una cuestión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre los Sres. Abed El Karem El Kott, A Radi y Kamel Ismail, apátridas de origen palestino, y la Oficina de Inmigración y Nacionalidad de Hungría (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, BAH*) acerca de la denegación de las solicitudes de concesión del estatuto de refugiado. Los tres recurrentes en el procedimiento principal vivían en campos de refugiados del Organismo de Obras Públicas y Socorro para los Refugiados de Palestina en el cercano Oriente (OOPS) en el Líbano, que se vieron obligados a abandonar a causa de la destrucción de sus domicilios y de las amenazas que recibieron. Huyeron a Hungría, donde solicitaron la concesión del estatuto de refugiado. La BAH denegó su solicitud sobre la base del artículo 21.1 de la Directiva 2004/83, aunque dictó prohibiciones de devolución a su favor, en el caso de los Sres. Abed El Karem El Kott y A Radi. Al Sr. Kamel Ismail y a su familia, en posesión de un certificado del Comité popular palestino que manifestaba las circunstancias en las que tuvieron que abandonar el campo en el que se alojaban, les fue concedida la protección subsidiaria.

El tribunal remitente pregunta si el artículo 12.1 a) de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el cese de la protección o de la asistencia de un órgano u organismo de Naciones Unidas distinto del ACNUR «por cualquier motivo» abarca la situación de una persona que sale de la zona de operación de ese órgano u organismo en circunstancias similares a las del procedimiento principal. Dicha cuestión había sido presentada en términos muy similares en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17-VI-2010, *Bolbol* (C-31/09). El Tribunal aclara por tanto la diferencia fáctica esencial: el Sr. Nawras Bolbol no había recibido protección por parte del OOPS antes de presentar la solicitud, por lo que el Tribunal no se pronunció sobre las circunstancias en las que puede considerarse que la protección «ha cesado por cualquier motivo», ni sobre la naturaleza de los beneficios a los que da derecho el mismo, según la Directiva.

El Tribunal recuerda que el artículo 12.1 a) excluye en su primera frase a los nacionales de terceros países o apátridas cuando estos reciban asistencia o protección de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del ACNUR. Según la Abogado General Sharpston,

la aplicación de dicha disposición supondría que toda solicitud que formule sería considerada inadmisibile, al margen de si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2.c) de la Directiva. No obstante, dado que se trata de una causa de exclusión, debe interpretarse restrictivamente. El Tribunal considera, en línea con las conclusiones presentadas por la Abogado General Sharpston, sin embargo, que el hecho de que esa disposición excluya a las personas que «reciban actualmente» protección o asistencia no puede interpretarse en el sentido de que la ausencia o la salida voluntaria de la zona de operaciones del OOPS baste para hacer inaplicable la exclusión prevista en dicha disposición. Ello supondría que cualquier solicitante de asilo que presente su solicitud en el territorio de uno de los Estados miembros, para lo cual se habrá desplazado de la zona de operaciones del OOPS, nunca estaría comprendido en esta causa de exclusión, lo cual privaría de todo efecto útil a esa causa de exclusión. Por lo tanto, la disposición ha de interpretarse en el sentido de que incluye no solo a las personas que reciben asistencia actualmente sino quienes habían recibido efectivamente esa asistencia poco antes de la presentación de una solicitud de asilo en un Estado miembro, siempre que dicha asistencia no hubiera cesado en el sentido del artículo 12.1. a).

Procede, por tanto, precisar las condiciones en las que puede considerarse que la asistencia «haya cesado por cualquier motivo», dado que la mera salida del solicitante no puede, según el Tribunal, hacer inaplicable la exclusión. De la letra de la disposición se desprende que debe incluir no solo la supresión del órgano u organismo, sino el cese de la asistencia efectiva prestada por el OOPS. Tal es el caso cuando la decisión de ausentarse de la zona de operaciones del OOPS está «motivada por una fuerza independiente de la voluntad de la persona interesada». Dicha interpretación se ajusta, según el Tribunal, al objetivo de dicho artículo 12.1 a) de la Directiva de asegurar la continuidad de la protección de los refugiados palestinos a través de una protección o asistencia efectiva, más allá de la existencia del OOPS.

Corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes comprobar si la salida de los solicitantes de asilo está justificada por motivos que escapan a su voluntad y les fuerzan a ausentarse, impidiéndoles recibir protección efectiva por parte del OOPS. No obstante, y como es habitual en su jurisprudencia, el Tribunal procede a dotar a los órganos jurisdiccionales de los criterios interpretativos que habrán de seguir al realizar dicha apreciación. Así, habrán de tener en cuenta el objetivo de asegurar la continuidad de la protección de los refugiados palestinos y atendiendo al mismo habrán de considerar que un refugiado ha sido forzado a marchar de la zona de operaciones del OOPS cuando «se encontraba en un estado personal de inseguridad grave y ese organismo estaba imposibilitado para asegurarle en esa zona condiciones de vida conformes con la misión de la que este último está encargado». Habrán de llevar a cabo, en todo caso, una evaluación individual del caso en cuestión, pudiendo aplicar por analogía el artículo 4.3 de la Directiva, el cual recoge los elementos que han que tenerse en cuenta a la hora de valorar individualmente una solicitud de protección internacional.

El tribunal remitente preguntaba igualmente si el artículo 12.1 a) debe interpretarse en el sentido de que tener derecho a los beneficios del régimen de la Directiva supone que la persona interesada tiene automáticamente derecho a que se le reconozca el estatuto de refugiado o si simplemente están incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Directiva. En este sentido, el Tribunal estima que la Directiva ha de interpretarse en conformidad con las disposiciones equivalentes del artículo 1 de la Convención de Ginebra en sus versiones auténticas (francés e inglés) que alude a los beneficios de la Convención. No obstante, tal y como considera el Tribunal, el hecho de tener *ipso facto* derecho a los beneficios del régimen de la Directiva no puede originar un derecho incondicionado al reconocimiento del estatuto de refugiado, sino que únicamente eximen a la persona interesada de demostrar el fundado temor de persecución en el sentido del artículo 2.c). Ésta habrá, por tanto, de presentar igualmente una solicitud para su examen

por el órgano competente del Estado miembro responsable en el curso del cual éste habrá de comprobar que haya recibido asistencia efectiva por parte del OOPS y que haya cesado, y que no se encuentre en ninguna de las causas de exclusión enunciadas en el artículo 12.1.b) o 2 y 3 de la Directiva.

En cuanto al régimen adicional de protección subsidiaria establecido en la Directiva, tanto la Abogado General Sharpston como el Tribunal coinciden en que el artículo 12.1 a) solo se refiere al estatuto de refugiado y por consiguiente no excluye a nadie del estatuto de la protección subsidiaria, que se concede a quienes no reúnen las condiciones para el estatuto de refugiado pero están sometidos a un riesgo real de sufrir daños graves en el sentido del artículo 15 c) de la Directiva.

Posteriormente, el Tribunal puntualiza que la interpretación dada a los términos «tendrán *ipso facto* derecho a los beneficios del régimen de la Directiva» no incurre en discriminación prohibida por el artículo 20 de la Carta, en contra de las alegaciones de algunos Gobiernos, y en línea con la opinión de la Abogado General Sharpston (párrafos 67-75) puesto que se trata de situaciones fácticamente diferentes, por lo que la Comunidad internacional decidió concederles un trato especial previsto en el artículo 1. D de la Convención de Ginebra.

SOLEDAD RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNERO
Doctoranda del Área de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad de Salamanca

MERCANTIL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.º), n.º 417/2012, de 3 de julio (ROJ STS 6620/2012)

Nulidad de Pagaré

Como es sabido, el pagaré es una promesa de pago que se justifica, normalmente, por el reconocimiento de la existencia de una deuda actual o futura a cargo del firmante. La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, lo configura como un título eminentemente formal. Para su perfecta creación y constitución, el pagaré ha de contener una serie de requisitos formales que configuran el contenido de las obligaciones que incorpora el documento. Menciones requeridas *ad solemnitatem*; esto es, con carácter constitutivo. El artículo 94 se encarga de enumerar una serie de menciones que, a tal fin, resultan de necesaria consignación en el pagaré. Precepto que ha de completarse con las previsiones supletorias que, para la falta de alguno de los requisitos mencionados en el citado artículo, se contienen en el artículo 95. Es precisamente este último precepto el que se encarga de subrayar el rigor formal del pagaré, al indicar que «El título que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considera pagaré, salvo en los casos determinados en los párrafos siguientes...».

Partiendo de tales consideraciones, parece necesario apuntar que, en la actualidad, y en el seno de las relaciones comerciales, es harto frecuente la utilización del pagaré como instrumento de pago del precio debido por el comprador.

El objeto de estas líneas se limita a realizar una somera aproximación a la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 6620/2012, de 3 de julio. Por lo que aquí interesa, esta resolución centra su análisis en determinar si un pagaré que no recoge

su lugar de emisión puede ser considerado como tal. Conviene ya adelantar que, siendo el pagaré un título caracterizado por sus elementos formales, en el litigio estudiado por la Sala, el «supuesto» pagaré no va acompañado de lugar de emisión alguno. Entendiéndose por «lugar» la localidad o población, y por domicilio, la dirección o residencia (artículo 93 Ley 19/1985).

El artículo 94 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, enumera las menciones que debe contener un pagaré para ser considerado como tal. Así, el número 6 determina que el título emitido debe reflejar «la fecha y el lugar en que se firme el pagaré». En principio, la omisión de este requisito impide que el documento pueda ser considerado pagaré. No obstante, el artículo 95 de la propia Ley dispone una serie de excepciones que permiten suplir ciertas lagunas. Entre ellas, se encuentra la siguiente: «El pagaré que no indique el lugar de su emisión se considerará firmado en el lugar que figure junto al nombre del firmante» (artículo 95 c).

Este precepto permite, pues, subsanar la omisión de la indicación del «lugar de emisión», con la mención de un lugar junto al nombre del firmante –al entender la ley que este lugar es el de emisión–. Pero, ¿qué sucede si el título carece también de esta referencia de un lugar junto al nombre del firmante? A nuestro juicio, la consecuencia no es otra que la nulidad del título.

La Audiencia de Lérida, que elevó el recurso al TS, aun reconociendo la inexistencia de tales menciones en el pagaré, entiende que en este caso el defecto carece de relevancia. Aduce dos argumentos distintos para sustentar su decisión. En primer lugar, que el pagaré había sido impreso y confeccionado por una entidad de crédito, haciendo mención expresa del domicilio de pago en una de sus sucursales. Sucursal que, al estar radicada en una concreta dirección de Lérida, vendría a hacer que confluyeran en la misma el lugar de emisión con el lugar de pago. Añade, en segundo término, que como el pagaré fue completado por el firmante –siendo quien omitió la referencia al lugar de pago–, no puede el responsable de este defecto beneficiarse de tal omisión.

El TS rechaza, con buen criterio, la decisión de la AP de Lérida. Rebate ambos extremos sustentando su decisión de la doctrina de la propia Sala –STS 108/2006, de 10 de febrero, y STS 793/2009, de 9 de diciembre–.

En un supuesto idéntico al estudiado, la segunda de las resoluciones subraya que el pagaré «constituye en nuestro ordenamiento un título formal, pues solo la promesa de pago que reúna los requisitos exigidos por la Ley 19/1985, de 16 de julio, puede ser calificado como tal». Además, explica el origen y finalidad de la exigencia de la mención del lugar de emisión prevista en el artículo 94.6.º LCCh. Proviene de «lo dispuesto por los artículos 75, ordinal 6.º, y 76 del Convenio de 7 de junio de 1930, por el que se estableció la Ley Uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden», y es «la consecuencia de haberse convertido el lugar de emisión del pagaré en punto de conexión en caso de conflicto de leyes sobre determinados extremos de su régimen jurídico –artículos 99 y 100 de aquella Ley–».

La STS sometida a estudio también añade que «no cabe, como pretende la Audiencia, entender plenamente equivalentes el lugar de emisión del pagaré y el lugar de pago». El motivo es que el artículo 95 b) LCCh permite considerar el lugar de emisión como lugar de pago, en caso de omisión de esta última mención, pero no al revés. Y ello, porque el artículo 95 c) LCCh prevé, expresamente, el supuesto de falta de indicación de lugar de emisión y tan solo lo entiende subsanado con la mención al lugar que aparezca junto al nombre del firmante.

El rigor formal de la Ley Cambiaria y del Cheque tiene como finalidad última otorgar seguridad al tráfico jurídico. En consecuencia, no cabe realizar objeción alguna a la doctrina seguida por nuestro TS en este ámbito. El documento se parecerá «estéticamente» a un pagaré, pero no será tal.

Si se produjera una relajación paulatina y sostenida en la interpretación de las formalidades contenidas en la LCCh, los operadores dejarían de utilizar tales instrumentos.

Añadir, en fin, que la diligencia en las relaciones comerciales no es solo predicable de la parte deudora –firmante del pagaré–. Aquella que recibe el título –y que es beneficiario de la promesa de pago– debe examinarlo y actuar en consecuencia. Bien aceptando su entrega, bien rechazándolo de plano. Lo que no cabe es defender, como hace la Audiencia de Lérida, que el pagaré ha sido puesto en circulación en un documento confeccionado por una entidad de crédito, con una suerte de «domiciliación perfecta». Si bien es cierto que las entidades de crédito suministran, a petición de sus clientes, «talonarios de pagarés» con un formato muy similar a los tradicionales «talonarios de cheques», ambos instrumentos son distintos entre ellos, y distintos a la letra de cambio. Letra, pagaré y cheque tienen su propio régimen jurídico y no son nuevos en el tráfico mercantil y debemos respetar sus peculiaridades; alcance, contenido, formalidades y eficacia de cada uno de ellos, so pena de adulteración.

JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA
*Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), n.º 434/2912, de 9 de julio de 2012 (ROJ STS 6309/2012)

Aprobación en Junta General de las cuentas anuales de las Sociedades Anónimas

1. Introducción

En este fallo, el TS desestima el recurso de casación contra la S. AP de Málaga [Civil/Secc. 6ª] de 7 de julio de 2009 [ROJ SAP MA 2236/2009], en la cual, a su vez, se desestimó igualmente el recurso de apelación contra la S. JPI n.º 2 de Estepona de 27 de noviembre de 2006, pronunciamiento este último en el que se desestima la impugnación de las cuentas anuales de la sociedad anónima demandada correspondientes al ejercicio de 2003 formulada por la parte demandante, por una supuesta infracción del derecho de información y por entender que tales cuentas no reflejaban la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de dicha sociedad, extremos estos que, obviamente, no fueron apreciados en ninguna de estas resoluciones. En concreto, fueron seis los motivos de casación invocados por la recurrente y de los que se conoció en el fallo en análisis, los cinco primeros en consideración a la supuesta infracción del antiguo artículo 172.2 TrLSA (actualmente sustituido por el artículo 254.2 TrLSC), y el sexto por entender asimismo infringidos los igualmente derogados artículos 203 y 208 TrLSA (actualmente sustituidos por los artículos 263 y 268 TrLSC). En síntesis, estos motivos se basaban en los extremos siguientes:

En los **motivos primero y segundo**, se alegó la inexactitud de la memoria presentada, por no haberse identificado correctamente en la misma la causa de la suspensión de pagos de la sociedad y el hecho de que un acuerdo verbal con las principales entidades financieras de dicha sociedad impediría que tales entidades dieran por vencidos anticipadamente los préstamos pendientes de pago.

En el **tercer motivo**, se adujo que, además, se omitía en la referida memoria la impugnación judicial del acuerdo de la junta general de la sociedad por el cual se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio correspondiente al año 2000, lo que se suponía constituía información relevante para conocer la situación patrimonial de dicha sociedad.

Los **motivos cuarto y quinto** iban referidos a la posible incidencia de la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de un ejercicio contable sobre las cuentas de los ejercicios posteriores, a modo de «efecto dominó», ya que no se habían corregido en las segundas los vicios y defectos de las primeras.

Finalmente, el **motivo sexto** tenía por objeto las supuestas incorrecciones relevantes en que incurría el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al año 1983, por tratarse de un informe de los llamados de «opinión técnica denegada», es decir, aquellos en los que el auditor no ha podido formular dicha opinión por existir situaciones inciertas cuyo resultado final no puede ser claramente estimado. De esta suerte, la recurrente estimaba que tal denegación de opinión técnica daba lugar a la nulidad de tales cuentas anuales como si el informe hubiese concluido con una opinión técnica abiertamente desfavorable a su aprobación, equiparando ambos supuestos como equivalentes.

2. La orientación jurisprudencial previa en esta materia

Como indicación previa, es interesante recalcar que las alegaciones de la recurrente en cuanto a la jurisprudencia que invoca en apoyo de sus pretensiones se revelan en general bastante correctas desde una perspectiva estrictamente teórica y conceptual. Dicho de otro modo, la recurrente adujo con suma exactitud cuáles venían a ser las principales líneas jurisprudenciales precedentes en materia de cuentas anuales de las sociedades de capital, y en particular las siguientes:

La necesidad de que cuentas anuales de las sociedades de capital reflejen una imagen fiel de su situación patrimonial, con claridad y exactitud, sin errores ni omisiones relevantes, de conformidad con lo dispuesto al respecto en el *Com.*, en el *TrLSC* y demás normativa aplicable, como se desprende, por ejemplo, de las *SS. TS [Sala de lo Civil]* de 12 de mayo de 1982 [*ROJ STS 101/1982*] y 1 de julio de 1996 [*ROJ STS 3390/1996*], entre otras muchas.

La consideración como información relevante a los efectos antes señalados de la existencia de litigios pendientes sobre la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios anteriores, de acuerdo con lo fallado en las *SS. TS [Sala de lo Civil]* de 29 de noviembre de 1983, y 8 de julio de 1987 [*ROJ STS 4837/1987*], entre otras.

Se ha considerado relevante dicha información, justamente por su posible incidencia en la validez de las cuentas anuales posteriores, salvo que se vengán a corregir en estas últimas los vicios y defectos de las cuentas anuales anteriores objeto de impugnación, según se establece en la *S. de 29 de noviembre de 1983*, en la que se citan otras en el mismo sentido, a saber, *SS. TS [Sala de lo Civil]* de 25 de enero de 1968, y, sobre todo, de 14 de marzo de 1980 [*ROJ STS 11/1980*], entre otras.

La importancia en general del informe de auditoría en la aprobación de las cuentas anuales, en especial de su carácter completo, para confirmar que aquéllas reflejan efectivamente la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad, de forma que la denegación de la opinión técnica por parte del auditor no solo hace más difícil que se cumpla dicha exigencia sino que, además, puede encubrir u ocultar una opinión negativa o materialmente denegada, como se resolvió, por ejemplo, en las *SS. TS [Sala de lo Civil]* de 11 de noviembre de 1998 [*ROJ STS 6623/1998*], y 17 de mayo de 2000 [*ROJ STS 4004/2000*], entre otras.

3. Las líneas básicas del pronunciamiento en este fallo

Como no podía ser de otro modo, el Alto Tribunal no vino a contradecirse a sí mismo, ni tampoco a rectificar su jurisprudencia precedente (para ampliar información, vid. OLIVERA MASSÓ, P. 2010: «Impugnación de cuentas anuales de las sociedades mercantiles: una

propuesta de análisis sistemático de sus causas, efectos y especialidades». *La Ley*, n.º 7438, 5 de julio, IV, ref. D-219, 1516-1529), sino más bien a confirmarla. No obstante, se rechazaron de plano todas las alegaciones de la recurrente, dado el carácter instrumental y no real de los pronunciamientos invocados. En otras palabras, aceptando los postulados sentados en los fallos previos del TS, no se apreció la concurrencia de los concretos supuestos de hecho a los que resultaría de aplicación la doctrina establecida en tales fallos. Así, en relación con la secuencia fáctica de la que se conoció en esta sentencia, se vino a dictaminar lo siguiente:

Las inexactitudes y omisiones detectadas en la memoria integrante de las cuentas anuales objeto de impugnación no resultaban de tal enjundia y gravedad como para distorsionar de forma significativa la imagen fiel de la situación económica de la sociedad. Así se había ponderado en la sentencia apelada, y por tanto el TS declinó entrar en cuestiones de valoración, por lo demás ajenas al interés casacional.

Los litigios pendientes sobre las cuentas anuales de anteriores ejercicios anteriores sí que habían sido citados en la memoria de las cuentas anuales impugnadas, siquiera brevemente, y además tales litigios iban básicamente referidos a una ampliación de capital de la sociedad que, finalmente, no había podido ser llevada a efecto por haberse visto anulada mediante S. TS [Sala de lo Civil] de 3 de octubre de 2002 [ROJ STS 6457/2002]. Por esta razón, parece evidente una vez más la mínima incidencia de tales hechos en la imagen fiel de la situación patrimonial de esta sociedad.

La validez de las cuentas anuales de la sociedad posteriores a 2003 quedaba inalterada por dos razones: de una parte, por el hecho de que todavía no había sido dictada la referida S. de 3 octubre 2002 en el momento en que se formuló la impugnación de las cuentas anuales de 2003 (por lo que no habían ganado firmeza los pronunciamientos previos en primera instancia y en apelación); y, de otra, porque el carácter firme del reiterado fallo no obliga a modificar en modo alguno las cuentas anuales posteriores aprobadas durante el período de litispendencia, sino tan solo a que tales modificaciones se tengan en cuenta y sean oportunamente introducidas en las siguientes cuentas anuales a aprobar ulteriormente, de conformidad con la jurisprudencia precedente en este punto, por ejemplo, en la S. TS [Sala de lo Civil] de 20 de octubre de 2011 [ROJ STS 6848/2011], en la cual se hace un resumen sumamente gráfico de las resoluciones anteriores al respecto, todas ellas citadas en la presente anotación.

La importancia de la diferencia entre una «opinión técnica denegada» y una «opinión técnica desfavorable» en el informe de auditoría en la aprobación de las cuentas anuales, que impide la equiparación entre ambas, tanto de conformidad con las Normas Técnicas de Auditoría del ICAC, como con la propia jurisprudencia precedente, en concreto con la ya citada S. TS de 17 de mayo de 2000. De esta forma, solo la opinión desfavorable justificaría suficientemente la nulidad de las cuentas anuales de la sociedad, y no así la opinión meramente denegada, y más en el caso de autos, en el que la misma se debía a la incertidumbre a que daba lugar la suspensión de pagos de la sociedad, y de ahí que se estimase finalmente que no tenía una incidencia significativa en la imagen fiel del estado patrimonial de la sociedad.

4. Conclusión

La importancia de este fallo no radica en haber introducido novedades respecto de la jurisprudencia previa en materia de impugnación de cuentas anuales de las sociedades mercantiles, sino más bien en la confirmación y, sobre todo, en la excelente síntesis de la misma que se realiza al hilo de la sucesiva desestimación de las diversas pretensiones invocadas por la recurrente, síntesis que viene a sumarse a la ya realizada en otros pronunciamientos recientes como la citada S. de 20 de octubre de 2011. Por lo demás, la rica casuística de la que se ha conocido

en esta sentencia ha venido a confirmar con carácter general la necesidad de que los errores, omisiones o inexactitudes en las cuentas anuales sean lo suficientemente significativos como para distorsionar de manera sustancial la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad, a modo de presupuesto objetivo y material para que se declare la invalidez de dichas cuentas.

LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 561/2012, de 27 de septiembre de 2012 (ROJ STS 6196/2012)

Doble protección del diseño industrial: propiedad industrial y propiedad intelectual

1. Introducción

El diseño industrial, como creación industrial, ha venido recibiendo su protección natural por medio de la normativa protectora de la propiedad industrial. En el derecho interno español, fue protegido inicialmente por la Ley de Propiedad Industrial de 1902, y hasta hace casi diez años lo vino siendo por el Estatuto de la Propiedad Industrial, aprobado por el RD-ley de 26 de julio de 1929 –TR de abril de 1930–, hasta que fue aprobada y entró en vigor la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, que incorporó la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. Por otra parte, existe una protección comunitaria, vía derecho uniforme, de la mano del Reglamento (CE) 6/2002, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, que incluye tanto el diseño registrado como el no registrado, con efectos uniformes en toda la Unión Europea.

Ahora bien, la protección del diseño industrial no acaba con las normas de la propiedad industrial. Existe además la posibilidad de proteger el diseño por la vía del Derecho de la propiedad intelectual, en concreto mediante la aplicación del TR de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RD-Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que derogó la anterior Ley de 1987, refundiendo y derogando al tiempo otras leyes que habían incorporado a nuestro ordenamiento varias directivas comunitarias.

Esta doble protección acumulada del diseño industrial es abordada por la Sentencia del TS de 27 de septiembre de 2012 (recurso 831/2010), admitiéndola, pero no en todo caso.

2. La demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Mercantil

En la demanda que dio origen a la sentencia de la primera instancia, la parte actora pedía que se declarara: por un lado, que la mercantil demandada había incumplido un contrato de julio de 1998, suscrito para la explotación del diseño de una farola que había resultado ganadora en un concurso de ideas («Nueva Farola del Eixample») y de dos variantes de la misma, al no haber abonado desde 2001 hasta la fecha de la resolución en junio de 2006 las cantidades acordadas en concepto de royalties por la fabricación y comercialización de las farolas, y que en consecuencia adeudaba los royalties devengados; y, por otra parte, que la fabricación, comercialización u ofrecimiento por parte de la demandada de las farolas referidas con posterioridad

a la resolución del contrato constituyó una infracción de los derechos de propiedad intelectual de las actoras.

En consecuencia, vino a pedir también que se condenara a la demandada: a cesar en el ofrecimiento, fabricación, comercialización o, en definitiva, cualquier otro acto de explotación de los diseños de las farolas; a abonar los royalties adeudados; y a abonar una indemnización en concepto de daños y perjuicios por la infracción de sus respectivos derechos de propiedad intelectual.

3. Las resoluciones judiciales y los recursos

La sentencia de primera instancia, de 20 de noviembre de 2008 del Juzgado Mercantil n.º 4 de Barcelona en los autos 1208/2006, estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a abonar unas cantidades en concepto de royalties y de intereses legales, no estimándola respecto de la infracción de los derechos de la propiedad intelectual. La sentencia de apelación, de 27 de enero de 2010 (rec. 134/2009) de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), confirmó el fallo de la sentencia anterior, si bien variando algunas de las razones que lo justificaban, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la demandada. Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, por contradecir las disposiciones legales y la jurisprudencia relativas a la prueba en los procesos civiles, y recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: primero: vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el principio de los actos propios, la buena fe y el abuso de derecho, del art. 7 del CC; segundo: infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre interpretación de los contratos, en especial respecto del criterio principal establecido en el art. 1281 del CC, y tercero: infracción de la jurisprudencia relativa al concepto unitario de originalidad en la Ley de Propiedad Intelectual y del principio de doble protección del diseño industrial.

4. La sentencia del Tribunal Supremo. Inexistencia de jurisprudencia consolidada

La Sala Primera del Tribunal Supremo (ponente D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) desestima tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Llama la atención que aunque el Tribunal Supremo desestimó los recursos formulados, solo impuso las costas del recurso por infracción procesal, pero no las del recurso de casación. El motivo de ello, expresado en la fundamentación jurídica de la sentencia (FJco 6.º), es la inexistencia de jurisprudencia consolidada en esta materia, lo cual no debe pasar desapercibido. De hecho, es lo que motiva esta reseña, siendo además la razón de que la Sala haya optado por una sentencia de marcado carácter «didáctico», al menos su FJco 5.º, al resolver el tercer motivo de casación.

Comienza la Sala valorando los distintos sistemas de tutela del diseño por el derecho de autor, continúa con la tutela del diseño en los Derechos comunitario y español, y finalmente llega a una conclusión en cuanto a la posibilidad de acumulación de la protección.

5. Sistemas de tutela del diseño por el derecho de autor

Señala la sentencia en el FJco 5.º que «La tutela de las creaciones útiles, entre ellas las obras plásticas susceptibles de ser adaptadas a la industria o creadas por su autor precisamente con la finalidad de ser reproducidas por un proceso industrial o artesanal, se ha desarrollado en los diferentes Estados de acuerdo con tres sistemas básicos que tratan de articular de forma

equilibrada los diferentes intereses en juego» –singularmente, dice, los de los diseñadores, los de la industria, los del mercado y los de los consumidores–.

Estos sistemas de tutela son:

1. Acumulación total o absoluta, según el cual –dice la sentencia– «para la protección del diseño por la normativa de derecho de autor y por la de propiedad industrial es exigible idéntico grado de creatividad –sin perjuicio de que sea o no exigible el registro–. Es el sistema clásico francés, seguido por las leyes de 11 de marzo de 1902 y 14 de julio de 1909 basado en el principio de l'unité de l'art (la unidad del arte) –si bien algunos autores cuestionan la plena vigencia del sistema en el artículo L513-2, del Código de Propiedad Intelectual, introducido por la Ordonnance número 2001-670 de 25 de julio de 2001».

2. Separación absoluta, «en el que la propiedad intelectual de los autores plásticos no es susceptible de tutela por vía del diseño y viceversa, ya que la duplicidad devendría superflua. Es el seguido por la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902...».

3. Acumulación parcial, más o menos restringida, es el sistema intermedio, en el que «los diseños susceptibles de tutela como propiedad industrial también son susceptibles de tutela acumulada por derecho de autor, pero para ello es preciso cierto grado de altura artística».

Estos sistemas han sido puestos de manifiesto por la doctrina científica desde hace años (OTERO LASTRES. 1977: *El modelo industrial*. Montecorvo; ídem. 1994: «Protección del diseño: modelos y dibujos industriales». *CDC*: 115 y ss.; ídem. 2003: *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*. Marcial Pons, 55 y ss.), siendo comprensible que haya querido explicarlos el TS en esta sentencia, por la ausencia de una jurisprudencia consolidada.

6. La tutela del diseño en los Derechos comunitario y español, y la posibilidad de acumular la protección

En la regulación anterior, el art. 190 del Estatuto de la Propiedad Industrial ya reconocía para los modelos artísticos u obras de arte aplicado la posibilidad de la protección simultánea en concepto de propiedad intelectual, lo cual vino a reconocer posteriormente el art. 3 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 al decir que «los derechos de autor son independientes y compatibles con: ... 2.º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra». El vigente TRLPI ha recogido esto mismo literalmente, también en el art. 3, añadiendo que son derechos «acumulables»; por su parte, la Disp. Adic. 10.^a de la Ley de Protección del Diseño Industrial dice: «La protección que se reconoce en esta ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual». Según lo expuesto, el Derecho español recoge desde hace tiempo la posibilidad de acumular en el diseño industrial la protección de la propiedad intelectual y de la propiedad intelectual, por lo que se excluye el sistema de separación absoluta o de no acumulación.

La sentencia hace referencia además al art. 17 de la Directiva 1998/71/CE y al art. 96.2 del Reglamento (CE) 6/2002; de los que concluye que el Derecho de la Unión europea también excluye el sistema de separación absoluta.

Dejando sentado esto, entre los dos sistemas de acumulación vistos la Sala del TS se decanta por el sistema de acumulación parcial o restringida.

Dice la sentencia que el sistema de acumulación total, que algún autor ha defendido en base al art. 10.1 del TRLPI, choca con lo previsto en la Disp. Adic. 10.^a de la Ley de Protección del Diseño Industrial y con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la misma. En este sentido, la sentencia acoge la línea doctrinal que «para la tutela del diseño por derecho de autor, a

los requisitos de novedad y singularidad que para el registro exige el artículo 5 de la citada Ley 20/2003, de 7 de julio, añade la necesidad de que sea “original o especialmente creativo” o tenga “el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística”, separándose así del sistema de acumulación total, en base al cual resultan «protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa».

Señala también la sentencia –y concluimos– que «el reconocimiento del haz de derechos característicos del derecho de autor –además de los referidos a la explotación de la obra, otros morales–, sin necesidad de registro, y durante el largo período de tiempo que fija la normativa de propiedad intelectual –y alguno sin límite–, no puede proyectarse, sin más, a las formas nuevas –la novedad de creación estética a que se refieren las sentencias 1166/2001, de 4 de diciembre y 778/2010, de 24 de noviembre–, que aportan un valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, pero carecen de cierto nivel de originalidad o/y creatividad dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. Se trata de requisitos necesarios para ser protegidas como obra artística, de tal forma que a la “novedad” precisa para el modelo industrial se acumula la exigencia de un plus de creatividad».

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ BARRIOS
*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca*

PENAL

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) n.º 731/2012, de 25 de septiembre (ROJ STS 6685/2012)

Delito electoral

Delito electoral

En la sentencia se desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia por delito electoral conforme a los artículos 135.1, 137, 146.1.a) y 146.2 de la [Ley Orgánica 5/1985 de 19 de julio de Régimen Electoral General](#) [BOE n.º 142, de 20-VI-1985] (en adelante, LOREG) en relación con la Disposición Transitoria Única de la [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal](#) [BOE n.º 281, de 24-XI-1995] (en adelante, CP), el cual fue cometido cuando la coacusada desempeñaba las funciones de concejal de empleo de su localidad, momento en el cual –de acuerdo con la descripción de los hechos probados– y ante la proximidad de las elecciones locales que debían celebrarse y se celebraron el 25 de mayo de 2003, algunos miembros de la Corporación Municipal del Ayuntamiento –entre los que se encontraba la coacusada– junto a otros militantes del Partido Popular –al que los dos acusados en la sentencia de instancia pertenecían– pusieron en práctica un plan con el fin de obtener votos para la candidatura de dicho partido para el ayuntamiento del municipio. El plan consistía en, usando éstos sus propias competencias como concejal de empleo y alcalde, respectivamente, y al menos en un caso concreto sin la observancia del procedimiento establecido en las bases generales para la contratación de personal laboral temporal del ayuntamiento de la localidad, ofrecer por sí mismos o por terceros interpuestos, a personas interesadas en obtener un empleo en el ayuntamiento, la posibilidad de

conseguir un contrato de trabajo eventual, que luego se realizaba por el alcalde o que lo firmaba éste, o en conseguir otras prestaciones consistentes en ayudas en comida, solicitando y consiguiendo, directa o indirectamente, a cambio de ello, que estas personas que querían trabajar en el ayuntamiento y sus familiares les entregaran la documentación completa y necesaria que emiten las autoridades electorales para conseguir votar finalmente por correo.

Alegaba la coacusada que los hechos que se declaran probados no son constitutivos de un delito del artículo 146.1.a) LOREG por tres razones principales. Esgrime, en primer lugar, que nada tiene de dádiva la contratación para trabajar pues el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario. En segundo lugar, señala que uno de los receptores del requerimiento no era elector cuando se le requirió (era menor de edad). Finalmente, indica que la recompensa o dádiva solo resultaría típica si el beneficiado es precisamente quien es elector y no un tercero, por lo que no hay delito si el elector es solamente familiar de quien se benefició de la oferta.

El TS desestima este motivo al considerar, el primer argumento, «próximo al sarcasmo», teniendo en cuenta la cifra de personas que no disfrutaban en la actualidad de una relación laboral retribuida. Con respecto al segundo motivo, en los hechos probados consta que el requerido no era elector en el momento del requerimiento, pero no consta si lo sería en el momento de celebrarse las elecciones. Finalmente, en relación con el tercer alegado, lo relevante es que un elector ve como es solicitado para que emita su voto en determinado sentido, influyéndose de este modo espuriamente en su voluntad con recompensa, dádiva o retribución, bien a favor del mismo elector, bien a favor de otra persona, si tal recompensa, dádiva o retribución puede influir en la voluntad del titular del derecho de voto. Recuerda además, el Tribunal, que el delito se consuma por el mero hecho de la solicitud, sea ésta atendida o no por el destinatario, o incluso aunque ni siquiera ejerza su derecho de voto.

En la sentencia se desestima también el recurso interpuesto por uno de los dos condenados en la sentencia de instancia, en este caso, el alcalde, por el delito electoral cometido. Alega la representación del mismo que el recurrente no efectuó personalmente requerimiento alguno. Contesta el TS que la autoría de delito se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro. Así, cuando el mensaje se transmite a través de un tercero, el emite no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto. Partiendo de esto y teniendo en cuenta los hechos probados, considera el TS que el recurrente es sujeto activo del tipo imputado. El mensaje de contratación ha de tener su origen precisamente en quienes, desde sus respectivas responsabilidades, podían cumplir la promesa y estaban interesados en la contraprestación de ésta.

Prevaricación

La sentencia estima el recurso referente al delito de prevaricación (artículo 404 CP) en modalidad omisiva que la sentencia de instancia consideró cometido por el alcalde. En este punto, ha de advertirse que dicha sentencia excluyó como acto ejecutivo de dicho delito el acto positivo de la firma de los contratos, al considerar que el concurso entre este delito y el delito electoral se resolvía a favor del último. La cuestión se centró, así, en determinar si el incumplimiento del deber de controlar la corrección del procedimiento de contratación constituye el delito previsto en el artículo 404 CP.

El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997 entiende que se puede establecer una equiparación entre la comisión activa y omisiva cuando la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente, como resolución presunta, a una resolución expresa. Tras años de jurisprudencia contrapuesta, la sentencia dictada a continuación de dicho acuerdo por el Tribunal Supremo ([STS 784/1997, 2-VII-1997](#)) se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión, especialmente tras la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Juicio de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) [BOE n.º 285, de 27-XI-1992] que otorga a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de un resolución expresa. Por su parte, la [STS 1382/2002, de 17-VII-2002](#), reiteró la posibilidad de cometer la prevaricación por omisión indicando que se efectúa la conducta descrita en el tipo penal también cuando no se responde a peticiones que legítimamente se plantean y respecto de la cuales debería existir una resolución. Sin embargo, a tal supuesto no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar. En el caso que nos ocupa, la omisión del procedimiento de previa constatación de los requisitos para la adopción de los acuerdos reflejados en la firma de los contratos de trabajo podría considerarse determinante de la arbitraria ilicitud de tales acuerdos de contratación. No obstante, carece por sí solo de entidad autónoma de esa ulterior antijuridicidad, razón por la cual no entiende el TS cometido el delito de prevaricación. Continúa diciendo la sentencia que tampoco cabría tomar en consideración una genérica y abstracta omisión en el cumplimiento del deber de inspección del funcionamiento de la contratación por el ayuntamiento. Ese mero incumplimiento de deber puramente omisivo, diferenciado de cualquier resolución expresa o presunta, no resulta tipificado.

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ
Investigadora
Universidad de Salamanca

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 693/2012, de 19 de septiembre de 2012 (ROJ STS 5971/2012)

Latin King como asociación ilícita

En Sentencia n.º 693/2012 del 19 de septiembre de 2012 el Tribunal Supremo, en adelante TS, resolvió recurso de casación propuesto contra el fallo dictado por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 39 del 7 de febrero de 2011, el cual reponía la Sentencia de la misma Audiencia n.º 243 del 14 de junio de 2007, que había sido declarada nula por el TS en pronunciamiento del 27 de marzo de 2009.

Al leer por primera vez la sentencia del TS, tuve la impresión de que me movía más por el especial interés que tengo en el análisis de las bandas juveniles, que por la relevancia que en sí mismo tenía el fallo. En efecto, el pronunciamiento declaraba no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los acusados por el delito de asociación ilícita, por su pertenencia a la banda denominada *Latin King*. La fundamentación jurídica del fallo, aparentemente, no aportaba nada relevante desde el punto de vista penal, más parecía un debate de cuestiones procesales de no poco complicado alcance para los que nos embarcamos en el estudio del Derecho penal sustantivo.

Entrando en materia, los hechos objeto de estudio se enmarcan en la vinculación de 10 jóvenes a la asociación *Almighty Latin Kings and Queens Nation (ALNK)* conocida como «*Latin*

King». Dentro de los hechos se refiere cómo estos jóvenes tenían cada uno un rol dentro de una organización «piramidal y jerarquizada» en la que uno de ellos tenía el carácter de fundador y director, otros 5 como directores o dirigentes de la organización –uno de ellos mujer–, y 4 como miembros activos.

En la sentencia de la Audiencia de 2011 que repuso la actuación, se condena a los jóvenes en atención a: los testimonios de los testigos protegidos –antiguos miembros de la banda–, las declaraciones testificales y periciales de los policías que actuaron y las versiones de los propios acusados.

El fallo conduce a probar que los jóvenes formaban parte de la asociación *Latin King*, la cual tenía una organización relativamente compleja –tomemos en cuenta la variedad de jerarquías existentes, cada una con denominación propia dentro del grupo: leones dorados, leones negros, sagrados, supremos, reyes, etc.–, una relativa consistencia o permanencia y una finalidad ilícita. Esta última, vinculada por el hecho de que su objetivo, en sí mismo, se enmarcaba en la confrontación violenta con otro grupo rival denominado los *Ñetas* y por la dificultad para salir del grupo una vez dentro, ya que se les amenazaba o se les lesionaba para impedir su salida.

Ahora bien, en mi concepto, creo que el fallo de la Audiencia de 2011 reproduce algunos argumentos que de alguna manera ayudan a sustentar algo que desde un sector de los estudios criminológicos se viene criticando. Concretamente, la tendencia en la creación de estereotipos que vinculan a toda banda de jóvenes con actividades criminales, y la presunción de que todo pandillero necesariamente delinque.

Con lo anterior, no quiero quitar relevancia a las conductas punibles que algunos de los acusados habían cometido y por las cuales estaban condenados. Lo anterior, sin duda alguna, da un matiz diferente, si tomamos en cuenta que pertenecían al grupo, pero no por ello puede implicar necesariamente la tipificación del delito de asociación ilícita. Es así como, en mi opinión, algunos argumentos de la sentencia resultan bastantes discutibles.

Dada las limitaciones de espacio me referiré solo al que considero fundamental, ya que se vincula con este estereotipo al que he hecho referencia arriba.

Según el informe pericial emitido por los especialistas de la Brigada de Información de la Comandancia Civil especializada en el grupo de bandas latinas, prueba dentro del proceso: «Tuvieron conocimiento de la existencia de un grupo de personas que ejercían acciones violentas antes del año 2004, pero sin poder demostrar documentalmente que pertenecieran a los *Latin King* [...] Lo que se debió a que como el problema de las bandas era un fenómeno que podía calificarse de emergente, hasta el año 2005 no se emitió desde la Secretaría del Estado del Ministerio del Interior una instrucción a las fuerzas y cuerpos de seguridad, para que en las diligencias se reseñara el dato que surgiera en ellas en relación con las bandas».

Con base en lo anterior, el informe señala cómo a lo largo de 2004-2005 se detecta en la Comunidad de Madrid un aumento importante de las actividades de bandas latinas, las cuales pasan a ser detenidamente caracterizadas por los funcionarios. Concretamente se refieren a: 1. El carácter ilícito de las bandas ya que buscaban «tumbar» a su enemigo, dada la literatura incautada, y las actividades violentas desarrolladas. 2. La compleja estructura piramidal y jerarquizada. 3. La financiación de las bandas por parte de sus integrantes y el uso de castigos para el evento de no pago de cuotas señaladas. 4. El estricto régimen disciplinario y código del silencio entre sus miembros que imposibilitaba que pudieran denunciar los delitos de los que podían ser víctimas y 5. El papel meramente accesorio de la mujer dentro del grupo.

Lo anterior, sin duda alguna, revela características preocupantes. El problema es cuando este discurso, que no es más que una generalización, se traslada acríticamente e incondicionalmente a la motivación de un fallo que posteriormente termina condenando a varios jóvenes a penas de hasta cuatro años de prisión. Pareciera que la creación de una categoría de

bandas juveniles denominada *Latin King* trajera consigo que todo aquel que después se identificará como *Latin King* llevará el lastre del contenido de lo que los especialistas han señalado al definir a estos grupos. En efecto, esto se deduce de la sentencia de la Audiencia de 2011, en la que la pertenencia a los *Latin King* lleva consigo la asunción de la idea de que todos sus miembros buscan «tumbar» al enemigo, lo cual ha sido traducido a «exterminar, matar, lesionar» al enemigo; y el pertenecer a ella implica asumir una organización compleja, en la que casi todos sus miembros son finalmente directores. Sin duda, las diferentes jerarquías representan una enumeración significativa y sugestiva a la que, si se le quita la connotación delictiva, parece significar más el afán del joven por tener un papel protagonista dentro de una asociación que tal vez le ha negado la sociedad, y el matiz de fantasía de crear reyes y reinas dentro de un grupo. Porque dicho sea de paso, el grupo, a pesar de su importante papel masculino, no parece relegar el papel de la mujer, dado el importante componente femenino, representado por tres de las seis testigos protegidas y por el liderazgo de una mujer que finalmente fue condenada por su pertenencia al grupo.

Ahora bien, el problema es que los testigos protegidos cuyos testimonios son tomados en cuenta para condenar a los jóvenes coinciden en algunos aspectos pero no en otros. De esta forma, entre los mismos es mayoritaria la afirmación en torno a las dificultades de los miembros para salir del grupo luego de haber logrado su incorporación, ya que muchos de estos habrían sufrido amenazas y en ocasiones lesiones a su integridad, y en la rivalidad violenta que tenían con los *Ñetas*. No obstante, se apartan en otros aspectos, como por ejemplo no es claro el tipo de sanción cuando no se paga la cuota ya que para unos las consecuencias son posibles golpes, para otros se sanciona con la realización de ejercicios y otros llegan a señalar que se les quitan prendas. De igual forma, alguno suele referir la existencia de una nueva banda conformada por los que no quieren pertenecer a los *Latin King*, denominada los *Master*, dedicada a dar conciertos, y sobre la que sin duda, por ahora, no recae el estigma criminalizador de los *Latin King*.

En un interesante artículo de Juanjo MEDINA titulado «*Consideraciones Criminológicas sobre las bandas juveniles*» publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 2010, el autor denuncia como «no se puede asumir que la condición de pandillero implica la participación en comportamientos delictivos». En esta medida «Cualquier práctica o política que asume lo contrario está efectivamente criminalizando a la gente joven». En mi concepto, es esto lo que de alguna manera realiza la Audiencia y luego el TS, al aceptar acríticamente el informe pericial de los funcionarios policiales, que sin duda recitan características de un grupo juvenil al que indefectiblemente vinculan con la violencia.

En el estudio de las bandas juveniles intervienen múltiples disciplinas, por lo cual el Derecho Penal no puede ignorar la complejidad de un fenómeno de interesantes connotaciones criminológicas y en los que sin duda alguna los sociólogos y psicólogos sociales tienen mucho que aportar. Así se manifiesta en el interesante estudio de Bárbara SCANDOLGIO titulado *Jóvenes, grupos y violencia. De las tribus urbanas a las bandas latinas* de ICASIA, 2009, en el cual se estudia el fenómeno desde la psicología social, perspectiva de la que, sin duda, los penalistas tenemos que aprender.

Es reconocido el consenso en torno a la necesidad de que los estudios criminológicos deben servir de base para una política criminal que traslade propuestas realistas y coherentes que posteriormente puedan conducir a normas penales. Ahora bien, si este discurso no antecede a nuestra leyes, por lo menos nuestros jueces no pueden ignorarlo a la hora de analizar los casos.

Y aquí, retomo la importancia de la sentencia del TS de 2012, porque increíblemente asumió la arrogancia de la Audiencia en 2011, al referirse al informe pericial presentado por la

defensa y realizado por psicólogos sociales sobre la naturaleza de los *Latin King*. Concretamente el TS no acepta el motivo presentado por los recurrentes vinculado con los supuestos errores de hecho incurridos por la Audiencia a la hora de valorar la prueba pericial presentada por la defensa.

Con lo anterior, ratifica lo señalado por la Audiencia de 2011, en la que se refiere a dicha prueba como «un informe emitido por psicólogos-sociales, no por criminólogos, que carece de la objetividad, fiabilidad y rigurosidad necesarias para contrarrestar ni aun mínimamente las periciales policiales precedentemente examinadas, así como las conclusiones probatorias alcanzadas por este Tribunal en la presente causa».

Es decir, el informe de los funcionarios policiales tiene toda la credibilidad, pese a las conjeturas que en ocasiones hacen, y el realizado por los peritos presentados por la defensa no lo tiene, por carecer de objetividad, fiabilidad y rigurosidad y por ser no criminológico. Ciertamente el juzgador ignora el carácter mismo de la Criminología, cuyo método dista del Derecho Penal y cuya interdisciplinariedad sin duda nos acerca mucho más a un Derecho Penal coherente en el que los conocimientos de los psicólogos sociales y los sociólogos resultan fundamentales. En efecto, descartar el informe por ser emitido por un psicólogo social y no por un criminólogo ignora la esencia misma de la Criminología, que reconoce el papel de la psicología social en la respuesta frente al delito.

LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS

Investigadora

*Cátedra de Seguridad, Ciencias de la Seguridad
Universidad de Salamanca*

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 544/2012, de 2 de julio (ROJ STS 4686/2012)

Delimitación entre los delitos de asociación ilícita y participación en organización criminal

La [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal](#) (BOE n.º 281 de 24-XI-1995, incorporó al Título XXII, entre los delitos contra el orden público, un nuevo Capítulo VI, bajo la denominación de «De las organizaciones y grupos criminales», con tres nuevos artículos (570 bis, 570 ter y 570 quáter), trasponiendo así al derecho interno la [Decisión Marco 2008/841 JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008](#), 32008F0841, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada en la que se define el delito de participación en una organización delictiva. El contenido concreto de estos tres artículos, además de a esta última razón, obedece también a los derroteros que había ido adquiriendo la interpretación del delito de asociación para delinquir (como modalidad del delito de asociación ilícita) que se mantiene en vigor en el artículo 515.1º, y a las peculiaridades que en nuestro derecho han tenido los delitos de terrorismo y, específicamente en lo que aquí se analizará, el delito de participación en banda armada, organización o grupo terrorista (como modalidad también del delito de asociación ilícita) que desaparece del artículo 515.2º, para pasar a configurar los delitos de participación en organización y grupo terrorista del artículo 571.3 que se construyen, precisamente, sobre el concepto de organización y grupo criminal del artículo 570.

Desde el primer momento se anticiparon los problemas de delimitación que se avecinaban como consecuencia del mantenimiento del delito de asociación para delinquir (la que tenga por objeto cometer algún delito o, después de constituida, promueva su comisión, así como cuando

tenga por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada) junto al nuevo delito de participación en organización criminal, ya que los elementos que la doctrina y la jurisprudencia han perfilado para la aplicación de la asociación para delinquir en ausencia de una tipificación expresa son esencialmente los mismos que ahora definen a la organización criminal. Para la asociación ilícita, una pluralidad de personas, normalmente tres, aunque la jurisprudencia del TS la ha admitido con dos; una cierta estructura organizativa; y una cierta permanencia. Para la organización criminal (según establece el tipo) al menos tres personas, agrupadas con carácter estable o por tiempo indefinido (esto es, con cierta permanencia) y que actuando de forma concertada y coordinada se repartan las diversas tareas o funciones (esto es, una cierta estructura organizativa) con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. El grupo criminal se constituye también con más de dos personas y tiene al igual que la organización criminal la finalidad de comisión concertada de delitos o faltas, pero carece de alguna o algunas de las características de la organización criminal (estabilidad o permanencia y reparto concertado de tareas o funciones) y, por tanto, constituye un concepto mucho más abierto que ésta.

Pues bien, en la sentencia que comentamos, se resuelve favorablemente un recurso de casación planteado por la aplicación indebida del artículo 515. 1.º del CP por entender que no existe propiamente asociación ilícita, sino consorcialidad en la comisión de un delito de falsificación de moneda. Entiende que la conjunción de partícipes con la idea de falsificar moneda constituye una agrupación inherente al delito que impediría aplicar también el de asociación ilícita por vulneración del principio «non bis in idem» en la modalidad de doble valoración penal.

Este argumento se configura, según afirmación expresa de la sentencia, a partir de la reinterpretación del delito de asociación ilícita con base en la protección del derecho de asociación, lo que exigiría como requisitos imprescindibles para su aplicación la presencia de agrupaciones estables, pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia. Tampoco podría aplicarse, según la sentencia, el delito de participación en organización criminal ni en grupo criminal porque el tenor literal de los artículos 570 bis y 570 ter que los definen exige que estén dirigidos a la comisión de varios delitos, lo que impediría su aplicación a «la ideación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito».

El TS aprovecha la ocasión para delimitar el ámbito de aplicación de los delitos de asociación para delinquir y participación en organización criminal reproduciendo, en parte, los argumentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, pero, también en parte, distanciándose de los mismos sin aclarar, sin embargo, los puntos nucleares de confluencia entre ambos delitos que seguirán planteando, sin duda, multitud de problemas aplicativos en el futuro.

Afirma el TS que la introducción en el CP de los delitos de organización y grupo criminal debe conducir a la reinterpretación de los parámetros del artículo 515 en los que se incriminan cuatro tipos de asociaciones ilícitas (entre las que está la asociación para delinquir) respecto a las que debe primar «su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito que no es otro que la conculcación del derecho de asociación», reconduciendo su interpretación a su ámbito propio, a la protección del derecho de asociación en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación, y exigiendo, por tanto, para la aplicación del tipo, pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia.

De esta forma, la sentencia se aparta de los argumentos contenidos en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, en la que se afirma que la idea de que este delito supone una manifestación del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación

del artículo 22 de la Constitución «no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma» ya que el hecho de que el texto constitucional declare la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito no permite deducir forzosamente «que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal». Podríamos concluir, en primer lugar, que la sentencia sugiere que las asociaciones ilícitas requieren de una estabilidad, una vocación de permanencia, que no es requisito de la organización criminal, de conformidad con la interpretación restrictiva que ha venido realizando el TS con base en la ubicación de este precepto entre los delitos contra determinados derechos constitucionales. Pero este argumento no es cierto si se atiende a la redacción típica del delito de participación en organización criminal, aunque sí podría serlo con respecto al grupo criminal que puede constituirse sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal y, por tanto, sin permanencia o estabilidad.

Por consiguiente, el requisito de la estabilidad y la permanencia podría delimitar el ámbito del delito de asociación ilícita del de participación en grupo criminal, aunque dando lugar a toda una serie de problemas dogmáticos y de adelantamiento de la intervención penal (en los que no se puede entrar en este momento) de difícil resolución, consecuencia de la criminalización de la participación en un grupo sin estructura, permanencia o estabilidad (p. ej., en materia de actos preparatorios, autoría y participación o iter críminis).

Sin embargo, queda subsistente y no resuelto en la sentencia el problema principal que no es otro que la delimitación de la asociación ilícita de la organización criminal. La sentencia acoge aquí los argumentos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, en el sentido de que las organizaciones y grupos criminales «no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad». Pareciera como si formalmente se quisiera enuclear la distinción entre la asociación ilícita y la organización y grupo criminal en la apariencia de licitud, lo cual, por otro lado, parecería avalar la protección de un bien jurídico distinto en ambos delitos que explicaría la distinta ubicación de los primeros que se han alojado en el Título XXII del CP, en el marco de los delitos contra el orden público. Sin embargo, dicha clasificación se ha efectuado «por el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código penal» (según la Exposición de Motivos que comentamos), afirmación que no aclara mucho, en realidad, aunque permite vislumbrar que la razón de que estos delitos se agrupen con los delitos contra el orden público tiene que ver con la conveniencia de regularlos junto a los de participación en organización y grupo terrorista (ubicados en el capítulo siguiente), que se construyen con base en la definición de organización y grupo criminal. Y, además, el argumento que cifra la diferencia en la licitud, o mejor, que remite más bien a la forma de constitución, definiendo a las asociaciones ilícitas como aquellas que se constituyen inicialmente de forma lícita frente a las organizaciones criminales que serían originariamente delictivas no es muy afortunado porque, como la propia Exposición de Motivos reconoce, es posible que estas últimas tengan forma o apariencia jurídica, aunque sea con el solo propósito de ocultar su actividad o buscar su impunidad. Por otro lado, la regulación del delito de asociación ilícita engloba no solo las que una vez constituidas promueven la comisión de delitos, sino también las que se constituyen con esa finalidad.

De otra parte, el hecho de que la distinción se base en la apariencia de licitud ya ha sido objeto de severas críticas alegando que se trata de un argumento formal que no permite distinguir realmente las asociaciones ilícitas de las organizaciones criminales y que, además, supondría un beneficio desde el punto de vista de la sanción penal (en general más grave en el caso de

las organizaciones criminales) para las primeras cuando en realidad habría un desvalor mayor en su caso, al existir una vulneración del ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de asociación, que no podría ser afectado con las segundas.

La sentencia no aclara en realidad la diferencia entre ambos delitos (como tampoco lo hace la Exposición de Motivos). De hecho, solo enumera sucintamente una serie de elementos que caracterizarían a la organización criminal frente al delito de asociación ilícita por una estructura más compleja (¿?) que responde «al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden público» (¿?) y, por algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas (¿?) derivadas de su distinta naturaleza.

Como puede observarse, la reinterpretación del delito de asociación ilícita en la reciente jurisprudencia del TS sigue sin resolver su confluencia con el nuevo delito de participación en organización criminal.

CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

PROCESAL

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 218/2012, de 26 de noviembre [BOE n.º 313, de 29-XII-2012]

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso)

El TC trata en esta sentencia uno de los temas procesales de plena actualidad, al pronunciarse sobre si el establecimiento de tasas en determinadas situaciones vulnera o no el derecho a recurrir como parte integrante de la tutela judicial efectiva. La misma corresponde a la resolución de un recurso de amparo solicitado por una empresa pacense a raíz de la actuación de la Audiencia Provincial de Badajoz, la cual desestimó, sin entrar en el fondo del asunto, el recurso de apelación de la empresa recurrente en amparo, al haberse interpuesto éste sin presentar el resguardo acreditativo de haber autoliquidado en tiempo oportuno la tasa antes mencionada.

En este sentido debemos responder a dos relevantes cuestiones en este breve análisis: en primer lugar, ver si la desestimación por falta de pago de una tasa judicial puede dar lugar a la desestimación de un recurso y, en segundo lugar, estudiar si interponer una tasa a una entidad es constitucionalmente válido.

Sobre la primera de estas cuestiones, vemos como la falta de acreditación del pago de la tasa no puede dar lugar, tal y como se pretende, a la suspensión del proceso pues con ello se generaría una acumulación de suspensiones *sine die*. Así lo entiende esta sentencia apoyándose por un lado en lo expuesto en la STC 79/2012 o en la STC 116/2012, ya que de este modo estaríamos dañando la integridad del proceso judicial, pues se acumularían en la Secretaría de los Tribunales un sinnúmero de asuntos, pudiendo ocasionar un grave riesgo para el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y sin obtener un beneficio claro para ningún derecho o interés legítimo identificable. De esta forma, si admitiéramos la falta del pago de las tasas como causa para la suspensión de procesos, nos encaminaríamos hacia una situación de colapso judicial difícilmente superable con los medios técnicos y personales de los que dispone nuestro sistema judicial en el presente.

Del mismo modo, en la ya mencionada STC 79/2012 se advierte que el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan solo para la simple acreditación formal de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en sí del pago en dicho plazo; así también lo suscribe la SSTC 103/2012, de 9 de mayo. Entendemos de esta forma que si esto no se cumpliera se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

Así, creemos que siempre tendríamos la posibilidad de subsanar la falta del pago en el plazo marcado por los órganos jurisdiccionales, pues es un requisito que, según respalda la STC 12/2003, de 28 de enero, en su FJ. 4, y que más recientemente respaldan las SSTC como la 85/2012, de 18 de abril; 103/2012, de 9 de mayo; 116/2012, de 4 de junio; 125/2012, se constituye como un requisito procesal exigible para asegurar la eficacia de los actos procesales, al determinar que «los órganos jurisdiccionales ordinarios han de llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales».

Con todo ello podemos concluir, que si no se ofreciera la posibilidad de subsanación sí que se produciría una conducta lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos.

Sobre la segunda pregunta, la sentencia establece que no se vulnera el derecho a la jurisdicción por el establecimiento de una tasa a una entidad mercantil, puesto que exigir tasas judiciales en el orden civil a determinadas empresas con un elevado volumen de facturación anual es legítimo constitucionalmente, al servir para contribuir a financiar los costes generados por esa actividad, que es un fin constitucionalmente legítimo; por consiguiente, su establecimiento en este caso no vulneraría la Constitución.

Debido a ello, podemos ver como el Tribunal se pronuncia sobre la compatibilidad del art. 35.7.2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, estimando que la imposición de tasas no afecta a este derecho en dicho caso concreto.

De esta forma, podemos reforzar dicha postura acudiendo a la STC 20/2012, de 16 de febrero, cuestión de inconstitucional núm. 647-2002, para descartar que la exigencia del pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, así como la consecuencia prevista en el artículo anteriormente mencionado de la Ley 53/2002, para el caso de su incumplimiento, de no dar curso al correspondiente escrito procesal vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Del mismo modo, esta postura se vuelve a reforzar con una doctrina jurisprudencial clara en el mismo sentido, gracias a las SSTC 79/2012, de 17 de abril, cuestión de inconstitucional núm. 1389-2005, y 103/2012, de 9 de mayo, cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 605-2011, para rechazar igualmente que esas mismas previsiones legales pugnen con el artículo 24.1 CE, en su vertiente del derecho al recurso, pues sirven para contribuir a financiar los costes generados por dicha actividad.

En este sentido, y como conclusión final, vemos como aparte de afirmar que la interposición de una tasa en estos casos sí es constitucional; la desestimación de un recurso por la falta de pago de dicha tasa judicial sí vulneraría el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos. Esta es la razón por la que se decide anular la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz de 24 de junio de 2010, la cual sí desestimaba el recurso de apelación intentado por la recurrente por las circunstancias ya mencionadas. Una vez estimado el recurso, la consecuencia clara es el

retramiento de las actuaciones al momento anterior a aquel en el que tuvo lugar la lesión señalada, dictando así una nueva resolución judicial con respeto al derecho fundamental reconocido y acorde a la doctrina jurisprudencial antes citada, garantizando así la tutela judicial efectiva del recurrente.

EDERICO BUENO DE MATA
Personal Investigador
Universidad de Salamanca

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, n.º 716/2012, de 27 de noviembre (ROJ SAP B 12641/2012)

Potenciación de la mediación por los profesionales jurídicos

La sentencia de la AP de Barcelona versa acerca del cambio de una de las medidas acordadas en su día en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Concretamente, la medida consiste en ampliar los períodos de permanencia del menor con el padre un día más intersemanal a su elección y en coordinación con su horario laboral y el horario escolar o actividades extraescolares del menor, desde la salida del colegio al mediodía debiendo de llevarlo de nuevo al colegio para el desarrollo del horario de tarde o actividad extraescolar, recogiénolo a la salida y reintegrándolo de nuevo al domicilio materno.

La peculiaridad de esta sentencia es que recomienda que en el caso de que posteriormente el padre o la madre decidan realizar cambios de horario que puedan perturbar el régimen de comunicación establecido los mismos intenten acudir a la mediación, evitando así volver a poner al menor en el centro del debate o, como dice la sentencia, evitando el perjuicio emocional que de ello se deriva. De forma concreta, se les da la posibilidad de acudir a la mediación de conformidad con lo establecido en el artículo 233-6 del CCC y artículo 2 1. E) de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

En el artículo 233-6 CC se regula la mediación familiar, al decir en su punto primero que «los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, excepto en los casos de violencia familiar o machista». En ella, la autoridad judicial por un lado informa, pues como se dice en el tercer punto «la autoridad judicial puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, dadas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo»; y posteriormente controlará judicialmente el acuerdo adoptado por las partes, al regular en el punto quinto que «los acuerdos obtenidos en la mediación, una vez incorporados en forma al proceso, deben someterse a la aprobación judicial». Así vemos como los acuerdos conseguidos en mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor, y, por ello, siempre que no hubiera una aprobación por la autoridad judicial del acuerdo de mediación, la misma debería fundamentarse en criterios de orden público e interés del menor.

En segundo lugar, el art. 2.1 e) de la Ley de mediación catalana en el ámbito del derecho privado establece como objeto de mediación los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos.

En este sentido, vemos como la legislación catalana pone de relevancia la figura de la mediación como método extrajudicial de resolución de conflictos, ensalzando sus virtudes como

alternativa al proceso y, al mismo tiempo, como forma para preservar la salud psicológica de personas especialmente vulnerables, como son los menores de edad. Debemos tener presente que debemos tomar una medida que proteja el interés superior del menor, ya que el mismo cobra especial relevancia en los procesos de modificación en los que ya se ha consolidado una situación de convivencia determinada, para cuya modificación deben concurrir razones que lo aconsejen e intentar que dicho cambio no tenga consecuencias emocionales negativas, cuestión que potencia la mediación al no conllevar secuelas negativas para el menor.

De esta forma, la mediación en el ámbito familiar intenta enseñar a las personas que existe otra forma de gestionar y de intentar resolver los conflictos, que pueden ser beneficiosas para las partes implicadas y que pueden tener grandes beneficios para el sistema judicial en sí.

Por tanto, esta sentencia pone el acento en esta figura con el fin, por un lado, de acabar con la llamada «crisis de la justicia», debido al retraso que en muchas ocasiones conlleva la resolución de los conflictos ante los tribunales por la excesiva sobrecarga de trabajo que éstos suelen acumular, y, por otro, usar estos métodos como forma de apartar al menor del escenario judicial, evitando así las posibles secuelas psicológicas que una vista oral puede acarrear a estas personas.

El colapso judicial, la lentitud de la justicia o la imposición de tasas judiciales unido a la nueva regulación nacional sobre la materia dada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, hacen que la mediación adquiera una relevancia a nivel académico y científico novedoso y preferente, al tiempo que resulta una profesión muy atractiva de cara al futuro próximo para una serie de profesionales vinculados a la justicia.

En este sentido, necesitamos que exista una «cultura» sobre mediación y que la misma crezca gracias a la confianza, publicidad y apoyo que den diversos profesionales. Vemos que en Cataluña esta «cultura» está extendida de forma bastante notable, cuestión ésta que no se reproduce en el resto de CC. AA. de nuestro país.

Por dicho motivo, pensamos que esta sentencia constituye un referente de la que profesionales jurídicos del resto del territorio nacional deberían tomar ejemplo, al ver como los profesionales jurídicos apuestan por las ventajas ofrecidas por la mediación para solucionar algunos de los males endémicos que arrastra nuestro sistema judicial, potenciando este método complementario al sistema judicial, y viendo que una justicia lenta, con dilaciones indebidas, o prestada a destiempo no satisface las aspiraciones de los justiciables.

Como conclusión debemos resaltar las ventajas para el ámbito familiar que tiene la mediación en los casos en los que existan menores, debido a que es un procedimiento en el que reina el contacto personal de las partes, sirve para construir relaciones, favorecer un futuro comportamiento pacífico de los padres y que evita secuencias emocionales negativas para los menores implicados. Todo ello la constituye como un eficaz método alternativo, y en ocasiones complementario, a nuestro sistema judicial.

FEDERICO BUENO DE MATA
Personal Investigador
Universidad de Salamanca

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 20 de julio de 2012 (ROJ 6207/2012)

Extinción del contrato por voluntad del trabajador

El TS reorienta en esta sentencia su doctrina anterior para flexibilizar las opciones que corresponden al trabajador en caso de que concurra alguna de las causas que legitiman en el artículo 50 ET la extinción del contrato. El motivo que lleva al trabajador a plantear demanda es la reiterada demora por parte de la empresa en el abono del salario, que si bien se efectuaba con posterioridad, no se retrasaba tampoco de manera excesiva, siendo percibido en algunas ocasiones de manera fraccionada en varios pagos mensuales. El hecho es que dicha situación se prolonga durante al menos ocho meses sin que se dé cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 29.1 ET en cuanto a liquidación y pago puntual del salario en la fecha convenida, lo que da lugar a que el trabajador, voluntariamente, decida no acudir más a su puesto de trabajo.

No obstante, con carácter previo a su abandono (concretamente, 27 días antes) había instado acto de conciliación, celebrado cuando se hallaba aún en la empresa, sin que se llegara a un acuerdo. Además, hace saber a la empresa que si los salarios atrasados no le son abonados en el plazo de ocho días desde la conciliación dejará de asistir a su puesto de trabajo y buscará su sustento aceptando cualquier otra oferta de empleo que se adapte a sus características profesionales. Ante tales exigencias, la empresa no se compromete a abonarle las cantidades adeudadas en ese plazo, sino que arremete contra el trabajador advirtiéndole de las consecuencias que pudieran derivarse de tal actuación, y que permitirían considerar tal ausencia definitiva, bien como una baja voluntaria o como causa de despido, reservándose incluso la opción de reclamarle los eventuales daños y perjuicios sufridos.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda del trabajador, dando por extinguido el contrato y, por tanto, confirmando la previa decisión de aquél de negarse a seguir trabajando en unas condiciones en las que el pago de su salario no venía garantizado, pronunciamiento reiterado por el TSJ Extremadura en suplicación. Interpuesto recurso de casación en unificación de doctrina, el asunto se considera de la suficiente trascendencia como para acordar su debate en Sala General.

La cuestión central que se dirime es la justificación de cesar en la prestación de servicios antes de que el Juzgado de lo Social dicte sentencia declarando la extinción del contrato y, en consecuencia, determinar el alcance del artículo 50.1 ET en su párrafo b), que considera como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato la falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario pactado.

El TS mantenía desde hace más de dos décadas la postura de impedir que el trabajador resolviera extrajudicialmente el contrato, debiendo, por el contrario, solicitar la rescisión del mismo y realizando, entre tanto, su actividad laboral hasta que se dictara sentencia que declarara tal extinción, la cual tendría además carácter constitutivo. Solo para el excepcional supuesto de que la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo atentara a su dignidad, integridad personal u otros derechos fundamentales de la persona estaría legitimado para dar por finalizada de forma unilateral su relación laboral, circunstancia que debería ser en todo caso confirmada en sede judicial.

Sucede que el TS introduce otros argumentos cuando se trata de enjuiciar supuestos como el descrito, planteando una aparente contradicción con lo dispuesto en el artículo 49 j) ET, que contempla la extinción del contrato simplemente por voluntad del trabajador, aunque fundamentado en un incumplimiento contractual del empresario, y reproduciendo normativa anterior (artículo 76.9 Ley de Contrato de Trabajo de 1931), que confirmaba esta línea interpretativa, así como remitiéndose al Código Civil (artículo 1124), que admite la facultad resolutoria en los contratos no solo por vía judicial, sino también mediante declaración unilateral no sujeta a forma concreta, con la posterior confirmación de los tribunales si se ha producido impugnación de aquélla.

Salvando las distancias con el ordenamiento civil, en materia laboral la declaración judicial de extinción del contrato ha venido actuando como mecanismo de seguridad para proteger al trabajador. Así, si éste da por extinguido el contrato y la posterior sentencia no fuese favorable a sus intereses, no perdería su empleo sobre la base de un hipotético abandono del puesto de trabajo. Y de esta forma ha venido entendiéndose hasta ahora, a salvo de lo que desde la entrada en vigor de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) se establezca, ya que en su artículo 303.3 prevé que el trabajador que ha obtenido sentencia favorable en un pleito de resolución del contrato podrá optar entre continuar prestando servicios o cesar definitivamente, encontrándose entonces en desempleo involuntario y, por ello, protegible, disponiendo para tal opción de un plazo de cinco días a contar desde la notificación de que la empresa ha interpuesto recurso.

Tal previsión no es, sin embargo, aplicable al caso que examinamos, puesto que los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la LJS y, en realidad, porque no son exactamente subsumibles en la literalidad de tal precepto, pero sobre este convencimiento el TS estima adecuado flexibilizar este tipo de situaciones, en las que, en último término, y aunque no esté en juego la dignidad del trabajador, sí resulte perjudicado en su patrimonio y en su promoción profesional. Por eso, admite la libertad de elección que corresponde al trabajador entre ejercitar la acción resolutoria (y entre tanto continuar prestando servicios) o bien, sin dejar de interponer esa acción, cesar en la actividad laboral y asumir el riesgo de lo que más tarde contenga la resolución judicial. En definitiva, se exigirá siempre un pronunciamiento judicial, pero hasta que no se emita el trabajador podrá decidir, en función de sus intereses, si continúa o no desempeñando su puesto de trabajo, encontrándose a expensas del sentido en el que se pronuncie el órgano jurisdiccional.

Dicha sentencia contó, sin embargo, con un voto particular individual, defendiendo la adecuación de la doctrina tradicional reiterada del Tribunal y rechazando argumentaciones que pasen por trasvasar al ámbito laboral criterios iuscivilistas que no protegen al trabajador en su justa medida. Como principio general, éste debe solicitar la rescisión de su contrato, sin abandonar por propia iniciativa la actividad laboral, de manera que en tanto no se dicte sentencia firme declarando con carácter constitutivo la extinción contractual, la relación continuaría en vigor. Solo sería admisible tal extinción por parte del trabajador si resulta vulnerado su derecho a la dignidad, a la integridad personal o algún derecho fundamental de la persona. El voto particular distingue entre lo preceptuado en el artículo 49.1 ET, en que la voluntad del trabajador actúa como causa de la extinción del contrato, y la redacción del artículo 50.1, en el que quedarían consignadas las condiciones que legitiman el ejercicio de la acción extintiva. Indudablemente, la flexibilidad de que se hace eco la doctrina mayoritaria obtiene también acogida en este voto particular, y, por eso, por vía de autorización al trabajador en cada caso concreto para que suspenda su prestación de servicios podría garantizarse el respeto de los derechos que le son debidos. Discrepamos, en parte, de esta interpretación, pues la sentencia lo que intenta es ampliar el ámbito de actuación del trabajador, dejando a su elección la continuidad en la prestación de

servicios o el cese de la misma, pero exigiendo, en otros casos, el ejercicio de la acción resolutoria, imprescindible de cualquier modo y que el trabajador no puede obviar, criterio perfectamente válido con una interpretación amplia de la ley, que supone un avance de cara a la protección de sus derechos y que no necesariamente, como pretende el voto particular, devendría en un efecto perverso y dañoso para el trabajador.

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 12 de julio de 2012 ([ROJ STS 5912/2012](#))

Desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba

I. Antecedentes fácticos y procesales

Al realizar una actividad de carga con otro compañero un trabajador contratado temporalmente sufre, durante la tercera hora de trabajo del primer día de su prestación de servicios, un accidente laboral determinante de incapacidad temporal (IT). El contrato de trabajo contemplaba un período de prueba de quince días sin que se hubiese pactado la interrupción de su cómputo por IT. Al día siguiente del accidente la empresa cursó la baja del trabajador en la Seguridad Social, dando por extinguido el contrato de trabajo sin alegación de causa al producirse el desistimiento dentro del período de prueba; el informe de investigación de accidentes establecía medidas correctoras consistentes en volver a formar al trabajador, dotarle de equipos de protección y proporcionar a los trabajadores medios mecánicos para la manipulación manual de cargas. El trabajador había acreditado en el momento de la contratación su nivel de capacitación profesional y certificaciones sobre titulación y experiencia.

Interpuesta demanda por despido fue calificado de improcedente, solución que no comparte la Sala de suplicación al considerar el cese del trabajador ajustado a Derecho. Contra el fallo del Tribunal Superior de Justicia el trabajador formuló recurso de casación para la unificación de la doctrina que fue desestimado por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de este comentario; la sentencia cuenta con un voto particular.

II. Consideraciones sobre el período de prueba y argumentos del TS

La no superación del período de prueba, regulado en el artículo 14 del [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) es una causa extintiva de la relación laboral que puede consignarse en el contrato de trabajo [\[artículo 49.1.b\) ET\]](#). Ese pacto facultativo delimita un lapso temporal, enderezado a facilitar que el trabajador y el empresario se conozcan mutuamente en el desarrollo inicial de la relación laboral, durante el cual ambas partes pueden desistir del contrato de trabajo sin que sea necesario especificar la causa que ha determinado tal decisión, observar formalidad alguna o indemnizar al otro contratante. Tan amplia facultad resolutoria, contextualizada en el marco de un ordenamiento laboral que exige un despido causal, es particularmente relevante para el empresario porque, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador, solo durante la vigencia del período de prueba la ley atribuye al primero una libertad de desistimiento sin formalismos,

justificaciones ni consecuencias indemnizatorias, libertad que, además, le permite rescindir la relación laboral aunque el trabajador esté en situación sobrevenida de IT, de origen común o profesional, tanto si interrumpe el cómputo del período de prueba como si no lo hace, según se haya pactado ex [artículo 14.3 ET](#).

Sin embargo, la extinción del contrato de trabajo por no superación del período de prueba no puede producir resultados inconstitucionales, de manera que el libre desistimiento empresarial del [artículo 14 ET](#) no ampara conductas fraudulentas (en tanto que descansen en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 4.ª) de 27 de diciembre de 1989, [ROJ STS 11082/1989](#)]), ni lesivas de derechos fundamentales o que respondan a una discriminación del trabajador (SSTC [94/1984](#), [166/1988](#), [17/2007](#)), como tampoco cabe admitir el abuso del derecho o su ejercicio antisocial [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 12 de noviembre de 2007, ROJ [STS 8661/2007](#)]. Por otro lado, la propia configuración finalista del período de prueba, esto es, que empresario y trabajador están respectivamente obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba ([artículo 14.1 ET](#)), conlleva también un límite, en el sentido de que «salvo imposibilidad, el desistimiento no puede producirse sin que haya tenido lugar la comprobación sobre el terreno de que el mantenimiento de la relación de trabajo no conviene a los intereses de una u otra parte del contrato» (FJ 3.º de la sentencia que se comenta). En relación con la discriminación por enfermedad del trabajador, el TS y el Tribunal Constitucional han reiterado «que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el [artículo 14 CE](#), ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo [...]», afirmando además el TS en la sentencia que nos ocupa que «No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal».

A partir de las premisas expuestas, su proyección sobre el supuesto que se enjuicia llevará al TS a concluir que el comportamiento empresarial no ha sobrepasado ninguno de los límites apuntados. Así, se estima que el desistimiento del empleador durante el período de prueba producido a raíz del accidente laboral del trabajador no constituye discriminación ni vulneración de derechos fundamentales, sin que tampoco pueda aplicarse al caso la doctrina sobre el fraude de ley y el abuso de derecho, en tanto «una consideración atenta de la realidad social de la gestión empresarial obliga a descartar tal calificación para la conducta del empresario [...] que haya decidido rescindir la relación de trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente», al considerar que tiene una explicación razonable desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos de la empresa: la baja del trabajador en período de prueba puede obligar al empresario a contratar a otro para cubrir ese puesto de trabajo y, además, se verá forzado a adoptar una decisión sobre la continuación o la extinción del contrato de trabajo del accidentado, debiendo en este último caso ejercitar su facultad de desistimiento antes de que transcurra el plazo de prueba acordado (vid. FJ 4.º). En cuanto a la obligación de realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, su omisión se ha debido, a juicio del Tribunal, «a la imposibilidad material de su realización por la situación de incapacidad temporal del trabajador, una situación de infortunio que no se deriva de incumplimientos de las partes del contrato de trabajo, pero que, en última instancia, constituye una vicisitud del contrato de trabajo por causa inherente o atinente a la persona del trabajador» (FJ 4.º, el subrayado es nuestro).

III) Análisis crítico

Como sostiene el voto particular a la sentencia, en el caso analizado no puede considerarse que estemos ante una «mera» enfermedad, sino ante una situación excepcional. Y ello por la concurrencia de unas circunstancias que, a nuestro parecer, que no fueron valoradas en todo su alcance por la Sala: que el origen de la IT del trabajador, determinante de la decisión extintiva del empresario, fue un accidente de trabajo que, tal y como se deduce del informe de investigación de accidentes, podría haberse evitado si la empresa hubiera dotado a los trabajadores de equipos de protección y les hubiera proporcionado medios mecánicos para la manipulación manual de cargas.

El mandato constitucional a los poderes públicos de velar «por la seguridad e higiene en el trabajo» ([artículo 40.2 CE](#)) se ha plasmado, entre otros, en los [artículos 4.2.d\)](#) y [19.1 ET](#) y, desde luego, en la [Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención](#) de riesgos laborales (LPRL), disposiciones que a su vez engarzan con la protección de la salud del [artículo 43.1 CE](#) y, en última instancia, con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física proclamado en el [artículo 15.1 CE](#) (vid. SSTC [62/2007](#) y [160/2007](#)), situándose la seguridad y salud en el trabajo en un lugar preeminente frente a otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, como la libertad de empresa. El derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, garantizándoles la seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo ([artículo 14.1 y 2 LPRL](#)). En cumplimiento de esa obligación, entre otros aspectos, el empresario deberá tomar en consideración las capacidades profesionales del trabajador en materia de seguridad y de salud al encomendarle las tareas, adoptar medidas preventivas efectivas ([artículo 15.2 y 4 LPRL](#)) y garantizar que reciba en el momento de su contratación una formación suficiente y adecuada en materia preventiva, cualquiera que sea la modalidad o duración del contrato ([artículo 19.1 LPRL](#)).

En el caso que nos ocupa, toda vez que no existía prueba de que el trabajador –que había acreditado su nivel de formación al ser contratado– no estuviese capacitado para el trabajo, y que tampoco pueda afirmarse que en tres horas de prestación de servicios hubiera tiempo suficiente como para que la parte empresarial pudiera apercibirse de su falta de capacitación o preparación (como se señala con valor fáctico en el FJ 3.º de la sentencia), es fácil colegir que la extinción del contrato de trabajo, revestida formalmente como un desistimiento empresarial amparado en la vigencia del período de prueba, nada tiene que ver con que el trabajador no superase las experiencias objeto de la prueba, a que se refiere el [artículo 14 ET](#), sino que trae su causa del accidente de trabajo sufrido, con sus consecuencias de incapacidad temporal para trabajar. Y como la obligación empresarial de dotar protección eficaz del trabajador en materia de seguridad y salud no parece que se hubiera cumplido de manera efectiva (a la vista de las indicaciones del informe del accidente), se estaría en realidad cesando al trabajador por unos hechos, lesivos de su salud, acaecidos a raíz de un incumplimiento empresarial.

La decisión extintiva de la empresa no atenta contra el principio de igualdad, ni incurre en discriminación prohibida en el [artículo 14 CE](#) o lesión de derechos fundamentales, por lo que no cabe hablar de despido nulo, pero sí de improcedente. Y esto es así porque la extinción del contrato de trabajo es una reacción empresarial a las consecuencias (la IT) de la actualización de un riesgo profesional que podía haber sido evitado si el empleador le hubiera proporcionado al trabajador los medios adecuados (fajas lumbalgia y carretillas) para desempeñar la tarea de carga que le fue encomendada. De manera que, coincidiendo con la afirmación del TS (FJ 4.º) de que en este caso las experiencias que constituyen el objeto del período de prueba no han podido desarrollarse debido «a la imposibilidad material de su realización por la situación de incapacidad

temporal del trabajador», no compartimos la apreciación subsiguiente, por cuanto la «situación de infortunio» del trabajador sí se deriva de incumplimientos de una de las partes del contrato de trabajo: el empleador, sin que en tales circunstancias haya que subordinar a conveniencias en la gestión de los recursos humanos o criterios de rentabilidad empresarial el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Por último, en relación con otra cuestión suscitada en el recurso sobre el alcance y los límites del control de legalidad que los órganos judiciales pueden llevar a cabo respecto del desistimiento empresarial en período de prueba (vid. FJ 5.º), consideramos razonable que el juez, a la luz de las circunstancias que rodeaban el caso comentado, apreciase la existencia de indicios de una conducta abusiva (postura no compartida por la Sala) y, por tanto, que indagara en los motivos del desistimiento empresarial llegando finalmente, como hemos defendido, a la declaración de improcedencia del despido.

MARÍA ASCENSIÓN GARCÍA TRASCASAS
Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)* auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.

2. *AIS* se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el *28 de febrero*, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el *30 de septiembre*.

4. *Ars Iuris Salmanticensis* 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 cms.; 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). 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. Deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés, idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *Tribuna* y *Estudios*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.I.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRIAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M^a. J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la y 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.

