

# AI S

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

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

Volumen 2

Número 2

Diciembre 2014

eISSN: 2340-5155

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



Ediciones Universidad  
**Salamanca**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AIIS

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

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

---

Volumen 2 | Número 2 | Diciembre 2014 | eISSN: 2340-5155  
<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

### EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

#### Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

#### Secretario

Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo de Redacción

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

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

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia  
Codirector de Global Governance Studies)

Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)

Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)

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

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

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia

Antonia DURÁN AYAGO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo Científico

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

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

Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)

Marta DEL POZO PÉREZ (Universidad de Salamanca, España)

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

Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)

Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)

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

Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)

Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)

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

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

Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)

Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)

Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)

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

Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)

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



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 2

Número 2

Diciembre 2014

eISSN: 2340-5155

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

## SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS)

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

## Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (Director)

Dr. Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Secretario)

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

Teléfono: +34 923 29 44 41

Correo-e: [ais@usal.es](mailto:ais@usal.es)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf

Maquetación: Intergraf

Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla





Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AI S

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

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

---

Volumen 2

| Número 2

| Diciembre 2014

| eISSN: 2340-5155

## ÍNDICE

---

### TRIBUNA DE ACTUALIDAD

---

1. El encaje de Cataluña en un nuevo orden constitucional español  
*por Carles Ramió* ..... 11-21
2. Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de  
cláusula suelo declarada nula  
*por Eva M.<sup>a</sup> Martínez Gallego* ..... 23-34
3. Beyond Fables: a commentary on the 2014 Google Decision  
*por David Báez Seara* ..... 35-42
4. Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del  
Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto  
*por Eleonora Lamm*..... 43-50

---

### ESTUDIOS

---

1. Patrón de conducta exigible a una buena Administración Pública  
Sanitaria  
*por M.<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez*..... 53-70
2. Régimen jurídico del transporte multimodal internacional  
*por Antonio Abril Rubio* ..... 71-93
3. Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo  
en el ordenamiento jurídico español  
*por Juan David Camargo Gómez* ..... 95-125

---

## CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

---

(ENERO-JUNIO 2014)

Derecho Administrativo.....	132-149
Derecho Civil .....	150-153
Derecho Constitucional .....	154-158
Derecho de Extranjería .....	159-161
Derecho Financiero y Tributario .....	162-165
Derecho Internacional Privado .....	166-169
Derecho Internacional Público .....	170-176
Derecho Mercantil .....	177-214
Derecho Penal.....	215-222
Derecho Procesal .....	223-232

---

## RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

---

(ENERO-JUNIO 2014)

Derecho Administrativo.....	238-249
Derecho Civil .....	250-256
Derecho Eclesiástico del Estado.....	257-264
Derecho de Extranjería .....	265-267
Derecho Financiero y Tributario .....	268-276
Derecho Internacional Privado .....	277-282
Derecho Mercantil .....	283-290
Derecho Penal.....	291-299
Derecho Procesal .....	300-302
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.....	303-307
Derecho de la Unión Europea.....	308-313



## TABLE OF CONTENTS

---

### CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

---

1. Catalonia in a new Spanish constitutional order <i>by Carles Ramió</i> .....	11-21
2. Recovery of unduly invoiced amounts because of «floor clauses» rendered null and void <i>by Eva M.<sup>a</sup> Martínez Gallego</i> .....	23-34
3. Beyond Fables: a commentary on the 2014 Google Decision <i>by David Báez Seara</i> .....	35-42
4. Surrogacy. The importance of the decisions of the European Court of human rights and their impact <i>by Eleonora Lamm</i> .....	43-50

---

### ARTICLES

---

1. Patron of good conduct liabilities in Health Public Administration <i>by M.<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez</i> .....	53-70
2. Legal framework of multimodal transport <i>by Antonio Abril Rubio</i> .....	71-93
3. The electronic recruitment of dynamic packages in the Spanish law system <i>by Juan David Camargo Gómez</i> .....	95-125

---

## LAW REVIEW

---

(JANUARY-JUNE 2014)

Administrative Law .....	132-149
Civil Law .....	150-153
Constitutional Law .....	154-158
Immigration Law .....	159-161
Tax Law .....	162-165
International Private Law .....	166-169
International Public Law .....	170-176
Commercial Law .....	177-214
Criminal Law .....	215-222
Procedural Law .....	223-232

---

## CASE LAW

---

(JANUARY-JUNE 2014)

Administrative Law .....	238-249
Civil Law .....	250-256
State Ecclesiastical Law .....	257-264
Immigration Law .....	265-267
Tax Law .....	268-276
International Private Law .....	277-282
Commercial Law .....	283-290
Criminal Law .....	291-299
Procedural Law .....	300-302
Labour Law .....	303-307
European Union .....	308-313

**—— TRIBUNA DE ACTUALIDAD ——**



# El encaje de Cataluña en un nuevo orden constitucional español

## *Catalonia in a new Spanish constitutional order*

**Carles Ramió**

Catedrático de Ciencia Política y de la Administración (Universitat Pompeu Fabra)

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este documento es indagar sobre un posible encaje de Cataluña en un nuevo marco constitucional español. Esta difícil tarea se realiza aquí bajo dos vectores: por una parte, las reflexiones y propuestas que abarca este texto se hacen desde la Ciencia Política y no desde el Derecho Constitucional. El análisis, por tanto, atiende a la sustancia política y social del problema y no a los desencuentros de carácter formal ni a las soluciones legales concretas. Por otra parte, el tema tratado es totalmente visceral y está dominado por un debate entre los seguidores de los dos equipos en liza (independentistas y unionistas utilizando la actual jerga) en el que es muy difícil acercarse desde una posición neutral ya que no hay nadie ni en Cataluña, ni en España (ni probablemente en el resto del mundo) que pueda analizar este fenómeno desde la más absoluta y profiláctica neutralidad. En este sentido, todo el mundo está contaminado por filias y fobias, tengan éstas un carácter más explícito o más implícito. El autor va a intentar ser lo más neutral posible pero a sabiendas de que no lo va a lograr, ya que

realmente tampoco lo es. En este sentido, voy a realizar el máximo esfuerzo para analizar el problema desde la distancia y la neutralidad pero con el inconveniente de que estoy totalmente expuesto ya que soy catalán y vivo en Cataluña y, por otra parte, estoy vinculado, aunque con escasa militancia visible, a los que defienden un nuevo encaje institucional entre Cataluña y el resto de España. Siguiendo la incómoda terminología actual mis posiciones pueden ser consideradas como unionistas (término horrendo) o de la denominada «tercera vía».

## 2. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Cataluña no ha encontrado todavía su encaje en el sistema institucional, político y social español. El problema es histórico y se remonta, al menos, a 1714 con el traumático desenlace de la guerra de Sucesión. Antes de este suceso histórico los reinos de Castilla y de Aragón vivían de espaldas, configurándose en una especie de modelo confederal con escasos nexos de unión real. No se trata aquí de elaborar un ensayo sobre las razones de este desencuentro porque son muy difíciles de precisar ya que juegan, por encima de todo, los sentimientos y las percepciones, que siempre son muy complicados de parametrizar. El tema central tiene relación con una percepción de identidad nacional de Cataluña distinta a la del resto de España que se perfeña a partir de una lengua propia (que es el elemento objetivo indiscutible) y a partir de un conjunto de concepciones históricas, políticas, económicas y sociales que son totalmente subjetivas y, por lo tanto, discutibles. Pero la cuestión no reside en discutir estos argumentos que surgen de las vísceras y de complejos procesos sociales. Es obvio que se trata de sentimientos y percepciones subjetivas ya que ante una misma realidad hay catalanes que se encuentran relativamente cómodos con el actual marco institucional español y hay otros catalanes que jamás, pase lo que pase y se proponga lo que se proponga, van a encontrar admisible este encaje. Y, es curioso, ya que lo mismo sucede con los catalanes de nueva generación (catalanes no nacidos en Cataluña). El tema consiste en encontrar un modelo institucional en que la mayoría de los catalanes se sientan cómodos o, por lo menos, no totalmente incómodos. En este sentido, estamos ante un problema que es imposible de resolver en términos absolutos ya que siempre existirá una parte de la población catalana poco conforme con este encaje. Pero aquí lo que hay que atender es a la mayoría de los ciudadanos.

Al lector del resto de España seguro que le sorprende lo que está aconteciendo actualmente en Cataluña. No es extraño, ya que la actual situación también sorprende a los propios catalanes tengan el posicionamiento que tengan. La pregunta que corresponde hacer es ¿por qué se ha llegado a la actual situación tan extrema? La respuesta, obviamente, es compleja, pero es necesario hacer el esfuerzo

de encontrarla, ya que si no se define bien el problema difícilmente se va a poder encontrar una solución.

La situación actual en Cataluña es bien conocida en términos generales aunque poco precisa en datos concretos. El independentismo es un sentimiento con una posición enraizada en la sociedad catalana. Hasta hace unos cinco años, y desde la transición a la democracia, era un enfoque relativamente marginal apoyado solo por un máximo del 15% de los ciudadanos. Pero a este escaso porcentaje había que sumarle uno mucho más elevado que se consideraba nacionalista o catalanista. Sin embargo, en un período muy corto de tiempo esta situación ha cambiado y los ciudadanos catalanes que se posicionan como claramente independentistas son en torno a un 40% o algo más (la última encuesta del Centro de Estudios de Opinión de la Generalitat los cifra en un 58% –septiembre 2014–, pero se trata de un organismo poco neutral y bajo sospecha) y los que están a favor del denominado derecho a decidir representan una muy amplia mayoría (alrededor del 80%). Estos datos son abrumadores y muestran la gravedad de la situación actual. Esta rápida transformación tiene su explicación en cuatro motivos muy relevantes:

- Primero, el punto de inflexión fue el recurso del PP al nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 y la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el mismo en 2010. Ni el PP, que presentó el recurso, ni el TC con su sentencia fueron conscientes de que ejercieron el triste papel de catalizadores del problema.
- Segundo, la crisis económica tan severa en la que se ha visto envuelta España ha acrecentado las tensiones. En momentos de necesidad extrema de las finanzas y de los servicios públicos entraron en el debate los agravios de unos modelos poco refinados de financiación autonómica y de cooperación interterritorial. Aquí es cuando entra en Cataluña la discusión sobre el déficit fiscal y el perverso pero exitoso eslogan «España nos roba».
- Tercero, la corrupción política y el autismo político y social de los grandes partidos en España han generado todo un desapego de los ciudadanos con el actual sistema de partidos. Las nuevas formaciones del tipo UPyD y, más actualmente, Podemos, son una muestra de este descontento en España que en Cataluña, hasta ahora, se ha canalizado por la vía del independentismo. Este fenómeno de descontento social es evidente en toda Europa y cada país canaliza esta tensión a su manera: partidos de extrema derecha (Grecia, Austria, Francia, Holanda), partidos de extrema izquierda (España), formaciones heterodoxas y difíciles de encuadrar (como la de Beppe Grillo en Italia). En todo caso hay dos fuerzas que canalizan este descontento social en Europa: el nacionalismo y el populismo. Ambos motores convergen en Cataluña y dan lugar a la actual fuerza del independentismo y del denominado «derecho a decidir». Creo que este último argumento es crucial para comprender lo que ahora acontece en Cataluña y que está vinculado

al contexto internacional. La globalización económica mundial tiene sus ganadores regionales (claramente Asia y, en menor medida, América Latina y un cierto resurgir de África) y un claro perdedor: una Europa que se siente amenazada y a la que le cuesta mantener su sistema de bienestar. Europa está en crisis y como reacción resurgen pulsiones nacionalistas de todo tipo. Además, el fenómeno de la globalización va diluyendo el papel de los Estados y la población encuentra su identidad en el ámbito más local, en las ciudades. Hay un proceso mundial de debilitamiento de los Estados y de fortalecimiento de las ciudades. En este sentido hay que tener presente que Cataluña es básicamente una gran entidad metropolitana.

- Cuarto, los principales partidos políticos catalanes (en concreto CiU –recordemos que son dos partidos– y el PSC) han padecido un doble desgaste: por un lado, el derivado del autismo social y político de sus cuadros y de sus presuntas actividades corruptas y, por otro lado, el de jugar de forma ambigua, oportunista e, incluso, torticera con los sentimientos nacionales de una parte muy relevante de los ciudadanos catalanes. Esta falta de claridad ante el eje de carácter nacional ha favorecido el surgimiento de nuevas formaciones políticas con posiciones muy diáfanas sobre este ítem (Ciutadans y la Candidatura de Unitat Popular –CUP–) y una gran revitalización de un clásico (ERC). Pero el descrédito de los partidos ha impedido que incluso estos últimos sean capaces de canalizar el malestar y ha sido la sociedad civil catalana la que ha tomado las riendas de la situación. La Asamblea Nacional Catalana (ANC) ha sido capaz de movilizar y de acrecentar en un tiempo récord a los sectores sociales proclives al independentismo. La ANC ha dirigido, en los dos últimos años, la agenda política y los partidos soberanistas han asumido un rol gregario en el que han seguido las directrices de esta asociación de forma entusiasta (ERC) o de manera forzada (CiU). El resto de España todavía no ha entendido que los partidos políticos catalanes ya no son los únicos actores de cara a una posible negociación ya que una parte del espacio de estos partidos lo ha ocupado directamente una parte de la sociedad catalana y esta situación, totalmente inédita en nuestra cultura política, enriquece pero complica enormemente el proceso.

Por otro lado, se han producido unos vasos comunicantes muy fuertes entre el derecho a decidir, al que aspira la mayoría de los catalanes, y el independentismo. El segundo se alimenta del primero y es muy difícil romper este círculo vicioso. Desde la ortodoxia constitucional el derecho a decidir es una monstruosidad, ya que sobre este tema la soberanía recae en la totalidad del pueblo español y no solo en una parte. Desde la percepción catalana dominante se considera inaceptable que se anteponga la legalidad vigente (y que no está en muy buena forma por una envejecida Constitución y por la partitocracia del TC) a la democracia, entendida ésta en un sentido muy

primario. Es cierto que es demagógico contraponer democracia a legalidad. Es cierto que la posición de los que defienden el derecho a decidir puede llegar al absurdo ya que, por ejemplo, siguiendo su lógica, si la mayoría de los ciudadanos de un municipio reclamaran sus aspiraciones democráticas para decidir sobre su futuro en España tendríamos centenares de Estados y decenas de miles en todo el mundo. Por lo tanto, considero poco apropiada esta confrontación entre aspiraciones democráticas de una mayoría en un territorio versus legalidad. Ahora bien, hay al menos dos problemas con sustancia no resueltos por la vía de la legalidad. Por una parte, no es de recibo ubicar como barrera la legalidad cuando un territorio de forma muy mayoritaria tiene unas aspiraciones y quien decide es la gran mayoría de un territorio mucho mayor. Esta solución es defectuosa ya que pervierte la democracia, en el sentido que siempre habrá una mayoría de un territorio que puede decidir sobre la mayoría de un territorio más diminuto. Por otra parte, Cataluña se considera una nación y cree que debe, por ello, ser un sujeto político activo y con capacidad para decidir su futuro. No sé muy bien qué es una nación (que es un concepto romántico del siglo XIX), pero sí las hay es obvio que Cataluña es una, sea o no reconocida constitucionalmente. A partir de ambos argumentos, no parece que éste sea un problema legal sino un problema político al que hay que dar respuesta. Cataluña es muy distinta a Quebec o a Escocia pero es lo suficientemente parecida para que no pueda descartarse un tratamiento similar. Quizás habría que pensar en poseer mecanismos que regulen esta confrontación entre mayorías en distintos espacios territoriales ya que esta confrontación no sucede solo con los procesos independentistas sino con una parte importante de las políticas públicas en las que una mayoría del territorio mayor puede imponer un criterio a obedecer a un territorio menor cuando la gran mayoría de su población está en contra. En este sentido es interesante la experiencia de algunos países (por ejemplo, Bélgica con el «timbre de alarma» de su Parlamento) en los que se recurre al denominado consensualismo (término politológico de John Rawls, que no hay que confundir con el consensualismo del Derecho Civil) bajo el cual se obliga a llegar a consensos de carácter territorial cuando una política general afecta de forma grave a uno de los territorios y que va en contra de sus intereses o sensibilidades.

### 3. LA SOLUCIÓN UTÓPICA

La solución utópica es la independencia de Cataluña. Pero es una alternativa que hay que tomar en consideración ya que forma parte del imaginario de una parte muy importante de la población catalana que lo percibe como totalmente posible. Es una posibilidad extraordinariamente difícil si se toma en consideración la cultura política y social de España a la que le es imposible permitir la celebración de un referéndum sobre la independencia de Cataluña. En este sentido, es preocupante que una sociedad

y un sistema político, ante un reto de estas características, muestren su absoluta incapacidad para llegar a una estrategia similar ante un proceso parecido a los protagonizados por países como Canadá y el Reino Unido de Gran Bretaña. Hay que decir que si los grandes partidos políticos y la sociedad española aceptaran el mecanismo del referéndum seguramente ganaría el sí en Cataluña a la continuidad en España. Soy consciente de que el hecho de optar por esta vía y del para mí previsible resultado (que creo que sería muy similar al que ha acontecido en Escocia recientemente) no solucionaría de raíz el problema, pero sí que lo canalizaría gracias a una avanzada madurez democrática. Sirva de ejemplo como el problema del Quebec ha quedado profundamente dormido después del segundo referéndum, y seguramente lo mismo va a acontecer con Escocia. Es cierto que hacer un referéndum de estas características es muy traumático y produce un agotamiento político y social. Pero no hacerlo no contribuye en absoluto a resolver un problema que ya resulta ahora traumático y que puede degenerar en escenarios desconocidos.

Sea como sea, esta vía está actualmente cerrada. Los independentistas catalanes son conscientes de ello y su estrategia reside en internacionalizar el conflicto. Su argumento es que ya que en España es imposible mover nada desde dentro hay que moverlo desde fuera y que sea el contexto internacional el que obligue a España a resolver el problema por la vía de un referéndum. O, como alternativa más extrema, a aceptar una declaración unilateral de independencia una vez el independentismo consiga una amplia mayoría electoral (cosa que hasta el momento no ha acreditado). Esta posibilidad, que no se puede descartar, nos recuerda el 6 de octubre de 1934. Estas opciones de lograr la complicidad internacional sí que son, a mi entender, totalmente utópicas. Mi argumento es que no hay ningún actor internacional de peso a favor de apoyar alguna de estas dos opciones. Justo al contrario, ya que las rechazarían de plano. No hay ningún país importante en el ámbito europeo o mundial que simpatice con la secesión de Cataluña sino que a todos ellos, por motivos muy diferentes (por tener algunos también tensiones entre el centro y una parte de la periferia o bien para evitar la desestabilización política y económica de Europa), les asusta claramente esta posibilidad. Incluso en el caso de que el conflicto se convierta en extremo: declaración unilateral de independencia por parte del Parlamento y del Gobierno catalán y que el Gobierno español recurra al artículo 155 de la Constitución, la comunidad internacional no reaccionaría y se limitaría a mirar a otro lado. Esto sí: miraría a otro lado pero bajo el mantel del tablero de juego internacional presionaría a España para que buscara una solución intermedia por la vía de la reforma de la Constitución que diera satisfacción a una parte de las demandas catalanas.

## 4. LA SOLUCIÓN POSIBLE

Si se desea evitar el desenlace del anterior escenario, que es muy traumático a nivel interno y péfido para la imagen internacional de España, la mejor opción es adelantarse y proponer una reforma de la Constitución de 1978 para encontrar un nuevo encaje de Cataluña (y en paralelo del País Vasco). Hay que reconocer que el Título VIII de la Constitución está totalmente superado y agotado, y que tiene que ser objeto de revisión. El modelo autonómico fue una solución de urgencia para apaciguar la tensión entre el centro y la periferia muy similar al del modelo de Estado Integral de la Segunda República, pero ampliado a todo el territorio. Pero el modelo autonómico está superado, por ejemplo, debido a una utilización intensiva del artículo 150.2 que va mucho más allá de lo inicialmente esperado. España se asemeja actualmente a un modelo federal pero técnicamente no lo es (fallan, al menos, la segunda cámara de las Cortes Generales, el sistema fiscal y de financiación). Esta situación de parecer pero no ser un modelo federal es una fuente interminable de problemas especialmente por la confusa arquitectura variable que tiene el sistema. Es un modelo que muda su orientación casi cada legislatura, por motivos tácticos, en el sentido de que cuando el Gobierno de la nación está en minoría y se apoya en los partidos de la periferia el modelo posee un aroma federalista abierto a nuevos traspasos de competencias a las comunidades autónomas, y cuando el Gobierno de la nación tiene mayoría absoluta (como sucede ahora), manifiesta un aroma centralizador que desea racionalizar centralmente el modelo. No puede ser que el modelo territorial sea objeto de debate y de modificaciones cada legislatura derivado del tactismo de los partidos políticos. La consecuencia es que el actual modelo autonómico es el resultado de un proceso de estratificación geológica que lo hace muy inconsistente y que, por lo tanto, requiere de una reforma constitucional.

Parece obvio que una reforma constitucional debería contemplar la opción de optar por un modelo federal. Pero es un camino difícil, ya que en España no hay realmente federalistas. Ni la sociedad española, ni la catalana, ni la vasca, ni los grandes partidos nacionales, ni los partidos nacionalistas de Cataluña y el País Vasco son federalistas. Ahora, de forma sobrevenida lo es el PSC y aparentemente el PSOE, pero sin convicción en sus bases sino como respuesta de urgencia de los actuales dirigentes ante el entuerto en el que se encuentran España y Cataluña. Otro problema es que no sería aceptable desde Cataluña (y también, creo, que desde el País Vasco) un modelo federal ortodoxo en el sentido que sea simétrico y todos los futuros Estados compartan las mismas reglas del juego y competencias. Estos dos inconvenientes son muy serios y hay que tenerlos en cuenta para sortearlos con pulcritud.

En todo caso, la propuesta solo puede ser una: optar por un modelo federal de carácter asimétrico. Esto puede parecer difícil pero no lo es tanto, ya que en sustancia y en la práctica sería un modelo similar al que tenemos ahora pero mejor formalizado y

más refinado. Las propuestas, a mi entender, de cara a una nueva Constitución, serían las siguientes:

- 1) Modelo federal con una distribución competencial clara tanto a nivel legislativo, como de toma de decisiones y de prestación de servicios.
- 2) Transferencia a los nuevos Estados de competencias fiscales equiparables a cualquier sistema federal.
- 3) Un nuevo sistema de distribución de los recursos económicos, que se derivará de la transferencia de competencias fiscales, en que se aúnen los criterios de cooperación interterritorial con los incentivos por riqueza y dinamismo de cada uno de los nuevos Estados.
- 4) Modelo asimétrico a favor de Cataluña y el País Vasco. Poseen el mismo marco competencial que el resto pero con las siguientes características específicas adicionales:
  - Reconocimiento simbólico de que son una nación.
  - Competencias casi exclusivas y blindadas en materia lingüística y cultural.
  - Algunas competencias en materia de presencia activa a nivel internacional (representaciones en otros países, capacidad para firmar acuerdos con otros países-Estado, posibilidad de participar en eventos deportivos internacionales como país, etc.).
  - Sistema de concierto, a diferencia del resto de los Estados, pero diseñando muy bien el cupo sin que sea negociable políticamente en cada momento más allá de aspectos técnicos. El cupo debe ser mucho más razonable del que ahora goza el País Vasco, ya que hay que contemplar los servicios que el Estado central (Federación) presta en estos territorios (tanto directos como indirectos) y mantener un porcentaje para la cooperación interterritorial semejante al de los modelos federales.
  - Introducir elementos propios del consensualismo (por ejemplo, el «timbre de alarma» en las Cortes Generales) cuando se debatan leyes con suficiente mayoría parlamentaria, pero que pueden ir claramente en contra de la sensibilidad mayoritaria de catalanes y vascos. En estos casos habría que abrir espacios específicos de consenso entre estos tres actores.

Estas propuestas pueden parecer inasumibles para los ciudadanos españoles no catalanes, pero la verdad es que, a nivel material, no cambian mucho la situación actual. En la práctica ya se opera de esta manera salvo en algunos elementos formales de reconocimiento simbólico (que también en la práctica actual suelen estar reconocidos de facto), el tema de un mayor blindaje en elementos lingüísticos y culturales (que en la práctica también sucede aunque con mucho ruido y tensiones derivados de unos interminables litigios judiciales) y un nuevo sistema de financiación (esta propuesta sí que sería la gran novedad sustantiva). La mayor parte de esta propuesta asimétrica

tiene un carácter simbólico y solo una parte marginal tiene incidencia real en el funcionamiento del sistema. Los problemas que se me ocurren que hay que superar son los siguientes:

- a) Se refuerza el principio de «café para todos» pero con la salvedad de que dos Estados de la Federación (Cataluña y País Vasco) gozarán de «carajillo». Esto va a generar probablemente un doble problema: por una parte, la mayoría de las actuales autonomías se van a oponer a un modelo asimétrico por motivos simbólicos, demagógicos y de cálculo electoral a corto plazo por parte de sus élites políticas regionales. Cuesta siempre a la mayoría aceptar la diferencia de una minoría. Por otra parte, hay un subconjunto de comunidades autónomas que se van a sentir especialmente agraviadas: Galicia y Andalucía, que pueden argumentar que también son naciones, y Navarra, que se va a quedar a medio camino al gozar de concierto y cupo pero sin alcanzar la aspiración de ser también «diferente». Argumentos se van a manejar de todo tipo y todos van a ser válidos, pero el éxito del modelo va a consistir en que todos sean iguales y solo dos distintos. En este punto voy a utilizar un argumento, con evidencia empírica, que justificaría esta asimetría ya que tampoco me agrada mucho que unos pocos sean distintos al resto. Y se trata ahora de hablar claro y sincerarse: después de 36 años de modelo autonómico se puede decir que es un modelo de descentralización reactivo en 15 comunidades autónomas en el sentido de que éstas han adoptado un rol bastante pasivo ante las distintas transferencias de competencias; estas no han combatido por el marco competencial y han sido muy gregarias a las iniciativas recentralizadoras y a las instrucciones de coordinación del Estado (de la Administración General del Estado). Incluso Galicia y Andalucía han asumido plácidamente este rol abúlico, salvo en momentos de mala sintonía política en que se han enfrentado, por motivos de táctica partidista, con el Estado. Pero más como una impostura que por motivos de fondo. Hay que reconocer que solo Cataluña y el País Vasco han asumido un rol proactivo en el proceso de descentralización, arañando nuevas competencias, presentando recursos al TC, etc. El resto de comunidades autónomas han ido a rueda de estas dos comunidades cuando les ha interesado y cuando no, se han descolgado. En cierta manera es dar forma al lema «más autonomía para quien se la ha trabajado políticamente, jurídicamente y socialmente». Considero, modestamente, que éste puede ser un argumento de peso objetivo para optar por un sistema asimétrico. Al fin y al cabo el sistema y España han demostrado que aceptan la diferencia ya que la situación del País Vasco y Navarra es un caso clamoroso (que se puede cuantificar económicamente) de que un modelo asimétrico (es muy difícil encontrar otro en el mundo como éste en términos fiscales y económicos) es perfectamente asumible.

- b) Las competencias plenas y blindadas en los temas lingüísticos pueden herir muchas sensibilidades en el resto España. Este ha sido un tema de confrontación clásico durante las tres últimas décadas. Pero es una polémica totalmente alejada de la realidad ya que en Cataluña los jóvenes que se han formado en el marco educativo de la denominada «inmersión lingüística» dominan perfectamente el español. El español es una lengua que no predomina en la educación formal en Cataluña pero que sí que domina en los medios de comunicación de masas e, incluso, a nivel social. Ambas lenguas, catalán y español, se equilibran en la práctica generando una lógica de inclusión social que es muy positiva para un Estado (o Federación) que presume, al menos formalmente, de ser plurilingüe. No se conocen casos relevantes, más allá de pequeñas anécdotas marginales, de conflicto lingüístico en Cataluña.
- c) Las competencias de carácter internacional tampoco tendrían que ser un gran obstáculo ya que no es un problema grave que Cataluña y el País Vasco puedan tener una presencia internacional formal. El realismo internacional va a imponer sus reglas y se podrán realizar convenios y colaboraciones entre países-Estado con Cataluña, pero éstos van a quedar circunscritos a temas culturales, simbólicos y económicos y difícilmente van a poseer una dimensión política. En otros términos, no me parece tampoco muy problemático el hecho de que puedan existir selecciones nacionales catalanas. Nunca hemos percibido en España como un problema que jueguen las selecciones de Gales o de Escocia en distintos deportes emblemáticos. Además, es obvio que esta posibilidad solo va a estar abierta a deportes nuevos o marginales. En todo caso, las que deciden son las federaciones internacionales de los diferentes deportes que tienen sus propios criterios (la mayoría restrictivos para evitar una excesiva fragmentación) y no hay que alarmarse decidan lo que decidan.
- d) Es posible que la solución catalana no satisfaga a los vascos. Es decir, para salvar un problema hay el peligro de que otro nuevo entre con fuerza en la agenda política. La mayoría de los vascos están muy bien acomodados con un modelo singular que no satisface sus anhelos simbólicos pero que se equilibra con unos privilegios fiscales y económicos únicos en el mundo. Es imposible económicamente igualar a Cataluña con estos privilegios del País Vasco y de Navarra. Y es muy difícil mantener estos privilegios vascos y navarros en el nuevo modelo asimétrico ya que sería una fuente de tensiones tanto para Cataluña como para el resto de España. Plantear un nuevo modelo constitucional va a chocar con esta situación asimétrica que ha sido hasta ahora silenciada por todas las partes (incluso Cataluña ha mantenido un sorprendente silencio hasta ahora). Se tendrá que tratar este tema con delicadeza ofreciendo el nuevo modelo a cambio de algunas renuncias en la dimensión económica derivada de la fijación del cupo. El tema del concierto con las competencias fiscales no es necesario tocarlo ya que se ampliaría también a Cataluña.

Finalmente, el lector ahora se puede preguntar ¿acaso si desde el resto de España hacemos esta cesión y sacrificio va a mejorar la convivencia con Cataluña (y el País Vasco, añadido)? La respuesta es sí y no al alimón. La versión afirmativa a la pregunta y a corto plazo es que una propuesta como la que aquí se presenta seguramente va a ser aceptada por la mayoría de los catalanes. Del 40% de los electores que pensamos que son independentistas una tercera parte pueden optar por esta solución más pragmática configurando una mayoría social del 70% de la población catalana. Es obvio que esto es una hipótesis de trabajo pero bastante avalada por las encuestas que han abordado esta posibilidad. Pero cuidado que este cambio es posible ahora pero no es evidente que exista esta posibilidad en el futuro. La marea independentista puede ser ahora reconducida pero a medida que van acrecentando las tensiones y no aparece una propuesta constructiva por parte del Estado español el independentismo va a ir cristalizando. La versión negativa a la pregunta es que va a quedar un 30% muy ruidoso que no va a estar conforme. De cómo funcione el nuevo modelo va a depender que este porcentaje baje al simbólico 15% o vaya incrementando generándose dentro de 20 o 30 años una nueva gran crisis.

Por último, el diagnóstico, las propuestas y la conclusión de este texto ya puedo imaginar que van a causar unas sensaciones incómodas a la mayoría de los lectores, sean estos catalanes, vascos o del resto de España. Es el riesgo que tiene atreverse a escribir ahora y siempre (pero especialmente ahora) sobre este tema. Seguramente una parte importante de mis colegas catalanes me van a acusar de conservador y anticuado, que miro más el retrovisor de un pasado caduco en vez de fijarme en el parabrisas que muestra nuevos e innovadores caminos de futuro a explorar. Pueden tener razón en el sentido, antes expuesto, de que la globalización puede dar como resultado un incremento de identidades regionales y locales que cambien el panorama político formal actual en el que predominan unos Estados que han quedado anticuados. También una parte significativa de compañeros del resto de España me van a acusar de catalanista, insolidario y de contaminado por la causa independentista. No me considero ni lo uno ni lo otro sino solo un militante de los grises y de los matices al que le resultan incómodos los maximalismos de ambas partes y mucho más si están teñidos de aromas nacionalistas. Pero la cuestión importante es que estas propuestas (y otras mejores y más completas que hagan otros autores con mayor dominio del tema) quizás satisfagan a una mayoría de los catalanes y no es poca cosa tal y están los tiempos y los estados de ánimo. Y que, además, no generen un rechazo frontal del resto de los españoles. Si no se realiza este ejercicio de flexibilidad y de realismo se va a producir la profecía mediática del choque de trenes y este choque, a pesar de la asimetría entre ambos convoyes, va a volatilar al tren pequeño pero también va a hacer descarrilar al tren grande. Se mire como se mire no sale a cuenta no hacer nada, y lo más conveniente es coger a la Constitución de 1978 por los cuernos y afrontar de forma inmediata el problema.



# Devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusula suelo declarada nula

*Recovery of unduly invoiced amounts because of «floor clauses» rendered null and void*

**Eva M.<sup>a</sup> Martínez Gallego**

Magistrada Juzgado Primera Instancia Mercantil. Ourense.

Profesora Titular de Derecho Civil (USAL)

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

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

La nulidad de la cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario ha sido objeto de análisis pormenorizado tras la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013. Los razonamientos que sienta el Alto Tribunal sobre los elementos a enjuiciar y los requisitos tanto de incorporación como de transparencia de esta condición general de acotación mínima al tipo de interés ya han sido tratados en esta revista por el catedrático de Derecho Civil Dr. D. Eugenio Llamas Pombo en el número de diciembre de 2013. Ahora bien, haciendo nuestras las consideraciones que allí se

señalan, creemos que procede ahondar en un segundo e importante aspecto derivado de la nulidad de dicha cláusula. Es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo es el parámetro utilizado por los Jueces de lo mercantil y Audiencias Provinciales en aras de efectuar la declaración de nulidad. Sin embargo, son muchas las voces discrepantes en cuanto a los efectos que se derivan de dicha nulidad. Es por ello que estimamos procedente hacer un breve análisis del panorama judicial para extraer, si ello es posible, un criterio que transmita cierta seguridad al consumidor medio, que, ante un panorama incierto, antes de plantear una eventual demanda con solicitud de devolución de cantidades, parece que debe conocer el criterio de la plaza en la que lidia.

Lo habitual es que el consumidor, cuando inste la declaración de nulidad de la cláusula suelo o de acotación mínima al tipo de interés inserta en el contrato de préstamo hipotecario que le une a la entidad bancaria, también solicite la restitución del importe percibido por ésta a partir del momento en que comenzó a aplicarse la cláusula suelo.

Ante esta solicitud, como bien señala la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2014 (rollo de apelación n.º 201/2014), Fundamento de Derecho Segundo, «Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia del Tribunal Supremo», existiendo dos posiciones claramente divergentes en las que podemos insertar el criterio mantenido por nuestra Audiencia de Ourense basado en la aplicación del art. 1.6 del Código Civil reproduciendo los argumentos de la Sala primera del Tribunal Supremo. Así, contamos con sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 (rollo 344/13), estimatoria en parte del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria, en relación a la no aplicación retroactiva de los efectos de la cláusula nula así declarada, y ello porque estima que «el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno ha fijado cuál es la doctrina jurisprudencial al respecto y de esta manera ha marcado la pauta a seguir en la determinación del carácter retroactivo o no de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario y a tal previsión debe atenerse el dictado de resolución de los órganos inferiores pues lo contrario sería desoír el mando que establece el citado art. 1.6 del Código Civil» (Fundamento de Derecho Segundo). Añade igualmente que

ese pronunciamiento vincula necesariamente a los órganos jurisdiccionales de orden inferior al Tribunal Supremo de tal modo que la aplicación del artículo 1303 del Código Civil al supuesto debe seguir esa dirección y no es aceptable que se cuestione el mismo en cualquier resolución judicial.

Sin embargo, la misma Audiencia Provincial de Ourense, por ejemplo en sentencia de 15 de julio de 2014, desestima el recurso planteado por la entidad bancaria confirmando íntegramente la sentencia dictada por este mismo Juzgado en la que se estima

la condena a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula «suelo» declarada nula.

A tal efecto, son muchas ya las resoluciones dictadas por quien escribe estas breves líneas en las que, antes de entrar a resolver sobre la posible retroactividad solicitada, precisa en relación al art. 1.6 del Código Civil que, el hecho de que el TS se pronuncie sobre un aspecto jurídico determinado, no impide a nadie el acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que su acción pueda o no prosperar en función del criterio de los Juzgados y Tribunales, que pueden o no seguir los criterios jurisprudenciales, pues de conformidad a lo dispuesto tanto en el art. 117.1 de nuestra Carta Magna como en el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley. En este sentido, debemos señalar que si bien nuestro Código Civil establece en su art. 1.6 que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», esa vinculación no es rígida o formal, en el sentido de que no pueda nadie apartarse de lo dispuesto por el TS, sino que es una vinculación derivada del enorme prestigio de Nuestro Alto Tribunal, y de que el hecho de no seguir sus opiniones supondría que finalmente la sentencia que se dictase en instancias superiores supondría la revocación de las dictadas en primera instancia.

Es decir, interpuesta la acción se valorará la normativa aplicable y en función de ello se fallará. Asimismo, se podrá tener en cuenta el criterio mantenido por la Instancia Superior a fin de evitar que la sentencia sea revocada, pero nada impide que el Juzgador de Instancia pueda fallar conforme a su criterio y siempre aplicando la ley a la que está sometido. Además, lo que en ningún caso procedería es no entrar a valorar el fondo de la cuestión sobreseyendo el procedimiento *in limine litis* so pretexto del criterio mantenido por la Instancia Superior, pues ello supondría tanto como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y privaría igualmente a los órganos jurisdiccionales encargados de la apelación, o en su caso al TS, de la posibilidad de variar sus criterios, viéndose obligados a continuar diciendo siempre lo mismo, a pesar de que son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela judicial.

Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/90, de 10 de diciembre –EDJ1990/11258–; 221/91, de 25 de noviembre –EDJ1991/11196–; 126/92, de 28 de septiembre –EDJ1992/9313–; 207/92, de 30 de noviembre –EDJ1992/11827–; 90/93, de 15 de marzo –EDJ1993/2594–; 160/93, de 17 de mayo –EDJ1993/4617–; 192/94, de 23 de julio –EDJ1994/5581–). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, «se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora,

coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad».

Sentado lo anterior, se ha de señalar que son muchas las Audiencias Provinciales que discrepan de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, considerando que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco. A tal efecto, podemos señalar:

- *SAP Málaga, Sección 6.ª, de 12-03-2014 (F.J. octavo):*

El artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo 1.303 del CC: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes»; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS de 23 de junio de 2008, entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Pues bien, ello así, aun cuando Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 niega el efecto retroactivo de la Sentencia, también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorio de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la LCGC), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC, sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé...

- *SAP Barcelona 16-12-2013*: en el apartado 17 (La condena a la devolución de l'excés cobrat). Reproduce la doctrina de la referida STS en su apartado 283, relativa a que la regla general es la retroactividad, por aplicación del principio *quod nullum est nullum effectum producit* y del art. 1303 Cc, y entiende que es la que debe aplicarse al caso, y no la solución de irretroactividad acordada por el Alto Tribunal al ser acciones distintas y no haber en este caso riesgos de trastornos graves en el orden público económico, dice así:

En el cas en examen, considerem que, tal com demanava l'actor Sr. Serafin, ha de ser aplicada la regla general segons la qual, la decisió judicial que declara abusiva una clàusula determinada ha de retrotraure els efectes al moment de la conclusió del contracte (efectes *ex tunc*). La naturalesa d'aquest litigi (acció de nul·litat instada per un consumidor en relació amb un contracte individualitzat) difereix de la del judici decidit per la STS de 9 de maig de 2013 (acció col·lectiva de cessació). Ni aquest procés queda afectat per l'efecte de cosa jutjada material de la STS ni les circumstàncies del nostre cas s'identifiquen amb les d'aquell (singularment la tinguda en compte en l'apartat 293, k: el risc de trastorns greus amb transcendència a l'ordre públic econòmic). En conseqüència, estimarem també la pretensió formulada pel demandant, de condemna de l'entitat demandada a la devolució de l'excés percebut com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula declarada nul·la, amb els interessos corresponents.

– *SAP Alicante de 12 de julio de 2013*. Voto particular. El parecer mayoritario considera que es aplicable el criterio de irretroactividad del TS por ser idéntica la cláusula suelo examinada. No obstante, se formula voto particular en el que considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos:

El primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de «no vinculación» a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012, y dos de 30 de mayo de 2013, en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados «a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula». En Base a ello, considera «la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español, la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos. Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: «En materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas». Y se concluye que:

La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil, art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses.

– *SAP Álava 9 de julio de 2013*: tras señalar que las acciones ejercitadas en la STS y en la del caso no son las mismas: «La acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc», y que la solución del TS atiende al caso enjuiciado, resuelve que debe acordarse la retroactividad, con base en los arts. 9 y 10 LCGC y art. 1303 Cc, así: «El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo»; y que no hay razones para no aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco, y que aun cuando la STS de 21 de marzo de 2012 matizó la obligación restitutoria en caso de nulidad, el fundamento es que ninguna de las partes se enriquezca sin causa a costa de otra, concluyendo en el caso que dado que la cláusula suelo solo ha operado en beneficio del banco y en perjuicio del cliente sin que nunca sucediera lo contrario no hay motivo para excluir la aplicación del art. 1303 Cc.

– *SAP Jaén, 27 de marzo de 2014* (Fundamento de Derecho Segundo) compare, afirma:

Los acertados razonamientos del Magistrado de lo Mercantil y entiende que procede declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, por cuanto ésta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos.

Precisamente, se señala que el TS cuando aborda este tema afirma que la regla general es la retroactividad, al expresar que «la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste–, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)», es decir, efecto de pasado y efecto de futuro, y «así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil» al imponer el deber de restitución de las prestaciones habidas en virtud del contrato, remitiéndose a las reglas generales de la nulidad contractual, y, por tanto, a dicho precepto, el art. 9 de la LCGC (1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil), estableciendo el art. 10.1 LCGC que «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Y también la propia doctrina del TS proclama la *restitutio in integrum* como efecto natural de la nulidad (ej., sentencia de 13-03-2012).

Sentado lo anterior, hay que señalar que conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 9 de mayo de 2013, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, «(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva» (párr. 276). Y «como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica “*quod nullum est nullum effectum producit*” (“lo que es nulo no produce ningún efecto”). Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil... “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”...» (párr. 283).

Posteriormente, el TS, haciendo uso de «la posibilidad de limitar la retroactividad» de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (párr. 293), termina declarando la irretroactividad «de (su) sentencia» (pronunciamiento décimo del fallo).

A nuestro modesto entender, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias

concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC. Porque el TS «declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia», aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) «no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada» (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) «a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia» (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores). El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos, básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art. 223.3 LEC). Y no lo hace.

Por nuestra parte, ya en múltiples sentencias hemos señalado en relación a la STS de 9 de mayo de 2013 que la declaración de nulidad de cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario no afectará a los pagos ya efectuados por los consumidores que se adhieron al contrato. Ahora bien, entendemos que no se puede obviar que la aplicación del criterio retroactivo que allí se efectúa al margen de ser un pronunciamiento que efectúa la Sala sin que haya sido pedido por ninguna de las partes en primera o segunda instancia y sin que se haya permitido a las partes alegar lo que estiman al respecto vulnera el principio de tutela judicial efectiva, pero es que a mayores pretender la aplicación analógica de la retroactividad trayendo aquí las previsiones contenidas en otras leyes (Ley de procedimiento administrativo, Ley de patentes...) sólo es posible de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Código Civil cuando exista una laguna legal. Para la resolución de estos pleitos, debemos olvidar que es de aplicación lo previsto en el art. 1.303 del Código Civil que no ha sido derogado ni modificado a la fecha y que obliga en casos como el que nos ocupa a la restitución de las prestaciones pues establece expresamente que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

En relación a dicho precepto la Sentencia de la misma Sala de 6 de julio de 2005, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 1303 del Código Civil, en el que se establece que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Recuerda la antedicha Sentencia que

El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000-), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 –llegar hasta donde se

enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra–), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1989, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964).

El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales.

En lo que aquí ahora interesa, matiza la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2000 que

El precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y sgs.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y sgs.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto (STS 1.<sup>ª</sup>-15/04/2009-1356/2005).

De este modo y siendo, por tanto, la regla general de la retroactividad, las razones expresadas en la referida sentencia de Pleno, y que justifican acoger el criterio excepcional de la irretroactividad, como posibilidad admitida por nuestro Tribunal Constitucional por razones de seguridad jurídica, por el Tribunal Supremo para evitar un enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra o incluso por el propio TJUE atendiendo a la buena fe de los círculos interesados y al riesgo de trastornos graves, no podemos entender que concurren en las acciones individuales de las que conocemos diariamente en los juzgados.

Así las cosas, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado pueda generar ningún «riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico» (párr. 293, letra k). Ésta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la

cláusula suelo. Así, entendemos que cuando estamos ante una acción individual de un particular contra el Banco con el que tiene suscrito un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en orden a obtener tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo contenida en éste la devolución del dinero indebidamente cobrado por la aplicación de la misma sólo puede ser estimada, sin que existan razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad por su devolución, pues la condena afecta a este caso concreto y no es extensible al resto de clientes de la entidad.

Finalmente, y estando a la fecha de redactar estas líneas pendientes de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la devolución de cantidad en un caso de ejercicio de acción individual (la ponencia estaba prevista para el mes de julio de 2014), sólo resta señalar que caso de que en la misma se mantenga el criterio de la irretroactividad, desde mi modesto Juzgado se dará curso a la cuestión prejudicial ante en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya está en trámite de conformidad con la facultad prevista en los arts. 19, apartado 3, letra b del Tratado de la Unión Europea y el art. 267 en relación con el art. 256 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y ello con base en los siguientes argumentos que exponemos brevemente.

El art. 6 de la Directiva 13/93 CEE del Consejo, de fecha 5 de abril, señala expresamente que:

los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para sus partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Este precepto ha sido objeto de interpretación, entre otras, en sentencias del TJUE siguientes:

- a) STJUE 30 de mayo del 2013: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta». A ello añade que «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

b) STJUE de 26 de abril del 2012:

40. En efecto, la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales.

42. Los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de una cláusula de las CG están obligados, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula (véase la sentencia Perenicová y Perenic, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada).

43. De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula [...].

Así, cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula.

De esta manera, no parece existir discrepancia, respecto a la cuestión que nos ocupa, entre la normativa europea y la española. En ambas se establece como consecuencia de la declaración de nulidad por abusividad que la cláusula nula por abusiva debe ser expulsada del contrato, sin que pueda vincular en modo alguno al consumidor, ni moderarse, por lo tanto, por el órgano jurisdiccional sus efectos. Reiteramos, debe ser expulsada del contrato, como si la misma no hubiese sido objeto del mismo, con efectos «ex tunc».

Es por ello que no alcanzamos a entender que se puedan dejar de aplicar por parte de nuestros tribunales normas imperativas como las citadas, de obligada aplicación o cumplimiento, sin otro argumento que el sometimiento al criterio –aparentemente–sentado por un superior jerárquico, en el caso de una acción colectiva exclusivamente de cesación, cuando no pueden ser extrapolables a un supuesto de ejercicio de la acción individual de una acción de nulidad por parte de un consumidor contra el empresario predisponente del contrato. Además, en el sistema español la jurisprudencia no es fuente de derecho, sino que sólo lo aplica y, en su caso, interpreta. Esta orfandad argumentativa creemos es el máximo exponente de la inexistencia de argumentos,

pues el argumento meramente jerárquico es sólo predicable de la imperatividad de la Ley, nunca del intérprete de la misma.

Sentado lo anterior, la cuestión que estimamos debemos plantar al Tribunal Europeo es sencilla:

Si declarada la nulidad de la cláusula suelo, ya sea por no cumplir los requisitos para entenderla válidamente incorporada al contrato, ya sea por falta de transparencia, ¿debe llevar aparejado conforme a lo previsto en el artículo 6 de la directiva la no vinculación del consumidor por dicha cláusula y su consecuente expulsión del contrato con todos los efectos o el juez nacional tiene facultades para moderar los efectos de la declaración de nulidad de dicha cláusula, declarándola solamente desde una fecha determinada (la fecha de la sentencia que se dicte, la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo o la fecha de interposición de la demanda)?

Deberemos, como no puede ser de otra manera en aras de evitar dilaciones en la resolución de los pleitos, esperar para ver lo que resuelve nuestro Alto Tribunal en la tan esperada sentencia sobre devolución de cantidades en el caso de ejercicio de una acción individual sobre nulidad de cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario de vivienda. Tras ello, se procederá conforme a Derecho.

# Beyond Fables: a commentary on the 2014 Google Decision

## *Más allá de las fábulas: comentario a la decisión Google 2014*

**David Báez Seara**<sup>1</sup>

PhD in Law. Legal Counsel in the Legal Services of the European Central Bank.  
Visiting lecturer at the Faculté Libre de Droit (Paris)

[David.Baez@ecb.europa.eu](mailto:David.Baez@ecb.europa.eu)

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

A scorpion and a frog meet on the bank of a stream and the scorpion asks the frog to carry him over a river. The frog asks, «How do I know you won't sting me?» and the scorpion replies, «Because if I do, I will die too». The frog agrees carrying the scorpion, but midway across the river the scorpion stings the frog that feels the onset of paralysis and starts to sink. Knowing that both are doomed the frog asks, «Why?» the scorpion replies, «it's my nature» (popular fable).

Many believe that the European Court of Justice (hereinafter, the Court) in Case C-131/12 acted like the scorpion in the popular animal fable, not being able to evade its nature as judicial ward and thus falling into the short-sighted trap of the immediate protection of the interest of the complainant. To outline the result of the above-mentioned

1. I would like to thank Ángela Marcos Figueruelo for her valuable comments. All remaining errors are mine.

case, the Court endorsed the previous view adopted by the Spanish Data Protection Agency (AEPD) in requiring Google Spain and Google inc. to take the necessary measures to withdraw the data relating to a Spanish citizen, Mr Costeja González, from their index and to render access to the data impossible in the future. The pages indexed in the search engine list of results contained an announcement published in *La Vanguardia*'s newspaper of 1998 for a real estate auction organised following the proceedings for the recovery of social security debts owed by Mr Costeja González.

This conclusion, that basically allows individuals to request that public information about them be delated from search engine listings has undergone, as pointed-above, heavy criticism mostly by digital rights advocates. These reproaches, which at first sight might seem inexplicable coming from organizations which support freedoms in the digital world, are more understandable if one believes that the following two basic ideas hold true: first, that there is an insuperable conflict between freedom of expression and information and high levels of protection of personal data; and, second, that the conflict of interest between internet users and data subjects cannot be satisfactorily balanced on a case-by-case basis. These ideas inform the opinion of Advocate General (AG) Jääskinen who not only indicated the more or less obvious existence of the conflict between freedom of information and the high levels of protection of personal data that would be necessary to support in order to endorse the conclusion of the AEPD, but also the naivety of the case-by-case approach. These same ideas are rejected by the Court. According to the Court conflict might be reconcilable and thus the controller (broadly speaking the person who determines the purpose of the processing of personal data) needs to reasonable assess the circumstances of the particular case to arrive to a reasonable decision. Too much reason and reasonability, perhaps, for a search engine, that is a business, that would need to make a great economic and operational effort to manage an otherwise unmanageable number of request of citizens that want to «be forgotten» or that would avoid this financial and operational burden by the automatic withdrawal of links to any objected contents.

AG Jääskinen also refers to the importance of reason, but by contrast to the Court, his reasonableness is used to justify a perspective that transcends the particular interests of Mr Costeja González to embrace also the objectives of the digital age and the legitimate interests of the internet users. In other words, reason or the exercise of reason is not deferred to the controller, as it happens in the Court's assessment, but is by contrast used to justify the *a priori* exclusion of the need for the controller's to determine whether the right to be forgotten applies to a concrete situation. AG Jääskinen does this by first, denying that a search engine who acts as intermediary between users and published content can be rightly defined as controller and second, by denying the existence of a right of the data subject to address a search engine in order to prevent indexing of the information relating to him personally, published legally on third parties' web sites, invoking his wish that such information should not be known to the internet users.

In the below lines I claim that while agreeing with AG Jääskinen overall approach, I believe his first conclusion, that I call «the first conclusion from reason», is wrong. I also argue that his second conclusion, «the second conclusion from reason» is right. In addition I believe that the Court is right in recognizing search engine service providers as controllers, and wrong in granting a right to be forgotten when accurate and legal content is involved.

## THE FIRST ASSESSMENT FROM REASON: ON WHETHER A SEARCH ENGINE CAN BE DEFINED AS CONTROLLER

In the opinion of Advocate General Jääskinen, the absence of immediate human intermediation in the data processing operation should play a relevant role in the determination of what (or who) is the «controller». According to Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (hereinafter the Directive or the Data Protection Directive), the controller is «the natural or legal person, public authority, agency which alone or jointly with others determines the purpose and means of the processing of personal data» (see Article 2(d) the Directive). AG Jääskinen expresses that search engine providers like Google do not possess the means of changing the information of the source web pages that their mechanized crawler function has retrieved and copied, and thus these search engines cannot be aware of the existence of personal data in any other sense than as a statistical fact. Obviously a search engine can always re-establish its basic search parameters to exclude displaying certain source web pages, but the a priori establishment of a precautionary filtering policy cannot be equated with the fundamental component of awareness. Indeed for AG Jääskinen, the proposition «determination of the purpose and means of the processing of personal data» should be understood as constant, frictionless and humanly mediated determination. He offers the example of the e-Commerce Directive 2000/31, in which the exceptions to liability of Articles 12, 13 and 14 are built on the legal principle according to which automated, technical and passive relationships to electronically stored or transmitted content do not create control or liability over it. In addition, the EU legislator in the Data Protection Directive also seems to embrace the idea of the exclusion of responsibility for passive relationships. In this respect recital (47) of the Directive affirms that in messages containing personal data transmitted by means of telecommunication or electronic mail services, the controller will normally be considered to be the person from whom the message originates. Even the Opinion 1/2008 of the Working Party on the protection of individuals with regard to the processing of Personal Data (also known as Article 29 Working Party because the legal basis for its creation is found in Article 29 of the Directive) states that «the principle of proportionality requires that to the extent that a search engine provider

acts purely as an intermediary, it should not be considered as the principal controller with regard to the content related processing of personal data that is taking place». Therefore, according to AG Jääskinen, a «truthful construction of the Directive», and more concretely of Article 2(d) must take into account the complexities associated with the information society in general, and of search engines in particular. Indeed, these complexities seem to have been understood by the EU legislator in the e-Commerce Directive and by the Article 29 Working Party.

The Court in its judgment of 13 May 2014 expresses a different opinion. For the Court the search engine operator clearly determines the purposes and means of data processing operations and accordingly it should be qualified as controller. The Court disregards the passivity or unawareness element emphasized by AG Jääskinen in his opinion and justifies its interpretation of Article 2(d) of the Directive on textual grounds and on the impact that search engines have in the dissemination of personal data. In this respect the Court states that «inasmuch as the activity of a search engine is therefore liable to affect significantly [...] the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, the operator of the search engine as the persona determining the purposes and means of that activity must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that the activity meets the requirements of Directive 95/46» (see paragraph 38). Therefore, the Court takes a simplified view of processing operations, one in which the realities about the processing of data are outweighed by the impact of these processing operations on the data subjects. Indeed, if for AG Jääskinen the ontology of the information society justifies the narrow interpretation of the concept of controller, for the Court is by contrast the impact of data processing operations on the data subjects' rights the element justifying the broad understanding of Article 2(d).

Reason, understood in this context as what it should be thought as reasonable for the interpreter of Article 2(d) taking into account the impact of its interpretation in data subjects, internet users and economic operators such as search engine service providers, calls for an interpretation of the concept of controller along the lines followed by the Court. Indeed, the narrow understanding of controller proposed by AG Jääskinen has the consequence of leaving search engines practically outside of the scope of the Data Protection Directive. Even if one is against preventing indexing of accurate and legal personal data-related information, it would not be prudentially wise for a Court to cancel their future review power over the data processing operations of search engines. In addition, the argument from ontology put forward by AG Jääskinen, even if accurate from the point of view of the operational activity of search engines, cannot avoid the fact that search engines must assume certain responsibility from the huge impact that they have in their automatic dissemination of data.

## THE SECOND ASSESSMENT FROM REASON: ON WHETHER A RIGHT TO BE FORGOTTEN EXISTS WHEN ACCURATE AND LEGAL CONTENT IS INVOLVED

With «the right to be forgotten» commentators refer to both the right of erasure and blocking of data and the right to object to the processing of information containing personal data. These rights are respectively provided for in Article 12(b) and Article 14(a) of the Directive. According to Article 14(b) a data subject shall possess the right to obtain from the controller the rectification, erasure or blocking of the data which does not comply with the Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate character of the data. Analogously Article 14(a) provides, obviously upon transposition, for the right to object «on legitimate grounds» to the data processing operation. Since the right to be forgotten can only be invoked *vis-a-vis* the controller, the relevancy of this right in Case C-131/12 passes for the recognition of the search engine as a controller. In that case, and as far as the right to be forgotten is not considered in absolute terms, the service provider would need to leave its passive and intermediary position between the internet user and the publisher, and adopt the role of the latter in order to verify whether the dissemination of the personal data of the website can be considered as legal and legitimate for the purposes of the Directive. In other terms, the recognition of the search engine as controller places the latter in a position that does not correspond with its traditional operative functioning and moreover, it compels it to make an assessment on an issue that until that moment was foreign to its interests. This is however, and as it has been indicated above, a burden and a responsibility that the search engine must assume.

According to AG Jääskinen, even if the search engine is recognized as a controller, the relative or non-absolute character of the right to be forgotten makes it inapplicable in the present circumstances. Indeed, Article 6 of the Directive indicates the need for the controller to ensure that the data is processed fairly and lawfully, collected for specified and legitimate purposes, proportional in relation to its purposes, accurate and, where necessary, kept up to date. It is therefore clear from the wording of this Article that the controller must weigh its interests against those of the data subject. These interests might be rightly invoked in the form of fundamental rights, and accordingly the case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) might also be of relevance. In this respect AG Jääskinen does not deny that the right to be forgotten might be adequately derived from the right to private life of Article 7 of the Charter of Fundamental Rights. He refers to the view of the ECHR in the *Aleksey Ovchinnikov* case in which it stated that «in certain circumstances a restriction on reproducing information that has already entered the public domain may be justified, for example to prevent further airing of the details of an individual's private life which do not come within the scope of any political or public debate on a matter of general importance». However AG Jääskinen

also points to other rights at stake, such as the freedom to conduct a business or the freedom of information, recognized respectively in Article 16 and Article 11 of the Charter of Fundamental Rights. In relation to the former, AG Jääskinen considers that commercial internet search engine service providers such as Google offer their information location services in the context of business activity aiming at revenue from keyword advertising. In relation to the latter, he refers to case *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom* in which the ECHR observed that internet archives «constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free [...] the margin of appreciation afforded to States in striking the balance between the competing rights is likely to be greater where news archives of past events, rather than news reporting of current affairs are concerned». The right of information is precisely relevant in the context of the reference at hand because in the contemporary information society, one of the most important ways of materialising this right is by means of search engines. Accordingly, AG Jääskinen believes that in addition to the interests of the controller and the data subject, the interest of the internet users to exercise their right of information should also be taken into account. Indeed, in the present litigation the exercise by internet users of their right of receiving information is undisputed since as AG Jääskinen claims, the data protection problem would only be present if an internet user types the data subject's name and surnames into the search engine's search bar. The internet subject appears then as an active agent who purposively uses his right to receive information concerning the data subject from public sources for reasons known only to him.

It is precisely that presence of the internet user exercising his right to receive information that shifts the balance towards the not recognition of a right to be forgotten to the data subject in the present circumstances. Indeed, and as AG Jääskinen expressed in his preliminary observations, the correct, reasonable and proportionate balance between the constellation of fundamental rights and interests present in the case at hand should also take into account the coherent interpretation of the objectives of the information society and legitimate interests of the economic operators and internet users at large. Therefore, once this broad view is adopted, is easy to conclude that it would not make sense enlarge the scope of protection of the data subject under the Directive at the expense of the fundamental rights of freedom of information and expression. AG Jääskinen's view is also forward-looking since he believes that concluding in favour of (i) the recognition of search engines as controllers, (ii) the recognition that in conformity to Article 12(b) the data subject might in case of lawful information published in websites address the search engine in order withdraw the links containing that information, and (iii) the recognition of an effective right to be forgotten even in cases in which other rights such as the right of freedom of information and expression are involved, would lead to the automatic withdrawal by search engines of the links to any objected content, assuming a lower organisational costs that otherwise would need to

assume in case they set a internal mechanism in order to deal with complaints by the data subjects.

The Court in interpreting Articles 12(b) and 14(a) of the Directive cannot any longer rely in a textual approach. Indeed, a *prima facie* textual interpretation of Article 12(b) would not justify the removal of the links to websites displayed in the list of results offered by the search engine since that provision refers in particular to data of an incomplete or inaccurate nature. The Court, in order to extend the right to be forgotten to situations of lawful published content, as it does in the present case, must justify this extension on the basis of certain claims or in theory about the purpose of the Directive. It is precisely with this aim that the Court points to recital 10 to refer to the high level of protection that it must offer to natural persons under the Directive, in particular to their right to privacy with respect to the processing of personal data. The Court claims that the right to privacy must necessarily be interpreted in the light of fundamental rights, however and by contrast to the opinion of AG Jääskinen, the Court does not elaborate an extended argument justifying the greater weight of the right to privacy over other competing rights such as the freedom to conduct a business or the freedom of information and expression. The only argument in this respect is found in paragraphs 80 and 81 of the judgment wherein the Court highlights the possibility for an internet user to obtain a detailed profile of the data subject through a simply search by the individual's name. According to the Court, the potential seriousness of this interference to the data subject's right to privacy cannot be justified on the economic interest that the search engine may have in the processing. In relation to the interest of the internet users, the Court argues that as a general rule, the latter is overridden by the data subject's right to privacy, but that however the balance may depend, in specific cases, on the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life and on the interest for the public of having that information, an interest that may vary according to the role played by the data subject in public life. What the Court does not address is whether freedom of information or expression might override the data subject's right to privacy in situations in which the information on the latter is not incomplete or inaccurate and has been lawfully published. Indeed the vagueness of the Court's reasoning in relation to the relative weights of the involved rights and interests paves the way to its argument in favour of addressing these conflicting interests on a case-by-case basis. Since, according to the Court, the principles relating to data quality of Article 6 and the criteria for making data protection legitimate of Article 7, belong to the considerations that might be invoked by the data subject in order to obtain his right to be forgotten, and furthermore, since these considerations have all a general character, the controller would need to take all these circumstances into account when dealing with potential complaints on the basis of Article 14 of the Directive.

That case-by-case method outlined by the Court, even if reasonable as far as it shows a concert for the particularities and complexities that might be involved in an

individual case, seems to forget how things work in reality. Agents will normally drive their behaviour by minimizing costs. In this respect, and as AG Jääskinen has rightly indicated, a search engine will not set up costly conflict-solving mechanisms to determine whether in a concrete case the right to be forgotten applies. A search engine will normally anticipate possible conflicts by automatically withdrawing objected contents; a measure that negatively affects the right of information and free expression. In addition, the search engine might start (and indeed has already started) to place generic search warnings when it believes someone is searching for an individual name, whether or not the content related to the name has been removed, making those warnings completely useless for providing any clear indication of removed content, and affecting thus in an even more negative way the right of information.

Therefore since these pragmatic concerns are intrinsically linked with fundamental rights-based considerations, it would be more reasonable if the Court followed the opinion of AG Jääskinen and denied the existence of a right to be forgotten when accurate and legal content is involved.

## CONCLUSION

This commentary started with the popular fable of the scorpion and the frog, and despite to what it has been said above it would not be totally fair to identify the Court with the scorpion since the Court surely regarded its decision as the correct one (the same cannot be said of the scorpion). However and only a few months after the adoption of the decision, the concerns on the freedom of information and expression raised by AG Jääskinen seem to have materialized (the reader can try by himself: for example, the introduction of the name «omar jones» in the Google search bar will automatically result in a warning stating that «some results may have been removed under data protection law in Europe»). The Court may want to keep an open eye and perhaps change its decision in a near future.

# Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto

*Surrogacy. The importance of the decisions of the European Court of human rights and their impact*

**Eleonora Lamm**

Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina)

Doctora en Derecho con línea de investigación en bioética

[elelamm@gmail.com](mailto:elelamm@gmail.com)

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

## 1. INTRODUCCIÓN. LOS INTERROGANTES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puso fin a un conflicto sociojurídico sensible y pendiente como lo es la gestación por sustitución, resolviendo en fecha 26/06/2014 dos casos similares: «Mennesson» (demanda n.º 65192/11) y «Labassee» (demanda n.º 65941/11) ante el mismo país, Francia.

Admitir los acuerdos de gestación extranjeros significaba determinar el vínculo filial entre las parejas y los niños con todos los derechos y deberes que se derivan de este reconocimiento jurídico. La contracara de la misma moneda, rechazar tales acuerdos, implicaba negar todo lazo jurídico entre ellos y, a la vez, dejar a los niños en una situación de total desprotección, siendo que en la práctica continuaban viviendo con la pareja, consolidándose el vínculo afectivo que se deriva de toda interacción de cuidado y protección que brindan los padres a sus hijos. ¿Cuál era entonces la mejor decisión a adoptar de conformidad con el principio rector del «interés superior del niño»? Justamente, esto es lo que respondió la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en los dos primeros casos que llegan a estudio sobre gestación por sustitución.

¿Cuál es la mirada que debería primar en torno a la gestación por sustitución? ¿Sobre esa base, qué lugar debería darle la ley y los operadores jurídicos en general? ¿Cuáles son las resistencias que aún persisten, pero que con el tiempo irían cediendo? ¿Qué implicancias e impacto tiene lo dicho al respecto por la máxima instancia judicial en materia de Derechos Humanos?

## 2. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FEBRERO DE 2014

El 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España (TS) se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional; la situación sometida a decisión arrastra una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos niños y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino.

En una votación reñida (5 votos contra 4) la sentencia confirmó lo decidido (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos dos niños sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad. Como explica Vila Coro: «Sin registro no hay ciudadanía, y sin ciudadanía se les niegan todos los derechos básicos que de ella se derivan. No podrán ser beneficiarios de la cobertura sanitaria de sus padres. No habrá prestaciones de maternidad ni paternidad para ser cuidados por sus padres, que tampoco podrán disfrutar de las deducciones en el IRPF ni tener descuentos por familia numerosa. Quedarán sin protección en caso de divorcio y sin derechos hereditarios en caso de quedar huérfanos». De no proceder la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución internacional «noventa días después de volver a casa, pasarán a ser inmigrantes sin papeles en su propio país. Su exención de visado como ciudadanos americanos expirará y sus padres no podrán conseguir un permiso de residencia para sus hijos, porque esa figura no existe. No existe porque los hijos de españoles son españoles».

Aunque la mayoría del TS utiliza como pretexto el argumento de la defensa del interés superior del niño, lo desatiende absolutamente. En el caso, los mellizos, de nacionalidad española, son colocados en un limbo jurídico incierto, aunque se siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. A los fines de dar una solución, afirma, en consonancia con las sentencias anteriores, que el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los niños en tal núcleo familiar.

La solución propuesta por la mayoría es manifiestamente insuficiente por diversas razones: No reconoce a *ambos* padres y obliga a uno de ellos a erigirse en padre biológico, y al otro a comenzar un proceso de adopción. En definitiva, la mayoría conduce a la absurda solución de tener que recurrir a la adopción para encontrar la solución definitiva. Cabe cuestionarse además qué pasaría en caso de ser una pareja heterosexual en la que ambos aportaron sus gametos. ¿Podría acaso imponerse a la mujer la adopción de su propio hijo genético? En todos los casos, ¿es equitativo e igualitario prever distintas soluciones para los miembros de la pareja?

¿De qué interés superior del niño estamos hablando entonces? No se puede invocar judicialmente el interés superior cuando el efecto inmediato de la sentencia que dispone la cancelación de la inscripción es la desprotección, desde que se niega a los niños sus derechos básicos como ciudadanos españoles y se los priva de padres a efectos legales.

No obstante las fundadas críticas a la decisión del TS, la injusticia de esta sentencia no se limitó al caso, sino que la consecuencia inmediata fue paralizar las inscripciones que se venían realizando de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, de conformidad con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, dejando a muchos recién nacidos en un limbo legal.

### 3. LA ANSIADA DECISIÓN DEL TEDH

Pocos meses después de la decisión del TS, se pronuncia el TEDH, echando por tierra la pretendida defensa del interés superior del niño que argumentaba el TS. El TEDH viene a precisar qué debe entenderse por interés superior del niño en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión.

El TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que las niñas habían sido identificadas en los Estados Unidos como hijas del Sr. y la Sra. Menneson, en un caso y del Sr. y la Sra. Labassee en el otro; negaron el estado filial bajo el derecho francés y dicha contradicción ha socavado la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa. Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quiénes figuraban según esa legislación como padres, generaron un estado de inseguridad jurídica en el derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados. El TEDH observó que aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos.

Por otro lado, la conculcación de derechos de las niñas además, según lo expone el TEDH, se deriva de la imposibilidad de heredar, excepto que el Sr. y la Sra. Menneson realicen un testamento, lo cual significaba que sus derechos hereditarios serían menos favorables. Al respecto, el Tribunal consideró que esta situación implicaba privarlas de un componente más de su identidad derivada o relacionada con el parentesco.

El TEDH entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

Ahora bien, el TEDH, al igual que el TS, pone énfasis en el vínculo biológico, pero mientras Francia negó todo vínculo, incluido el del padre biológico (en ambos casos, los hombres habían aportado su material genético); en España el TS admite que el hombre que aportó sus gametos pueda ser reconocido.

El TEDH destaca la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual, se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de las niñas privarlas de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica estaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y establecimiento de dicho vínculo biológico, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.

Atento a este argumento, entiendo que para que las sentencias del TEDH redunden en *todos* los supuestos en el mejor interés del niño nacido por gestación por sustitución, hay que conferirle un justo peso a la importancia de este vínculo biológico. Así, aunque ambos tribunales, TS y TEDH, apelan al vínculo biológico, mientras el TS permite el vínculo con aquel que aportó sus gametos pero requiriendo la adopción por el padre «no biológico» o madre comitente, de la sentencia del TEDH no parece exigirse ese extremo, o por lo menos no debiera exigirse, «alivianando» así el peso que el TEDH pareciera atribuir a ese vínculo. Me explico.

Como desde hace ya tiempo se viene sosteniendo, por ser la gestación por sustitución una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación (en contra del derecho del niño a estar inmediatamente inscrito, de conformidad con el art. 7 de la CDN) y puede llevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, o cuando sí lo hizo tratándose de una persona sola, generando situaciones desiguales y discriminatorias, que, además, redundarían en perjuicio del niño.

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación.

#### 4. EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y LAS DEUDAS PENDIENTES

Las dos sentencias del TEDH que condenan a Francia a reconocer la filiación de 3 niñas nacidas por gestación por sustitución vienen a alterar directamente los efectos de la sentencia del TS del pasado febrero (835/2013). Sucede que aunque estas sentencias no conciernen directamente a España, sientan un precedente para todos los Estados que son parte del Convenio europeo de derechos humanos que debe ser tenido en cuenta. A diferencia de la doctrina del TS, el TEDH establece claramente que el interés superior del niño está por encima del orden público.

Según informa la revista *La Ley Derecho de Familia*, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha emitido un informe, de fecha 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación

por sustitución, tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la DGRN establece que

[e]n el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello.

Así fue como el 29 de julio de 2014 y a 2 días de cumplir 6 meses, Galileo fue registrado como ciudadano español. Ese día, con la inscripción de Galileo, se reanudaron las inscripciones y comenzaron nuevamente a reconocerse los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, aunque se reanudaron las inscripciones en los registros civiles, reconociéndose así derechos, el reconocimiento no es total, ni igualitario. Pareciera que la conquista ha de ser escalonada... como si los derechos hubiera que ganarlos, como si no fueran propios de las personas. Sucede que, no obstante estar inscritos y ser españoles, el INSS deniega sistemáticamente las prestaciones de maternidad a los padres o madres de niños nacidos por gestación por sustitución.

Sin embargo, como pone de manifiesto Pedro Fuentes Castro en una carta pública del 2 de septiembre de 2014 dirigida a la ministra de Empleo y Seguridad Social, las familias no se han resignado y han acudido a los Tribunales a pedir justicia y los magistrados les han dado la razón y han dictado Sentencias contra el INSS que se han ido acumulando. No obstante, la Dirección General ha dado orden de recurrir uno tras otro los fallos judiciales. En vez de dedicar los recursos ministeriales a los graves problemas sociales de España, se emplean en denegaciones, recursos y contrarrecursos y se dedica la abogacía del ministerio a escamotear «la atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar».

Además, y por otro lado, la reanudación de las inscripciones procede «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».

En este sentido, el Ministerio de Justicia había previsto una reforma de la Ley del Registro Civil que permitía la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, siempre y cuando figurase la gestante como madre y sus padres de intención homologasen en España la sentencia judicial que se dicta en el país de origen.

Estas premisas fueron fuertemente criticadas por las familias afectadas que consideraban, por un lado, que ese procedimiento de exequátur ponía trabas y dilaciones innecesarias y, por otro, que inscribir a la gestante era inaceptable, pues ni ella quiere figurar ni la regulación de la gestación por sustitución en países como Estados Unidos

lo permite, entre otros problemas. Concretamente, la asociación Son Nuestros Hijos exigía que se respete la identidad del niño y se reconozca a los mismos progenitores que señala la partida de nacimiento del país donde nació y que la entrada de la partida de nacimiento extranjera sea por control incidental por parte del funcionario del registro consular. Dos puntos que ya estaban establecidos en la instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010.

Ante esto, el 9 de julio de 2014 el Ministerio de Justicia publicó una nota de prensa en la que daba a conocer que representantes del Ministerio se han comprometido con los miembros de la asociación Son Nuestros Hijos a mejorar la última modificación de la Ley del Registro Civil aprobada el pasado 13 de junio para la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, adaptándola a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de facilitar la inscripción en favor del niño de la forma más rápida posible.

Pareciera que finalmente no figurará la gestante como madre del niño a inscribir y que la instrucción no recogerá la obligación de tramitar este procedimiento de exequátur, estableciendo que el registro se hará de forma prácticamente automática. Como la norma citada ya está en tramitación, tendrán que ser los grupos parlamentarios, en particular el Grupo Popular en el Congreso, quienes enmienden la normativa. Ésta es la voluntad expresada desde el Ministerio.

Aunque se hace eco de las necesidades de los niños y de las familias, no puede dejar de advertirse que se trata de modificar una ley que aún ni siquiera ha entrado en vigor; un «parche» a lo que todavía no es ley vigente, que denota y pone de manifiesto que a la gestación por sustitución hay que darle reglas, pero aparentemente no quiere hacerse de manera directa o sincera.

Además, si de lo que se trata es de una ley de registro civil, entonces perfectamente también se podría añadir un apartado que permita la inscripción de los niños que nacen por gestación por sustitución en España y modificar así la LTRHA (alguna vez se modificó la LTRHA, agregándose un tercer apartado en el art. 7 para permitir la comaternidad, con la Ley 3/2007 que reguló el acceso registral de personas trans...).

Se criticó y se critica fuertemente la falta de rango legal de la IDGRN de 2010. Ahora lo tendría, pero ¿sólo para la gestación por sustitución internacional? Entiendo que, aunque con fines loables, esta solución no deja de ser inconstitucional por violar el principio de igualdad.

Por otro lado, todas estas soluciones solo sirven para quienes acuden a la gestación por sustitución en Estados Unidos, donde si bien podría alegarse que existen mayores garantías y protección de derechos, lo cierto es que también es mucho más oneroso que en otros lugares, lo que sigue conllevando una discriminación y exclusión para quienes no tienen esas posibilidades. Además, aunque entiendo que la exigencia de *resolución judicial* facilita controles y evita el tráfico de niños y la posible y muchas veces mal presumida y prejuiciosa explotación, se necesita una solución comprensiva

más amplia. Después de todo, si el niño nace en India, Ucrania, o en cualquier otro lugar, es también, aunque de más está decirlo, sujeto de derechos y no puede quedar en el limbo jurídico sin protección.

Es hipocresía y un disparate jurídico que se permita la gestación por sustitución en el extranjero pero no en España, aunque se lo plantee como el primer paso para una regulación integral que zanjaría cualquier otra vulneración de derechos.

Entiendo que el legislador español tiene que adoptar una posición justa, uniforme, coherente e igualitaria, en el sentido en que necesariamente debe tomar en cuenta que la prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo, especialmente en el extranjero, no pudiendo obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para los casos locales.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

Para un grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un hijo, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

---

**ESTUDIOS**

---



# Patrón de conducta exigible a una buena Administración Pública Sanitaria

## *Patron of good conduct liabilities in Health Public Administration*

**M.<sup>a</sup> Dolores Calvo Sánchez**

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

### Resumen

El derecho a la buena Administración está siendo acuñado desde la Doctrina y la Jurisprudencia y propiciado desde la Gobernanza, como una necesidad real demandada por la ciudadanía ante la situación de crisis no solo económica, sino, por la inobservancia de los principios y valores rectores de nuestras Instituciones Públicas, también en el ámbito sanitario. Las situaciones de flagrante impunidad de actuaciones-actividades de muchos de los servidores públicos y la mala Administración (arbitrariedad, corrupción, recortes de

### Abstract

*The right to good Administration, is being coined from the Doctrine and Jurisprudence and encouraged by the Governance, as a real need to demand citizenship not only the situation of economic crisis, but by the failure of the guiding principles and values our public institutions, also in health. The situations of impunity fragrant actions-activities of many public servants and mismanagement (arbitrariness, corruption, cuts and health services access...) always contrary to the broad concept of Lex Artis professional,*

acceso y prestaciones sanitarias...), siempre contraria al concepto extenso de *Lex Artis* profesional, activan una corriente innovadora con el fin de poner en valor las obligaciones que conlleva el recto proceder público de todos los agentes de las Administraciones públicas incumplidores, debiendo establecer un patrón que pase necesariamente por el interés general con vocación de servicio como principio supremo, junto a la subsanación de la actuación escasamente transparente, la exigua motivación de sus actos y la insuficiente participación, desde la observancia de los principios ya declarados como de derecho y no como simple prerrogativa. La relevancia y oportunidad del tema se cifra en que todos sumemos en elaborar este patrón, desempolvando principios básicos desde la exigencia de una buena Administración Pública Sanitaria, con la magna tarea de facilitar su incorporación a la vida pública y de manera efectiva lo más prontamente posible.

*innovative active current in order, to value the obligations of the upright in the public, all public servants of the defaulting government, establishing a pattern that must necessarily pass through the general interest service oriented as the supreme principle, together with the correction of poor performance transparent, the motivation for their actions meager and insufficient participation from the observance of the principles already declared as of right and not as mere prerogative. The relevance and timeliness of the subject, let us add that all figure to develop this pattern, dusting principles from the requirement of a good public health authority, to the great task of facilitating its incorporation into public life and effectively, as expeditiously possible.*

**Key words:** Good Health Public Administration.

**Palabras clave:** Buena Administración Sanitaria.

## 1. PROEMIO

El término *buena Administración pública* está de moda<sup>1</sup>, entendido como una declaración de lo que consideramos debe ser la recta conducta y responsabilidad del funcionamiento de las Administraciones públicas, a través de las actividades político-administrativas desarrolladas en el ejercicio de sus funciones, tan evidentemente cuestionadas por los sabidos excesos, abusos, incompetencias, arbitrariedades, desviaciones..., a los que diariamente asistimos, en esta etapa incierta, ingrata, crítica y siempre desafortunada, que atravesamos.

Si lo que constituye una *buena Administración* lo vamos teniendo como necesario, cada vez más claro, a ciencia cierta sabemos lo que rechazamos, la mala Administración de las Instituciones públicas, el mal gobierno, que lamentablemente nos es

<sup>1</sup> Superada doctrinalmente la etapa de la calidad total y en el camino de la búsqueda de la excelencia, parece que procede la incorporación de la búsqueda de la bondad en el sector público, estableciéndose como uno de los objetivos de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas (E/C 16/2002/3) «promoción de los derechos humanos, democracia y buen gobierno».

familiar desde la evidencia y que oportunamente achacamos al estado de crisis<sup>2</sup>, nos referimos a las acciones-omisiones que constituyen ilícitos administrativos y penales, actuaciones u omisiones arbitrarias que responden a obvias transgresiones del normo proceder, que desde la impunidad se vienen realizando, derivada a mi juicio de una ausencia de petición de responsabilidad a los agentes de las Administraciones públicas incumplidores, y desde la escasa actuación transparente, de motivación de sus actos y de participación como derecho, y, lo que es más elemental, cumplir con el procedimiento reglado<sup>3</sup>.

Con esta expresión: «derecho a una *buena Administración*», se resume una nueva forma de concebir la relación de la administración con los ciudadanos, en la que éstos adquieren una posición relevante y dejan de ser meros sujetos pasivos, para exigir una participación más activa en lo público<sup>4</sup>.

Cuando nosotros aludimos a *buena Administración*, nos referimos a incorporar aire fresco al ambiente enraizado, al antibiótico que contribuirá a remediar el mal, a la ayuda para solucionar el problema, a la esperanza de que sea puerta de salida de una estancia indeseable. De ahí la relevancia que tiene, en que todos sumemos en conceptualizar, definir, aclarar, establecer... lo que debe ser una *buena Administración*, con la magna tarea de facilitar su incorporación a la vida pública lo más prontamente posible, desde la efectividad.

Asistimos lamentablemente a cómo el marco jurídico normativo vigente, a pesar de los esfuerzos realizados, se torna insuficiente, debiendo acudir a la integración de la

2 RODRÍGUEZ ARANA, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. 2014: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Edit. Comares, 92.

3 SÁNCHEZ BLANCO considera que la deseable materialización del Derecho a una Buena Administración tiene opciones menos onerosas, clásicas y sencillas como es la simple revisión de los tiempos y modos de los procedimientos administrativos, como ya anunciaban los arts. 29 y 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que contenían los principios de legalidad, acierto, oportunidad, economía, celeridad y eficacia, de tal modo que se garantice la sujeción a estricto y razonable plazo, la fehaciente notificación de cualquier resolución administrativa, con el beneficioso retorno a los principios de resolución en tiempo y forma, ya estipulados por los arts. 47 y 53 de nuestra vigente LRJPAC. «El derecho a una buena administración». En *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*. Edit. Iustel, 2011, 358.

4 II Encuentro Estatal de Defensores Locales. Conclusiones: «Los síndicos y defensores locales asumimos como una de nuestras prioridades conseguir una administración pública próxima, directa, eficaz y suficiente, regida por los principios de la buena administración: valores éticos, principio de legalidad, transparencia y participación ciudadana». <http://www.segovia.es/index.php/mod.pags/mem.detalle/id.10297/relcategoria.3096/area.23/seccion.193> (14/10/2014).

dimensión ética, a recordar la deontológica<sup>5</sup>, a desempolvar y actualizar los principios y valores del sector público, a ponerlos en valor, como elementos esenciales de derecho para la regeneración de las buenas prácticas de autoridades, empleados públicos, personal vinculado al sector público en cualquier condición, sin olvidarnos del papel de la ciudadanía (en el ámbito sanitario llamados usuarios-pacientes), por cuanto son éstos los verdaderos protagonistas del sistema público y esenciales en la consolidación de derecho a una *buena Administración*<sup>6</sup>.

Por eso, a mayor abundamiento, la *buena Administración sanitaria* debe pasar necesariamente por la imposición del interés general con todo lo que éste conlleva, transparencia, motivación, información y por un derecho de participación del ciudadano efectivo y eficiente, ampliamente desarrollado en la relación sanitario-paciente/usuario<sup>7</sup> y no tanto, en la toma de estrategias, reformas e innovaciones de las Administración Pública Sanitaria, asignatura que no puede estar pendiente en un Estado social y democrático, como el nuestro.

## 2. REFERENCIAS INMEDIATAS

Desde la Declaración del Milenio por la ONU en el año 2000<sup>8</sup>, el *buen gobierno* se plantea como uno de los objetivos de mejora para el presente siglo, con base en la

5 Por todas: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

– Informe CORA (Comisión para la Reforma de la Administración española): junio 2013, [http://www.lamoncloa.gob.es/docs/refc/pdf/refc20130621e\\_1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/docs/refc/pdf/refc20130621e_1.pdf).

– Aprobación de Códigos éticos, por todos: \* RESOLUCIÓN de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia (DOG de 19 de septiembre de 2014).

\* RESOLUCIÓN 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno «por el que se aprueba el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi».

6 Sobre el tema: VALLADARES PÉREZ, A. 2013: «La Influencia de la ciudadanía en la consolidación del Derecho a una buena Administración». <http://www.ccuentas.es/encuentros/documentos/grupo1/8.%20Ana%20Valladares.pdf> (16/9/2014).

7 Art. 10.10 de la Ley 14/86. Y su desarrollo en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, por todo: Consentimiento informado y derecho a reclamaciones.

8 *Op. cit.* 1.

insuficiente gestión realizada sobre la aplicación del contenido de la Declaración de Derechos Humanos<sup>9</sup>.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>10</sup> garantiza de forma explícita en su art. 41 a todas las personas el «derecho a una *buena administración*», estando vinculado con una serie de derechos comunitarios, entre los que destacan el derecho de acceso a los documentos y la protección de datos, el derecho a presentar denuncias ante el Defensor del Pueblo Europeo<sup>11</sup>, a peticiones al Parlamento o la protección judicial. El derecho a una *buena administración* está también fortalecido por los requisitos generales de los tratados de una administración europea abierta, eficaz e independiente<sup>12</sup>.

La inclusión del derecho a una *buena administración* en la Carta de Derechos fundamentales se basa en una iniciativa del Defensor del Pueblo Europeo, que, en un momento muy temprano, demandó con éxito un derecho fundamental para los ciudadanos a tener una administración abierta, responsable y orientada hacia la prestación de servicios<sup>13</sup>.

La Unión Europea desarrolla este objetivo a través del Libro Blanco de la Gobernanza Europea<sup>14</sup>, planteando que la necesaria reforma de la Administración pasa por acercar a los ciudadanos a las Instituciones europeas, como elemento esencial de buen gobierno. Una buena gobernanza, dice, se basa en cinco principios acumulativos:

- *Apertura*, las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones;
- *Participación*, conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas;
- *Responsabilidad*, es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido;

9 Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

10 Cumbre de Niza, diciembre 2000.

11 Institucionalizado el Defensor del Pueblo Europeo en el Tratado de Maastricht.

12 MEYER, Jürgen (ed.). 2011: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nomos-Kommentar*. Baden-Baden, 3, 518-528, comentario al art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, contiene también referencias más detalladas, post cit.

13 Significado y concepto en MAGIERA, Siegfried. *El Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea*, Universidad de Ciencias de la Administración de Speyer. [http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col\\_leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8\\_Magiera/08%20magiera\\_tradcast.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8_Magiera/08%20magiera_tradcast.pdf) (8-10-2014).

14 Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001: «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001].

- *Eficacia*, deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiados, y éstas deben producir los resultados buscados;
- *Coherencia*, las políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia.

Las propuestas de este Libro Blanco no implican necesariamente la aprobación de nuevos tratados. Es sobre todo una cuestión de voluntad política que exige el compromiso del conjunto de las Instituciones y de los Estados miembros.

CARRILLO DONAIRE se pronuncia al respecto afirmando que «el derecho a una buena administración es uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho y son comunes a las constituciones de los Estados Miembros», considerando que la Carta Europea no trata el derecho a una *buena administración* como derecho subjetivo, sino como un derecho instrumental que sirve de base ordenadora, lógica e interpretativa de los subderechos que contiene, por lo que no tiene una identidad propia e independiente de los mismos<sup>15</sup>.

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2001, otorga valor legislativo al art. 41 de la Carta de Derechos fundamentales, recogiendo unos principios de obligada observancia por todos los Estados miembros, poniendo así en valor y garantía el derecho a una *buena administración* europea.

Nuestra Constitución española, aun no recogiendo en su articulado el término *buena administración*, propicia este derecho-obligación a través de mandatos directos dirigidos a los poderes públicos, a la ciudadanía e incluso al legislador, valga por todos el precepto constitucional por excelencia, que recoge cómo ha de ser una *buena administración sanitaria*: «Artículo 43: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

A su vez, los Estatutos de Autonomía de las 17 comunidades autónomas en España recogen *ad littere* el derecho de la ciudadanía a una *buena administración* a través de la categoría de principio rector, Andalucía en su art. 31, Aragón en el art. 16, Baleares en el art. 14, Cataluña en el art. 30, Castilla y León en el art. 12...

El compromiso más inmediato lo encontramos en la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y *buen gobierno*, siendo objetivo el establecer las obligaciones de buen gobierno que deben

15 CARRILLO DONAIRE, J. A. 2010: *Los principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Edit. La Ley, citado por VALLADARES PÉREZ. 2013: *La influencia de la ciudadanía en la consolidación del derecho a una buena administración*, 3.

cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–. En esta materia, se incorporan a la norma con rango de ley, pasando a informar la interpretación y aplicación del régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos (con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios), principios que hasta ahora eran meramente programáticos y sin fuerza jurídica<sup>16</sup>.

Convenimos con RODRÍGUEZ ARANA, cuando dice:

El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten, deben convertirse en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. (...) es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que MEILÁN GIL denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional, que en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena Administración como Administración al servicio objetivo del interés general<sup>17</sup>.

No cabe duda alguna en aseverar que el interés general (más allá del interés público) debe ser el elemento clave de la reforma administrativa, también en sanidad, ya que despeja muchas dudas y facilita la dirección a seguir, más cuando lo tratamos como servicio objetivo.

La Doctrina y Jurisprudencia no siempre distinguen el interés público e interés general, lo que en ocasiones conduce a confusiones que afectan al corazón y al alma de lo que es el Derecho Administrativo en un Estado social y democrático de Derecho, siguiendo las enseñanzas de RIVERO YSERN y RODRÍGUEZ ARANA<sup>18</sup> traídas del Consejo de Estado francés (Rapport, 1999)<sup>19</sup>, el interés general es la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos, compromiso de la mejora continua y permanente de

16 <http://noticias.juridicas.com/actual/3471-publicada-la-ley-19-2013-de-transparencia-acceso-a-la-informacion-publica-y-buen-gobierno.html> (14/10/12014).

17 RODRÍGUEZ ARANA, J. *El Derecho Fundamental a la buena Administración en el Marco de la Lucha contra la Corrupción*. Pdf, en [www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos](http://www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos) (consultado julio 2014).

18 RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ ARANA, J. 2014: *Con miras al interés general*. Edit. Derecho Público Global.

19 «El interés general clave de bóveda del Derecho Público Francés», *op. cit.*, 22.

las condiciones de vida de los ciudadanos, refiriéndose a aspectos tan materiales y concretos como, entre otros, la sanidad.

Claro ejemplo de confusión conceptual, lo encontramos en el Libro Blanco de la Sanidad de Madrid<sup>20</sup>, que dedica un capítulo al «Buen Gobierno: principios y valores, su contribución a revitalizar la Sanidad Pública en Madrid», y donde *ad littere* podemos leer: «La expresión Buen Gobierno en el sector público implica, en esencia, políticas y toma de decisiones que sirvan al interés público». ¿Interés público?, o mejor, interés general.

Volvamos a los maestros de la disciplina, que de manera excepcionalmente clara nos despejan esta duda:

Si admitimos, como es el caso, que el interés general sea el concepto clave para comprender el sentido y funcionalidad del Derecho Administrativo, entonces podremos comprender el alcance real de los poderes y potestades de la Administración. En efecto, la expresión poderes y potestades expresa mejor el sentido que tiene la posición jurídica de la Administración pública en el Estado de Derecho que si usamos los términos privilegios y prerrogativas, pues estos parecen indicar a priori la existencia de una posición de supremacía o de superioridad en términos dogmáticos... Por eso, si el interés general está en la base, en la justificación última de la posición jurídica de la Administración, manifestada en una serie de poderes y potestades atribuidos por el Ordenamiento jurídico, entonces, cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder, habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración pública a esta forma de proceder significa, ni más ni menos, que el criterio del servicio objetivo al interés general sea realmente el principal patrón de conducta que presida el entero quehacer de las Administraciones públicas<sup>21</sup>.

Sobre estas enseñanzas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que no siempre el interés público responde al interés general. Desde mi opinión, existen grandes dificultades en defender, como puede ser compatible al interés general, los decretos de sostenibilidad de la sanidad pública, la privatización de la gestión pública sanitaria, el céntimo sanitario, el euro por receta, las listas de espera..., pese a que formen parte del Ordenamiento jurídico y sustentados en el interés público.

La Administración pública influida por intereses sectoriales claramente económicos, tanto nacionales como internacionales (principalmente europeos), impregnada por una realidad de precariedad presupuestaria, imposibilita *de facto* el servicio objetivo de la Administración sanitaria, dificultando, a su vez, la vocación de servicio y su contribución al bienestar integral de la ciudadanía, que pasa inevitablemente por la preservación de la salud como el bien más preciado de la sociedad («todos»), esencia del concepto de interés general y exigencia constitucional ineludible del ámbito sanitario,

20 <http://librosanidadmadrid.es/index.html%3Fp=175.html> (consultado, 7/10/2014).

21 *Op. cit.*, 11, 25.

recogido en el art. 43 de CE<sup>22</sup>, debiendo afirmar que el interés general no puede estar alejado ni un milímetro de la realidad social, so pena de quebrar el objetivo del sistema de salud y su normal funcionamiento, extensión del concepto de la Lex artis profesional a todo el ámbito.

Los profesionales de la salud y la ciudadanía con base al interés general, en ocasiones, han tenido que recordar, a veces públicamente<sup>23</sup>, a la Administración sanitaria sus obligaciones e incluso a poner de manifiesto posibles desviaciones, por eso el patrón de la *buena Administración* debe pasar también por la posibilidad de subsanar posibles errores con prontitud, sin complejos ni duelos, la evaluación constante sobre medidas administrativas innovadoras debe ser una constante normalizada, siguiendo las políticas anglosajonas «public policy to the test»<sup>24</sup>, como lo viene siendo en este sector en estudio, la sanidad basada en evidencia.

Aun así, hemos de reconocer que en el ámbito sanitario propiciar la buena administración *lo tiene más fácil* que en otros sectores, pues desde la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, referente inequívoco del derecho sanitario, se efectúan a través de ésta cambios conceptuales y sustantivos tan relevantes como: la gratuidad de las prestaciones asistenciales, donde el «todo para todos» se torna en una realidad inmediata, los ciudadanos pasan a ser sujetos jurídicos reconociéndoles unos derechos y obligaciones impensables tiempos atrás, integra todas las estructuras y servicios sanitarios dentro de un único sistema público, extendiendo la cobertura asistencial a la prevención, potenciando la docencia e investigación como elementos inseparables a la asistencia y a la vez facilita la descentralización territorial sanitaria<sup>25</sup>, elementos favorecedores, sin duda, hacia la pretendida *buena Administración*.

La extrema operatividad del legislador sanitario en los años 2002-2003, hoy vigente, también hizo posible la actualización del sistema hacia la búsqueda de lo que hoy llamamos *buena Administración sanitaria*, regulando:

- *Ley básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, verdadera conquista del ciudadano del sistema sanitario español

22 Art. 43 CE: 1. «Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

23 Por todos, Movimiento de Batas Blancas (Madrid, diciembre 2012). «... la retirada del denominado Plan de Medidas para la Sostenibilidad de la Sanidad Pública, que prevé la privatización de la gestión sanitaria (no de la titularidad) de seis hospitales y 27 centros de salud –el 10% de la totalidad–, así como la supresión del euro por receta...» (9-12-2012, [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es)).

24 Postura también defendida por Rodríguez Arana.

25 CALVO SÁNCHEZ, M. D. y RIVERO ORTEGA, R. 2008: «Sanidad». En *Derecho Público de Castilla y León*. Edit. Lex Nova, 897 y ss.

y cuyo contenido revela importantes cambios operativos para el profesional de la salud, del sistema de salud y por ende para las Administraciones públicas sanitarias.

- *Ley de Cohesión y calidad del sistema nacional de salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo)*, norma que busca las garantías de homologación y calidad sobre la prestación de asistencia y servicios sanitarios necesarios, en las diecisiete que conforman el Estado español.
- *Ley de Ordenación de las profesiones sanitarias (Ley 44/2003, de 21 de noviembre)*, regulación efectiva de reconocimiento de la profesionalidad del sector, de las competencias que les son propias a cada colectivo y de su acreditación, registro y desarrollo.
- *Ley de Estatuto Marco (Ley 55/2003, de 16 de diciembre)*, sobre el régimen jurídico del personal estatutario de los servicios de salud, que viene a establecer la relación laboral de un colectivo de casi cuatrocientas mil personas con la Administración Pública Sanitaria.

Demos destacar que, una treintena de años después de la promulgación de la Ley General de sanidad, los derechos de los ciudadanos que se habían ido consagrando hoy se están cuestionando desde un punto de vista estrictamente económico<sup>26</sup>; la gratuidad que venía siendo una constante garantizada por la financiación vía impuestos, vemos cómo se desmorona, exigiendo esfuerzos a la ciudadanía como los del copago o tique moderador de servicios, el céntimo sanitario...; el acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad se toma junto a las prestaciones a condiciones de equidad; la prevención que posee arraigo institucional se preserva a duras penas a pesar de su elevado coste<sup>27</sup>; la integración de estructuras, que sigue sin estar superada, se justifica con propuestas de órganos de integración y gestión de nivel intermedio<sup>28</sup>; debiendo acometer importantes reformas para la sostenibilidad del modelo sanitario, que ya los estudiosos vienen cifrando en reformulaciones financieras y de provisión de servicios, de eficacia, de externalización, de sistemas de provisión externa de servicios y fórmulas mixtas de reducción prestacional y del propio sistema, y esto es especialmente preocupante<sup>29</sup>.

26 Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

27 Problemas de Salud Pública, como la infección por virus de ébola, ponen de manifiesto las deficiencias de recursos y su gestión, poniendo en tela de juicio, entre otras cuestiones, unos de los principios rectores de la prevención: «anticipación o proactividad» (10/2014).

28 Creación de órganos de gestión intermedios entre los Centros de Salud y la red de atención especializada, propiciando filtros de atención asistencial que promuevan mayor eficiencia del sistema. V. Gr. *Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León*.

29 Entre otros, PALOMAR OLMEDA, A. 2013: «El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio

A mayor abundamiento, la *buena Administración sanitaria* debe pasar necesariamente por un derecho de participación del ciudadano efectivo y eficiente, ampliamente desarrollado en la relación sanitario-paciente/usuario<sup>30</sup> y no tanto en la toma de estrategias, reformas e innovaciones de la Administración pública, asignatura que no puede estar pendiente en un Estado social y democrático, como el nuestro.

### 3. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES

Los principios de «una buena administración» o de «una administración correcta» han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia desde hace tiempo. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional alemán se basa en la reivindicación de un «procedimiento administrativo justo» que forme parte de las características esenciales del Estado de Derecho<sup>31</sup>.

Por ello, este modelo de Administración Pública Sanitaria que defendemos, para que sirva de muestra, deberá ir acompañado de unas características esenciales que ciframos en principios que la Administración Pública Sanitaria ineludiblemente tiene que observar, recogidos entre otros en:

- El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2001, tomando en cuenta los principios de Derecho Administrativo europeo contenidos en las decisiones del Tribunal de Justicia, inspirándose también en Derechos nacionales, estableciendo como principios que deberán guardar las Administraciones públicas y por ende la sanitaria, se establecen: la legitimidad, ausencia de discriminación, proporcionalidad, ausencia de abuso de poder, imparcialidad, independencia, objetividad, legítimas expectativas, consistencia, asesoramiento y justicia, cortesía, respuesta a la carta en el idioma del ciudadano, acuse de recibo e identificación del empleado público, obligación de remisión al servicio competente de la institución, a ser oído y hacer observaciones, plazo razonable de adopción de decisiones, indicación de posibles apelaciones, notificación de la

---

público esencial». En *Tratado de Derecho Sanitario*. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, vol. I, 86-101.

30 Art. 10.10 de la Ley 14/86 y su desarrollo legislativo, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, por todo: Consentimiento informado, derecho a reclamaciones.

31 MAGIERA, Siegfried. *El Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea*. Universidad de Ciencias de la Administración de Speyer. [http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col·leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8\\_Magiera/08%20magiera\\_tradcast.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col·leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8_Magiera/08%20magiera_tradcast.pdf) (8-10-2014).

decisión, protección de datos, solicitud de información, solicitud de acceso al público de documentos, mantenimiento de archivos adecuados.

- La Administración Pública Sanitaria en el desarrollo de su actividad, conforme dicta nuestra Constitución española del 78, ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar siempre con sometimiento a la Ley, desde las peculiaridades que le son propias, fijando como principios de obligado cumplimiento:
  - *Principio de servicio a los intereses generales o del interés público*, la Administración Pública Sanitaria actúa respecto a los usuarios-pacientes desde una posición de superioridad o, lo que es lo mismo, de poder público de carácter imperativo, de autoridad, pero esa potestad no la recibe para ejercerla de forma arbitraria, sino para servir con objetividad y transparencia los intereses generales, aquí coincidentes con el óptimo estado de salud de la sociedad, su fin de servicio al interés público debe ser coincidente con la salud pública y el estado de bienestar.
  - *Principio de eficacia y eficiencia*, la Administración Pública Sanitaria debe actuar con capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado, estableciendo los medios necesarios para poder prestar servicios profesionales de calidad y con seguridad, a la vez que deberá vigilar que los recursos materiales, humanos y económicos sean suficientes y se utilicen obteniendo el mayor y/o mejor resultado al menor coste.
  - *Principio de jerarquía*, la Administración Pública Sanitaria se halla perfectamente estructurada con un criterio de autoridad competencial, estableciéndose los distintos centros, establecimientos, servicios sanitarios conforme a la planificación, coordinación, organización, dirección y control legalmente establecidos. La jerarquía también viene determinada por las clases o categorías que dictan competencias y cometidos propios. Es una organización formal y vertical, ello facilita la administración a gran escala, mediante la coordinación del trabajo de un personal numeroso. Está asociado a la subdivisión, especialización, las capacidades técnicas, las reglas y normas, la impersonalidad y la eficacia técnica. La autoridad se transmite de forma escalonada de arriba abajo, con una fuerte concentración de mando en los gestores.
  - *Principio de descentralización*, realizado a través de la asunción de las competencias sanitarias por las comunidades autónomas desde el año 2001, con claro objetivo de acercar la Administración pública al administrado.
  - *Principio de desconcentración*, el organigrama de la Administración Pública Sanitaria pone de manifiesto una organización desconcentrada por competencias y cometidos especializados, con dos grandes sectores: la Atención Primaria para la prevención y asistencia sanitaria más inmediata

del usuario-paciente y la Atención Especializada para la asistencia sanitaria curativa y reparadora, auxiliada por la Atención Sociosanitaria en colaboración con otros sistemas.

- *Principio de coordinación*, si en la actuación de todos los órganos que forman la Administración es relevante este principio, en la sanidad si cabe va más allá, al constituir una garantía de tratamiento homologado, integral, global y correcto, valiéndose de herramientas base, como la Historia Clínica única del paciente y de la Tarjeta de asistencia sanitaria individual para acceder al sistema de salud (TSI).
  - *Sometimiento al derecho*, siguiendo lo preceptuado en el art. 103 CE que afirma, in fine, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- Igualmente comprobamos como los Estatutos de Autonomía, en sus recientes reformas, vienen a establecer como principio rector y derecho una *buena Administración* que facilite la convivencia y servicio de la sociedad, traducándose en la promulgación de Leyes Autonómicas, cuya finalidad persigue la garantía de actuación de la Administración de la comunidad, orientada a la adecuada atención a los ciudadanos, a la efectividad de sus derechos y a la prestación de unos servicios públicos de calidad, que satisfagan sus necesidades y expectativas, en el marco del interés público, regulando los derechos de los ciudadanos, aquí usuarios-pacientes, en sus relaciones con la Administración autonómica, por ende la sanitaria y el establecimiento de garantías para su efectividad; la gestión pública y las medidas de modernización y mejora de la Administración de la Comunidad; la evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de la Administración autonómica. Estos principios a nivel Estatutario<sup>32</sup> se traducen:
- *Recibir información suficiente* sobre los servicios sanitarios y prestaciones sanitarias a los que pueden acceder y sobre las condiciones del acceso a los mismos.
  - *Tratamiento imparcial y objetivo* de los asuntos que les conciernan en el ámbito sanitario y a la resolución de los mismos en un plazo razonable.
  - *Acceso a los archivos y registros* administrativos, a los documentos de las instituciones sanitarias y Administraciones sanitarias públicas autonómicas, y a la información sanitaria administrativa, con las excepciones que legalmente se establezcan.

32 Art. 12 in fine, LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

- *Protección de los datos personales* contenidos en ficheros dependientes de la Administración autonómica, garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos. Si en todas las administraciones se tiene que tener especial celo en la protección de datos personales, en la sanitaria con más diligencia si cabe, al ser datos que vulneran con carácter general la intimidad de las personas en su inmensa mayoría.
  - *Acceso en condiciones de igualdad* y con pleno respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad a los empleos públicos en la Administración sanitaria autonómica y en los entes de ella dependientes, garantizando con ella unas prestaciones de calidad y seguridad tan necesarias en salud.
  - *Formular quejas* sobre el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, al igual que reclamaciones, ayudando sobremanera, a través de la posible subsanación, al correcto funcionamiento del servicio sanitario.
- Principios específicos recogidos a nivel legislativo autonómico de leyes *ad hoc* de derechos de la ciudadanía, se traducen igualmente:
- *Principio de orientación al ciudadano*. La actuación de la Administración sanitaria y los servicios públicos que presta han de estar dirigidos a la satisfacción de las necesidades reales de los ciudadanos.
  - *Principio de transparencia*. La Administración sanitaria ha de facilitar la información necesaria a los ciudadanos, tanto colectiva como individualmente, sobre su organización y la forma de prestar los servicios públicos.
  - *Principio de eficiencia*. La actuación de la Administración sanitaria y la prestación de los servicios sanitarios públicos han de realizarse mediante una óptima utilización de medios que posibilite la consecución directa de los fines públicos perseguidos.
  - *Principio de economía*. La consecución de los objetivos pretendidos por la Administración sanitaria ha de lograrse con el coste económico más racional para la Hacienda Pública.
  - *Principio de simplicidad*. La Administración sanitaria de cada comunidad ha de utilizar técnicas y métodos que permitan la simplificación de trámites, la eliminación de procedimientos innecesarios y la disminución de los tiempos de espera.
  - *Principio de comprensión*. Las normas y procedimientos administrativos sanitarios han de ser claros y comprensibles para los ciudadanos. Además, los medios públicos de información de los servicios han de usar un lenguaje accesible.
  - *Principio de modernización e innovación*. La Administración sanitaria de cada comunidad ha de utilizar nuevas tecnologías y métodos de

organización eficaces y participativos, y ha de regirse por criterios de actualización y reforma de su estructura administrativa, de las modalidades de prestación de los servicios públicos y de las infraestructuras, instalaciones y edificios en los que presta los servicios sanitarios.

- *Principio de mejora continua.* La Administración sanitaria autonómica ha de poner en práctica métodos que permitan sistemáticamente detectar sus deficiencias, corregirlas y prestar sus servicios sanitarios a los ciudadanos de forma cada vez más eficiente, eficaz, económica, participativa y con mayor celeridad.
- *Principio de anticipación o proactividad.* La forma de diseñar políticas sanitarias y de gestionar y prestar servicios sanitarios públicos ha de anticiparse a los problemas y demandas de los ciudadanos, más si cabe, en un ámbito de prevención y salud pública.
- *Principio de prevención.* La Administración sanitaria autonómica llevará a cabo una prevención de las situaciones de riesgo que pudieran materializarse en daños y perjuicios para los ciudadanos como consecuencia de la gestión sanitaria administrativa, especialmente en aquellos sectores en los que el riesgo pueda ser mayor, en concordancia con el principio de anticipación.
- *Principio de celeridad.* La consecución de los objetivos sanitarios pretendidos ha de lograrse en el menor tiempo posible.
- *Principio de responsabilidad.* La Administración sanitaria de la Comunidad, en su forma de gestionar, ha de asumir de forma expresa sus obligaciones ante los ciudadanos, donde el protagonismo en este sector es del que sufre el daño y existe la presunción de confianza del ciudadano en el buen funcionamiento.
- *Principio de equilibrio territorial.* En la asignación de recursos sanitarios y en la gestión de las diferentes políticas sanitarias públicas, la Administración sanitaria autonómica atenderá a la realidad territorial, fundamentalmente rural, de la Comunidad, para conseguir la equiparación de los ciudadanos en el disfrute de sus derechos sanitarios.
- *Principio de conciliación* de la vida personal, familiar y laboral. En su organización y en su actuación, la Administración sanitaria de cada comunidad ha de tener presente la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los ciudadanos.
- *Principios de colaboración, cooperación y coordinación* con otras Administraciones públicas. La Administración autonómica, como responsable de una política o de la prestación de un servicio público, ha de aplicar los mecanismos e instrumentos que le permitan relacionarse con otras competentes para la consecución de objetivos e intereses públicos comunes y la mejor satisfacción de las demandas de los ciudadanos, en la forma más eficaz.

- Cerramos la enumeración de Principios con los recogidos en las Leyes de Ordenación de los sistemas de salud autonómicos<sup>33</sup>, igualmente vinculantes:
- *La concepción integral de la salud*, que incluirá actuaciones sobre todos los factores determinantes de la misma en los campos de la promoción, protección, prevención, asistencia y rehabilitación.
  - *La conservación y mejora de la salud de las personas*, correspondiendo a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública.
  - *La humanización de la asistencia sanitaria* y la atención personalizada al paciente.
  - *La universalización de la atención sanitaria* prestada por el Sistema público de salud, que garantice la igualdad efectiva en las condiciones de acceso a los servicios y actuaciones sanitarias y la equidad en la asignación de los recursos.
  - *El principio de accesibilidad* o de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias de colectivos especialmente vulnerables.
  - *La superación de las desigualdades* socioeconómicas y la eliminación de los desequilibrios territoriales.
  - *El pleno respeto* a la personalidad, dignidad humana e intimidad de las personas, a la diversidad étnica, cultural, religiosa o de género, en todo el ámbito sanitario.
  - *El principio de igualdad* de mujeres y hombres en las políticas, estrategias y programas de salud, evitando especialmente cualquier discriminación en las actuaciones sanitarias.
  - *La participación de trabajadores*, asociaciones representativas de usuarios, pacientes y familiares en el Sistema público de salud.
  - *La responsabilidad y participación del colectivo de profesionales* en la organización y gestión de los recursos que tengan asignados.
  - *El reconocimiento* y la motivación de los profesionales y trabajadores del Sistema de salud.
  - *La integración* funcional y la coordinación efectiva de todos los recursos sanitarios públicos.
  - *El aseguramiento* y la financiación públicos del Sistema público de salud, desde la corresponsabilidad de los usuarios y eficiencia de los recursos existentes.
  - *La complementariedad* de los medios y de las actividades privadas para facilitar las prestaciones a los usuarios del Sistema público de salud.

33 Art. 2, Ley 8/2010, de 30 de agosto, de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.

- *La acreditación* y la evaluación continua de los recursos y servicios públicos y privados del sistema, así como del desempeño asistencial de los profesionales.
- La mejora continua de la *calidad y la seguridad* de los servicios y actuaciones.
- *La modernización* de los sistemas de información sanitarios, como garantía de una atención integral y eficaz.
- El impulso y potenciación de la *formación continuada*, como elemento clave de calidad del sistema.
- La colaboración en la *docencia*, promoviendo la *investigación* biomédica, biosanitaria, tecnológica y psicosocial en el marco de las propias instituciones sanitarias y de investigación, con el apoyo de las instituciones que sean necesarias.
- *La descentralización y la desconcentración* en la gestión del Sistema público de salud.
- La *cooperación y coordinación* en el marco del Sistema Nacional de Salud, la Unión europea y los Organismos sanitarios internacionales.

Principios que deben sumarse a los recogidos en los códigos deontológicos de los profesionales de salud<sup>34</sup>, que contribuyen, sin duda, a hacer un sector especialmente científico y humano, sinalagmático de salud y *buena administración sanitaria*.

La innovación en las instituciones administrativas sanitarias resulta a todas luces necesaria, conviniendo con RIVERO ORTEGA que «es preciso contrarrestar las resistencias y tomar las medidas a tiempo, volviendo a nuestra mejor tradición haciendo de la necesidad virtud» y en esto andamos.

## CONCLUSIONES

- Por todo lo apuntado, el patrón de conducta de una *buena Administración Pública Sanitaria* no debe olvidar nunca la vocación de servicio que preside el interés general, no siempre coincidente con el interés público y sí con el interés social y real de todos en ese momento, desde el ejercicio transparente, motivador y participativo (incluida la participación ciudadana), en busca del bienestar.
- Debemos necesariamente poner en valor los principios legalmente establecidos que, junto a principios y valores sociales, dictan el camino del buen proceder.

34 A tenor de la Ley 44/2003, de Ordenación de profesiones sanitarias, son profesionales de salud: Médicos, Odontólogos, Farmacéuticos, Veterinarios, Enfermeros, Fisioterapeutas, Logopedas, Dietistas, Ópticos, Podólogos, Terapeutas ocupacionales y Psicólogos clínicos (D.A., 7.ª, de la Ley 33/2011 de Salud Pública).

- Implicación de todos los agentes que forman la Administración sanitaria desde el compromiso de norma actuación, haciendo de la Lex artis profesional una extensión aplicable a todo el sector sanitario.
- Reforzar el régimen sancionador, como espada de Damocles sobre los incumplimientos, sirviendo a la vez como garantía clave de una *buena Administración Pública Sanitaria*.

## BIBLIOGRAFÍA

- CALVO SÁNCHEZ, M. D. y RIVERO ORTEGA, R. 2008: «Sanidad». En *Derecho Público de Castilla y León*. Edit. Lex Nova, 897 y ss.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. 2010: *Los principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Edit. La Ley.
- LIBRO BLANCO DE LA SANIDAD EN MADRID. <http://librosanidadmadrid.es/index.html%3Fp=175.html.pdf>.
- MAGIERA, S. *El Derecho a una Buena Administración en la Unión Europea*. Universidad de Ciencias de la Administración de Speyer. [http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col\\_leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8\\_Magiera/08%20magiera\\_tradcast.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Materials/26%20les%20administracions%20en%20perspectiva%20europea/8_Magiera/08%20magiera_tradcast.pdf).
- PALOMAR OLMEDA, A. 2013: «El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial». *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I. Edit. Thomson Reuters Aranzadi.
- RIVERO ORTEGA, R. 2012: Epígrafe de la introducción en *La necesaria innovación de las instituciones administrativas*. Madrid: Edit. INAP.
- RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ ARANA, J. 2014: *Con miras al interés general*. Edit. Derecho Público Global.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. *El Derecho Fundamental a la Buena Administración en el Marco de la Lucha contra la Corrupción*. [www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos.pdf](http://www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos.pdf).
- RODRÍGUEZ ARANA, J. y SENDÍN GARCÍA, M. A. 2014: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Edit. Comares.
- SÁNCHEZ BLANCO, A. 2011: «El derecho a una buena administración». En *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*. Edit. Iustel.
- VALLADARES PÉREZ, A. 2013: *La Influencia de la ciudadanía en la consolidación del Derecho a una Buena Administración*. <http://www.cuentas.es/encuentros/documentos/grupo1/8.%20Ana%20Valladares.pdf>.

# Régimen jurídico del transporte multimodal internacional

## *Legal framework of multimodal transport*

**Antonio Abril Rubio**

Abogado

antonio@antonioabril.com

Fecha de recepción: julio de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

### **Resumen**

El régimen jurídico del transporte multimodal no está constituido por ninguna normativa uniforme de carácter internacional, sino por una multiplicidad de sistemas nacionales y supranacionales que responden a diversos planteamientos legales. Ante la ausencia de un marco jurídico de carácter internacional y a pesar de la actividad del derecho privado, han sido varios los gobiernos y órganos intergubernamentales que han decidido promulgar legislaciones en orden a resolver los problemas existentes ante la falta de seguridad jurídica. Así nos encontramos con normativa multimodal dispersa en derecho interno,

### **Abstract**

*The legal regime of multimodal transport is not composed by international uniform rules. It is composed by a multitude of national and supranational systems that respond to different legal approaches. In the absence of an international legal framework and despite the activity of private law there have been several governments and intergovernmental bodies who have decided to enact laws in order to solve the problems due to the lack of legal certainty. Thus we find scattered multimodal legislation, at national, international and private level; and with different systems of responsibility, such*

internacional y privado; así como con distintos sistemas de responsabilidad, tales como el *network system*, el *uniform system* y el *modified network system*. En este artículo realizaremos un análisis pormenorizado de las distintas legislaciones y cuerpos legales existentes y cómo contempla cada uno de ellos el controvertido tema de la responsabilidad del operador de transporte.

**Palabras clave:** Transporte; multimodal; porteador; cargador; daño; responsabilidad; sistema de red; sistema uniforme; sistema de red modificado; operador de transporte multimodal (OTM); documento de transporte multimodal (DTM); Reglas ICC.

*as the network system, the uniform system and the modified network system. In this article we will make a detailed analysis of the various existing laws and as each of them contemplates the controversial issue of the liability of transport operator.*

**Key words:** Transport; multimodal; carrier; freighter; damage; responsibility; network system; uniform system; modified network system; multimodal transport operator (MTO); multimodal transport document (MTD); ICC rules.

## 1. ORIGEN Y DESARROLLO

En la práctica, el régimen jurídico del transporte multimodal no está constituido por ninguna normativa uniforme de carácter internacional, sino por una multiplicidad de sistemas nacionales y supranacionales que responden a diversos planteamientos legales y que propician confusión e inseguridad jurídica. Por ello es por lo que, tanto los operadores del tráfico como los usuarios del transporte, han tenido que dotarse de una regulación de carácter convencional y más o menos uniforme para poder hacer frente a la problemática derivada de esta modalidad de transporte.

Ya en 1927 la Cámara de Comercio Internacional<sup>1</sup> (ICC), en su reunión de Estocolmo, señaló la necesidad de una regulación internacional para el transporte multimodal. Y lo mismo ocurrió en las reuniones del Comité Marítimo Internacional (París 1937 y Amberes 1947) y una vez más de la Cámara de Comercio Internacional en 1949<sup>2</sup>. En esta misma línea el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) comenzó a trabajar en un régimen para el transporte multimodal a

1 *International Chamber of Commerce*: La [Cámara de Comercio Internacional](http://www.iccspain.org/) es la organización empresarial que representa mundialmente intereses empresariales. Se constituyó en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa. Tiene personalidad propia y su naturaleza jurídica es asociativa. Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto e instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países. <http://www.iccspain.org/>.

2 Todas las proposiciones formuladas al efecto en las reuniones de 1937, 1947 y 1949, lo fueron por el presidente de la Asociación sueca de Derecho Marítimo Algot Bagge, quien

principio de los años treinta, pero no fue hasta la introducción del contenedor cuando comenzó a plantear proyectos, como el de 1964<sup>3</sup>, el cual se elaboró siguiendo los postulados establecidos por el CMR, normalización de las condiciones que rigen el contrato de transporte internacional, especialmente en lo que se refiere a documentos de transporte y responsabilidad del transportista y aplicándolos al transporte de mercancías por medio de contenedores.

Gracias a estas y otras iniciativas se llegaron a elaborar hasta nueve proyectos distintos, que, aunque tenían puntos en común, diferían en el ámbito de la responsabilidad, de entre los que destacan las Reglas de Tokio<sup>4</sup>, elaboradas por el CMI en 1969 y que se basaban en la estructura de las Reglas de La Haya<sup>5</sup> y en el régimen de responsabilidad del transporte marítimo, el cual se aplicaba al transporte multimodal cuando éste incluía el transporte marítimo en una de sus fases.

Paralelamente, en 1973 la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) se hizo cargo de los trabajos preparatorios para la elaboración de un régimen jurídico de carácter internacional para el transporte multimodal. Este proyecto, gracias a la colaboración de UNIDROIT y de otras organizaciones tales como el Comité Marítimo Internacional, culminó con la aprobación del Convenio de Ginebra de 1980; el cual, a día de hoy, no ha entrado en vigor debido a la falta de ratificaciones<sup>6</sup>.

A partir de los años sesenta comenzaron a usarse documentos de transporte multimodal creados por los propios operadores, con características similares, pero en numerosas ocasiones completamente diferentes. Por ello, en 1973 ICC elaboró unas reglas con el fin de unificar, en la medida de lo posible, las características de los documentos de transporte que se empleaban cada vez con más frecuencia. Estas reglas fueron revisadas en 1975 y permanecieron en vigor hasta su renovación en 1992. Durante este periodo de tiempo sirvieron de base para la creación de nuevos

---

propuso una normativa aplicable de carácter voluntario, la cual coordinase los distintos sistemas de responsabilidad establecidos en los convenios internacionales ya existentes.

3 *Projet de Convention sur le control de transport international combiné de marchandises*. Génova, 1964.

4 Aprobadas por el XXVIII Plenario de la Conferencia del Comité Marítimo Internacional celebrado en Tokio, del 30 de marzo al 4 de abril de 1969.

5 Nombre con el que habitualmente se conoce al Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924; ratificado por España mediante el correspondiente instrumento el 2 de junio de 1930.

6 Debido a los distintos regímenes políticos, los choques acaecidos entre las llamadas economías de mercado y los países de economía socialista, así como entre el derecho continental y el *common law* y entre las naciones cargadoras y porteadoras, además de las presiones ejercidas por las grandes compañías navieras y del sector aéreo en oposición al sistema de responsabilidad establecido, que han llevado a los países más industrializados a propiciar su negativa a la ratificación del Convenio.

documentos de transporte multimodal. Las reglas son de aplicación voluntaria; las partes, para someterse a ellas, han de incorporarlas al documento contractual. A lo largo de los años los OTM han ido acomodando sus cláusulas a estas reglas consiguiendo así cierta uniformidad.

En 1992 ICC en colaboración con UNCTAD<sup>7</sup> elaboró unas nuevas reglas<sup>8</sup> que constituyen, a día de hoy, un elemento internacionalmente aceptado de carácter uniforme que cobra vida mediante su incorporación por las partes al contrato. Y aunque claramente inspiradas en el Convenio de Ginebra, no dejan de ser unas reglas cuya finalidad es unificar las distintas cláusulas tipo utilizadas por los operadores en el tráfico, pero no entran a regular todas y cada una de las situaciones de conflicto que puede plantear la ejecución de un contrato de transporte multimodal.

Desde 1996 UNCITRAL<sup>9</sup> incluyó en sus programas de trabajo el estudio de la necesidad de elaborar normas relativas al transporte multimodal y a partir de 1998 contó para ello con la colaboración del CMI y culminó a finales del año 2001 con la presentación ante el grupo de trabajo sobre derecho del transporte de UNCITRAL de un proyecto de instrumento internacional conocido bajo el nombre de «Proyecto de instrumento sobre el transporte total o parcialmente marítimo de mercancías» y que finalmente concluyó con la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 11 de diciembre de 2008, más conocido como las Reglas de Róterdam.

En el año 2000 UNCTAD abrió su décimo periodo de sesiones señalando la necesidad de continuar con la elaboración de reglas que disciplinen el transporte multimodal, para ello elaboró un estudio<sup>10</sup> que concluyó en 2003 y del que se desprende que el marco jurídico existente es claramente insatisfactorio tanto para los usuarios como para los operadores del sector y que ambos abogan por la necesidad de establecer un marco jurídico a nivel internacional. Las reglas no colman el vacío existente, puesto que su finalidad es la de unificar, en la medida de lo posible, los documentos de transporte multimodal que se utilizan en la práctica y no ofrecer una regulación exhaustiva sobre el gran número de aspectos controvertidos que puede plantear la ejecución de un contrato de transporte multimodal. Sin embargo, la dificultad radica en acordar dicha reglamentación y sobre todo en el régimen de responsabilidad del OTM,

7 Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el desarrollo; creada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 1995 (XIX), de 30 de diciembre de 1964.

8 UNCTAD-ICC *Rules of Multimodal transport documents*.

9 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; creada mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966.

10 UNCTAD Secretariat: *Multimodal transport: the feasibility of an international legal instrument*. UNCTAD/SDTE/TBL/2003/1, 13 de enero de 2003.

puesto que el transporte multimodal, ineludiblemente, se compone de la combinación de varios modos de transporte, con sus diferencias, tales como el fundamento de la responsabilidad o el importe de las correspondientes indemnizaciones, entre otras. De un total de 109 encuestas recibidas, 60 procedían de gobiernos, tanto de países desarrollados como de países en vías de desarrollo, y 49 de diversos representantes de la industria del transporte<sup>11</sup>. La gran mayoría de ellos no considera adecuado ni eficaz el actual marco regulatorio, opina que incrementa excesivamente los costes del transporte y considera necesario un único<sup>12</sup> instrumento internacional regulador del transporte multimodal.

También la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UN/ECE) elaboró sendas comunicaciones tituladas «Intermodalidad y transporte intermodal en el ámbito de la Unión Europea»<sup>13</sup>, en referencia a los sistemas de responsabilidad que no proveen al operador de transporte con un régimen uniforme de responsabilidad, y «Transporte intermodal y responsabilidad del operador»<sup>14</sup>, en la que se hace una recopilación de los sistemas de responsabilidad vigentes, examinando los problemas asociados a la inexistencia de un régimen de responsabilidad uniforme e incluyendo alguna propuesta regulatoria.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL

Ante la ausencia de un marco jurídico de carácter internacional y a pesar de la actividad del derecho privado, han sido varios los gobiernos y órganos intergubernamentales que han decidido promulgar legislaciones en orden a resolver los problemas existentes ante la falta de seguridad jurídica. Pero, a la vez, han propiciado mayor confusión y un aumento de las dudas de los operadores y usuarios ante la enorme fragmentación del régimen jurídico del transporte multimodal debida a la existencia de

11 Tanto de distintos modos (mar, carretera y ferrocarril) como de distintos operadores del tráfico (porteadores, proveedores de servicios logísticos, terminales de carga, aseguradoras, armadores y usuarios).

12 Algunos opinan que debería elaborarse un nuevo instrumento, otros que debe revisarse el Convenio de Ginebra de 1980 y una minoría aboga por extender, bien la aplicación de la legislación marítima al transporte multimodal cuando éste contenga una fase marítima, bien la aplicación de la normativa reguladora del transporte por carretera cuando el transporte multimodal comprenda este tipo de transporte en una de sus fases.

13 *Intermodality and intermodal freight transport in the European Union*. Communication from the Commission to the European Parliament and Council. [ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/transport/docs/intermodal\\_freight\\_transport\\_en.pdf](ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/transport/docs/intermodal_freight_transport_en.pdf).

14 *Intermodal transportation and carrier liability*. European Commission, Directorate General for mobility and transport, 1999. [http://bookshop.europa.eu/en/intermodal-transportation-and-carrier-liability\\_pbC32599285/?CatalogCategoryID=MagKABst83IAAAEjzpAY4e5L](http://bookshop.europa.eu/en/intermodal-transportation-and-carrier-liability_pbC32599285/?CatalogCategoryID=MagKABst83IAAAEjzpAY4e5L).

regulaciones de carácter nacional, supranacional y privado, que, en ocasiones, aportan soluciones distintas a casos similares, provocando que grandes sumas de dinero y recursos se estén empleando en costear disputas legales sobre qué régimen ha de gobernar el contrato, en vez de reinvertirlas en beneficio del sector y de sus usuarios<sup>15</sup>.

Así nos encontramos con normativa multimodal dispersa en derecho interno, internacional y privado; lo cual proporciona distintas soluciones a un mismo problema, puesto que un OTM puede quedar sometido a diferentes sistemas de responsabilidad; como vienen a ser los siguientes:

a) El sistema de red o *network system*, que aboga por aplicar la regulación jurídica que corresponda, según la ley nacional imperativa o el convenio internacional aplicable, al modo de transporte en el que ocurrió el hecho que provocó el incumplimiento del contrato. Adiciona, además, normas opcionales destinadas a solucionar el problema emergente de la imposibilidad de determinar el momento y el modo en el que el hecho dañoso tuvo lugar.

Su principal ventaja consiste en la certidumbre acerca de las normas que se van a aplicar aun incumplimiento en caso de daño localizado. Sin embargo, este sistema de red plantea dificultades cuando el incumplimiento no puede ser localizado, por ejemplo, cuando el daño a la mercancía se produce de forma gradual a lo largo del trayecto o cuando se produce durante las operaciones de carga y descarga, de transbordo o de almacenaje. Para estos casos se establece un régimen de responsabilidad específico<sup>16</sup>. Tampoco es eficaz si se pretende determinar a priori cuál va a ser la regulación jurídica finalmente aplicable, puesto que no se podrá saber de antemano si va a haber un incumplimiento, ni en cuál de los diferentes modos de transporte se va a producir. Además esta aplicación imperativa de la normativa correspondiente al modo en el que se produjo el hecho que desencadenó el incumplimiento contractual

15 En su informe sobre la viabilidad de un régimen uniforme para el transporte multimodal internacional (*Multimodal transport: the feasibility of an international legal instrument*, de 13 de enero de 2003) [http://unctad.org/en/docs/sdtetlb20031\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/sdtetlb20031_en.pdf) UNCTAD señala que el actual marco regulatorio del transporte multimodal resulta insatisfactorio para la mayoría de las partes implicadas en el mismo, usuarios, profesionales del transporte y autoridades nacionales. Y en los países en vías de desarrollo provoca además la falta de un acceso a los mercados internacionales en condiciones equitativas. Según estudios de UNCTAD (*El desarrollo del transporte multimodal y los servicios logísticos*. Reunión de expertos sobre el desarrollo del transporte multimodal y los servicios logísticos celebrada en Ginebra entre el 24 y el 26 de septiembre de 2003) [http://unctad.org/es/Docs/c3em20d2\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/c3em20d2_sp.pdf) un aumento en los costes del transporte trae como consecuencia una reducción en la inversión, una tasa de ahorro más baja, menos exportaciones, menos acceso a la tecnología y a los conocimientos y una marcada reducción del empleo.

16 Así lo contemplan diversas normativas de distinta índole tales como el Convenio de Ginebra, las Reglas UNCTAD/ICC, el Convenio CMR, el MULTIDOC 95 y el FIATA *Bill of Lading*.

... lesiona la autonomía de la voluntad de las partes [...] el sistema de red parece más apropiado para una hipótesis de contrato de transporte segmentado, donde la pluralidad de modos se identifica con una pluralidad de prestaciones a las que las partes reconocen una cierta autonomía jurídica<sup>17</sup>.

El sistema de red es el más defendido por los operadores de transporte, puesto que son quienes obtienen mayores ventajas de la aplicación de este sistema. Si el daño es localizado, se aplica la normativa del modo concreto, la cual ha sido ampliamente estudiada y puesta a prueba por los operadores del sector durante largo tiempo. Por el contrario, si el daño no es localizado y no existe ninguna normativa internacional aplicable, la responsabilidad del OTM se regirá por la ley nacional imperativa que corresponda aplicar; estas leyes nacionales tienen normalmente carácter dispositivo, lo cual permitirá al OTM sustituirlas por otras que se tornen más favorables a sus intereses.

b) El sistema uniforme defiende la aplicación de una única<sup>18</sup> regulación, que puede ser la de cualquiera de los modos que compongan la operación de transporte multimodal u otra distinta. El fundamento de este sistema se encuentra en la propia naturaleza del contrato de transporte multimodal, pues respeta la autonomía y la especialidad de esta clase de transporte. Proporciona mayor seguridad jurídica pues las partes sabrán, en cualquier momento, cuál es el régimen jurídico que se aplicará en caso de incumplimiento de la operación contratada, independientemente de que sea el daño localizado o no. Los principales inconvenientes de este sistema son: (i) que el régimen de responsabilidad uniforme que se aplicaría en la relación cargador-OTM-destinatario suele ser más estricto con el OTM que el sistema de red, que es el que se aplicaría en la relación entre el OTM y los porteadores efectivos. Lo que quiere decir que aplicando el sistema uniforme es posible que el OTM tenga que indemnizar al cargador o al destinatario con una suma superior a la que obtendrá del porteador efectivo contra quien repita la acción indemnizatoria; y (ii) la concurrencia que puede producirse entre un sistema uniforme y las diferentes leyes nacionales y convenios internacionales existentes, pues las soluciones previstas por las distintas normativas a un problema idéntico distan bastante de ser homogéneas. Con todo ello, éste es el sistema que más consenso<sup>19</sup> acumula en la actualidad, pues es simple y evita las ambigüedades.

17 ARROYO, I. 2001: «Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta». *Anuario de Derecho Marítimo*, 2001, vol. XVIII, 444.

18 La misma regulación con independencia de los modos de transporte que englobe la operación e independientemente de que el daño sea o no localizado y, en caso de serlo, con independencia de en qué fase del transporte se localice.

19 Según el estudio de la Comisión Europea, *The economic impact of carrier liability on intermodal freight transport*. <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDsQFjAB&url=http%3A%2F%2Fabstracts.aetransport.org%2Fpaper%2Fdownload%2Fid%2F1383&ei=ZsYhU6TjO8TF0QX33YDIBg&usq=AFQjCNE6W1WSPIOBdGrigyhtiEa0EN>

c) Sistema de red modificado o *modified network system*; consiste en una solución intermedia entre los dos sistemas anteriores. No remite en bloque a una determinada legislación, sino que selecciona<sup>20</sup> determinadas disposiciones aplicables acerca del fundamento y límites de la responsabilidad, independientemente de la fase del transporte durante la cual se produjo la pérdida, el daño o el retraso. Para la determinación de la cuantía del límite indemnizatorio se utilizan las normas correspondientes al modo de transporte en que se produjo el hecho dañoso, si es que éste fue localizado.

Quizá sea el sistema que menos consenso promueve en la actualidad puesto que resulta bastante complejo de aplicar en ocasiones y no consigue aportar todos los beneficios del sistema uniforme ni consigue eliminar todos los inconvenientes del sistema de red.

Ante la falta de uniformidad en la regulación del transporte en general y del transporte multimodal en particular, se han propuesto distintas soluciones que van desde la elaboración de un convenio internacional imperativo hasta la elaboración de un convenio internacional de carácter no imperativo y que se aplique por defecto. En este orden de cosas, se ha demostrado que las normas que las partes pueden decidir aplicar o no son mucho mejor recibidas y facilitan la uniformidad; por el contrario, los convenios internacionales imperativos son mucho más difíciles de negociar y cuentan con un procedimiento demasiado lento para su entrada en vigor.

En la actualidad, cobra sentido la idea de PEDERSEN<sup>21</sup> y de FABER<sup>22</sup>, desarrollada al principio de este artículo, sobre una legislación uniforme del transporte sin importar el modo, porque las actuales regulaciones del transporte, en vez de solucionar los problemas que plantean las nuevas formas operativas, lo que hacen es mantener los privilegios que a lo largo de la historia han conseguido los grupos económicos que dominan

---

[sg4A&sig2=UI4ttj5s8q09XTmpi7vtDw&bvm=bv.62922401,d.d2k](#) la armonización de las condiciones y el uso de un sistema de responsabilidad uniforme para todos los modos de transporte podría suponer un ahorro en costes de fricción de unos cincuenta millones de euros anuales.

20 Esta disciplina suplementaria puede ser elaborada por las partes o bien limitarse a reproducir lo establecido por algún convenio de naturaleza unimodal. Si ha sido elaborada por las partes, normalmente, el OTM impondrá al cargador unos límites considerablemente amplios a su responsabilidad rebajando así lo establecido para casos de daño localizado.

21 VESTERGAARD PEDERSEN, P. 1991: *Modern regulation of international unimodal and multimodal transport of goods*. Scandinavian Institute of Maritime Law, Yearbook.

22 D. FABER, Comisionado del Reino Unido ante la UNCTAD, afirmó en el Seminario sobre los problemas legales del transporte multimodal, celebrado en Londres en 1994, que «la industria del transporte multimodal está transformando sus servicios, es una industria altamente sofisticada, al contrario que la legislación que la regula. Hay demasiadas convenciones sobre transporte susceptibles de aplicación a un contrato. Esto significa que hay ingentes sumas de dinero que en vez de utilizarse en beneficio del sector y en beneficio de los usuarios se destinan a costear disputas legales sobre qué ley debe gobernar el contrato. Siendo la mejor solución introducir una legislación general sobre el contrato de transporte sin importar los métodos y medios de transporte que se utilicen para la consecución del mismo».

el mercado de los transportes. Como muy bien señala PEDERSEN, *las bases de las regulaciones de los distintos modos de transporte fueron consolidadas en épocas en las que las realidades tecnológica y jurídica eran sumamente diferentes a las actuales; un transporte más lento, una menor capacidad de carga y una tecnología incipiente*. En nuestros días, el antiguo porteador modal ha extendido su oferta de servicios y ahora actúa en el tráfico como OTM, pero se resiste a la ampliación de su responsabilidad, y de esta manera resulta imposible establecer un equilibrio, puesto que cada modalidad de transporte goza de una regulación y de un régimen de responsabilidad propio y adaptado a sus circunstancias particulares, parece lógico pensar que aquel operador que amplía su oferta de servicios, extendiéndolos a más de un modo, adapte también su responsabilidad adecuándola a los riesgos propios de su ámbito de actuación. Quizá resulte difícil alcanzar esta idea, pero de momento existen posturas<sup>23</sup> intermedias que abogan por interpretar de un modo conjunto las legislaciones internacionales de cada uno de los modos de transporte, para así «formular principios comunes aplicables al transporte multimodal y resolver así los problemas generados por la ausencia de una regulación específica»<sup>24</sup>.

### 3. NORMATIVA MULTIMODAL EN DERECHO INTERNACIONAL

#### 3.1. El Convenio de Ginebra

El Convenio de Ginebra de 24 de mayo de 1980<sup>25</sup> sobre transporte multimodal internacional de mercancías no ha obtenido el suficiente número de ratificaciones<sup>26</sup> para su entrada en vigor debido principalmente a dos razones<sup>27</sup>: (i) la falta de apoyos entre los grupos de presión o *lobbying* que actúan en defensa de los intereses de los operadores de transporte<sup>28</sup> y (ii) otras razones tales como la mala imagen del convenio

23 Herber, Carbone, Ivaldi, entre otros.

24 ARROYO, Ignacio. «Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte de puerta a puerta». *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XVIII, 445.

25 [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tdmtconf17\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tdmtconf17_es.pdf).

26 Algunos han llegado a considerar que éste es el primer problema; el elevado número de ratificaciones que se exigen para la entrada en vigor del convenio. 30 ratificaciones. En el año 2013 la lista de países que lo habían ratificado ascendía a trece (Burundi, Chile, Georgia, Líbano, Liberia, Malawi, México, Marruecos, Noruega, Ruanda, Senegal, Venezuela y Zambia).

27 Informe UNCTAD/SDTE/TBL/2003/1 de 13 de junio de 2003 titulado *Multimodal Transport: The feasibility of an international legal instrument*. [http://unctad.org/en/docs/sd-tetlb20031\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/sd-tetlb20031_en.pdf).

28 Principalmente grandes navieras. Debido a su reticencia al régimen de responsabilidad de sus representados, además de otras razones tales como que el régimen carecía de suficiente transparencia o que no conciliaba los intereses de los sectores público y privado. Los gobiernos

entre el sector del transporte al asociarlo a la figura de las Reglas de Hamburgo<sup>29</sup>, el hecho de que el convenio incluyera previsiones sobre cuestiones aduaneras<sup>30</sup>, la falta de desarrollo del transporte multimodal en la fecha en la que el convenio fue presentado o una variedad de intereses en conflicto en forma de leyes nacionales y acuerdos supranacionales. En definitiva, salvo algunas previsiones y la acertada o no elección del sistema de responsabilidad uniforme, jurídicamente hablando, el Convenio de Ginebra es un buen texto normativo<sup>31</sup>, cuyo objetivo era abordar la operativa multimodal como un tipo de transporte autónomo e independiente, formado por varios modos de transporte, pero tratado no como una mera sucesión articulada de los mismos, sino como una única operación en su conjunto, que gozase de su propio régimen jurídico; y ése es el principal problema, que el convenio tiene una visión unificadora del transporte que choca frontalmente con los intereses de los grandes operadores dominantes en los distintos modos de transporte.

### 3.2. Legislación multimodal en la Unión Europea

El transporte multimodal<sup>32</sup> se desarrolla en el ámbito de la UE como una vertiente de la Política Común de Transportes. El punto de partida de la legislación europea

---

de los países industrializados se dividían entre aquellos que se oponían a este convenio porque no veían representados en él los intereses de un sector relevante de su industria y aquellos otros que, aun siendo grandes potencias marítimas, no mostraron interés en el mismo tan sólo porque otros tampoco lo hacían, provocando una especie de contagio que alcanzó a países en vías de desarrollo que ya tenían sus propios recelos de naturaleza social, económica y comercial y que desencadenó una situación de falta de interés general.

29 Convenio de Hamburgo de 31 de marzo de 1978. Regulador del transporte marítimo internacional de mercancías. Las Reglas y el Convenio se parecen tanto en estructura como en contenido.

30 Anexo al Convenio que consta de seis artículos en los que se regulan aspectos aduaneros propios del transporte multimodal.

31 Lo cual es una opinión personal, pero apoyada por algunos hechos tales como: (i) la segunda pregunta del cuestionario que UNCTAD distribuyó con objeto de la elaboración del informe *Multimodal Transport: The feasibility of an international legal instrument*. La pregunta 2 rezaba: «En su opinión, ¿cuáles pueden ser las razones de que el Convenio de Ginebra no consiguiera el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor y sin embargo un gran número de sus artículos hayan sido incorporados directa o indirectamente en un buen número de normativas de carácter nacional y regional?». (ii) El hecho de que en su elaboración intervinieran representantes de más de ochenta Estados, agencias especializadas de quince organizaciones intergubernamentales y once no gubernamentales y que el acto final de su elaboración fuera apoyado por, aproximadamente, setenta Estados.

32 Aquel que se realiza mediando dos o más modos de transporte, pero con un único operador de transporte y un único documento de transporte.

sobre transporte multimodal fue la Directiva 75/130/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías ferrocarril-carretera<sup>33</sup> entre Estados miembros y que ha sido modificada<sup>34</sup> en varias ocasiones. Junto a ésta existen un gran número de Directivas, Reglamentos, Decisiones, Acuerdos, Propuestas, Comunicaciones, Informes y Dictámenes, cuyo objetivo principal es el tratamiento del transporte multimodal en el ámbito comunitario, mediante la adopción de normas comunes que permitan un desarrollo progresivo de este tipo de transporte en base a las necesidades de operadores y usuarios, así como la supresión de obstáculos de carácter administrativo y el establecimiento de medidas de control.

El desarrollo del transporte multimodal en el ámbito de la UE provoca la consecución de una serie de objetivos buscados por la Política Común de Transportes, como son: el desarrollo de la red transeuropea, el fomento de una tarificación del transporte equitativa y eficaz y la realización de la sociedad de la información en el sector del transporte.

Sin embargo, el transporte multimodal, pese a su grado de desarrollo, sigue adolecido de una serie de características esenciales para su óptimo funcionamiento, entre las que destacan, conexiones efectivas entre los distintos modos de transporte, financiación y administración común del transporte multimodal, un mismo nivel de rendimiento y calidad para todos los modos de transporte y, sobre todo, eliminar los llamados «cuellos de botella» de carácter administrativo que afectan negativamente a la competitividad del transporte multimodal.

En orden a conseguir un transporte multimodal integrado, la Comisión Europea ha puesto en marcha una serie de iniciativas<sup>35</sup>, como son: aplicar las reglas de la competencia al transporte multimodal de mercancías, analizar el mercado de forma que se

33 Artículo 1: «Los transportes de mercancías por carretera entre Estados miembros en los que el tractor, el camión, el remolque, el semirremolque o sus cajas móviles sean transportados por ferrocarril desde la estación de embarque apropiada más próxima al punto de carga de la mercancía, hasta la estación de desembarque apropiada más próxima al punto de su descarga».

34 Por las Directivas 79/5/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1978; 82/3/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1981; 82/603/CEE del Consejo de 28 de julio de 1982; 86/544/CEE del Consejo de 10 de noviembre de 1986; 91/224/CEE del Consejo de 27 de marzo de 1991, y 92/106/CEE de 7 de diciembre de 1992.

35 Acciones de transferencia entre modos, acciones con efectos catalizadores y acciones de aprendizaje en común en el ámbito del mercado de la logística del transporte de mercancías, todas ellas contenidas en el llamado Programa Marco Polo (Reglamento [CE] n.º 1382/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la concesión de ayuda financiera comunitaria para mejorar el impacto medioambiental del sistema de transporte de mercancías). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0001:0006:ES:PDF>.

incrementen la integración del transporte y la logística, establecer un marco que facilite el desarrollo de sistemas electrónicos multimodales de información en tiempo real, agilizar los procedimientos aduaneros, promover un régimen no obligatorio de responsabilidad multimodal y la creación de un centro europeo de referencia multimodal para el transporte de mercancías.

El repertorio legislativo comunitario se compone de la Directiva 92/106/CE<sup>36</sup> de 7 de diciembre de 1992 y sus correspondientes modificaciones, además de diversa normativa<sup>37</sup>.

### 3.3. Regulación parcial del transporte multimodal contenida en distintos ordenamientos internacionales de carácter unimodal

#### 3.3.1. Convenio CMR<sup>38</sup>

El convenio contiene la normativa reguladora del transporte internacional por carretera; establecido en 1956 bajo el auspicio de la ONU y al que España se adhirió en

36 Relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes combinados de mercancías entre Estados miembros.

37 Reglamentos del Consejo 1658/82/CEE de 10 de junio de 1982, 2196/98/CEE, relativo a la concesión de ayudas financieras comunitarias para la realización de acciones de carácter innovador en favor del transporte combinado, de 1 de octubre de 1998 y 1382/2003 de 22 de julio de 2003, relativo a la concesión de ayuda financiera comunitaria para mejorar el impacto medioambiental del sistema de transporte de mercancías (Programa Marco Polo); así como de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la concesión de ayudas a las acciones a favor del transporte combinado de mercancías.

También forman parte del repertorio legislativo la Resolución del Consejo de 19 de junio de 1995, sobre el desarrollo del transporte ferroviario y del transporte combinado; y las Comunicaciones de la Comisión 92/230, sobre la creación de una red europea de transporte combinado así como de sus condiciones operativa; 2000/0007, Propuesta de Reglamento sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable, y 2004/0361, Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las unidades de carga intermodales (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE); así como numerosos acuerdos bilaterales entre la UE y distintos países miembros o del entorno europeo, tales como España, Eslovenia, Macedonia, Finlandia, Noruega, Suiza, Suecia, Yugoslavia, Hungría, Bulgaria, Austria y Rumanía, por las que se establecen determinadas condiciones para el transporte multimodal de mercancías.

38 Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (*Contrat Marchandise Route*) realizado en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (Instrumento de ratificación de España de 12 de septiembre de 1973-BOE 109, de 7 de mayo de 1974) y modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 (Instrumento de ratificación de España de 23 de septiembre de 1982-BOE 303, de 18 de diciembre de 1982).

1973. Esta normativa se aplica obligatoriamente al transporte internacional por carretera cuando el origen y el destino de dicho transporte se sitúan en dos países distintos y, al menos, uno de ellos es firmante del convenio.

Comienza ya implicando al transporte multimodal en su artículo segundo<sup>39</sup> cuando admite la posibilidad de que un vehículo que transporta la carga sea, a su vez, transportado en o sobre otro vehículo (sin ruptura de la carga) o, lo que es lo mismo, está hablando de otras modalidades de consolidación de la carga utilizadas en el transporte multimodal tales como el *translourage* o el *ferroustage*, entre otras. Enunciando que en tales casos se aplicará el presente Convenio CMR a la totalidad del transporte, excepto para los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega sobrevenidos durante el transporte no realizado por carretera y siempre y cuando el hecho dañoso no haya sido causado por acción u omisión del porteador por carretera o de las personas dependientes de él. En este caso la responsabilidad no se determinará con respecto a lo establecido en este convenio sino con arreglo a lo estipulado por las disposiciones legales vigentes aplicables a un modo de transporte distinto del transporte por carretera. El Convenio CMR aplica un sistema de responsabilidad de red o *network system*, consiguiendo que la responsabilidad del transportista por carretera cuando su vehículo (que contiene la carga) está siendo transportado en otro medio no se regule según lo previsto en el CMR sino de acuerdo a la normativa propia del medio de transporte en el que pueda localizarse el hecho desencadenador de la responsabilidad. La aplicación del artículo 2 del CMR requiere el cumplimiento de dos condiciones: (i) que el contrato de transporte este sometido al CMR y (ii) que no exista ruptura<sup>40</sup> de la carga al trasladar la mercancía de un modo de transporte a otro.

39 Artículo 2.1: «En el caso de que el vehículo que contiene la mercancía sea transportado por mar, ferrocarril, vía navegable interior o aire en una parte de su recorrido, sin ruptura de carga –salvo en el caso en que eventualmente se aplique el art. 14– este Convenio se aplicará al conjunto del transporte. Sin embargo, en la medida en que se pruebe que una pérdida, avería o demora en la entrega de la mercancía ha sobrevenido durante el transporte no realizado por carretera, no ha sido causado por algún acto u omisión del transportista por carretera, habiendo sido causada por un hecho que no ha podido producirse más que durante y por razón del transporte no realizado por carretera, la responsabilidad del transportista por carretera no será determinada por este Convenio, sino de la forma en que se determinaría la responsabilidad de un transportista por medios distintos a la carretera, en el caso de haberse concluido un contrato de transporte entre el cargador y ese otro transportista para el exclusivo transporte de la mercancía, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes aplicables al transporte de mercancías por un medio distinto de la carretera. Si en todo caso tales disposiciones no existen, la responsabilidad del transportista por carretera será determinada por el presente Convenio».

40 El concepto de ruptura de la carga respecto de la aplicación del CMR a los contratos de transporte superpuesto sometidos al mismo ha sido ampliamente tratado por CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA en «El contrato de transporte multimodal internacional de mercancías», parte integrante de la obra *Los Contratos Internacionales* de Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Luis

### 3.3.2. Convenio COTIF<sup>41</sup> y Reglas CIM<sup>42</sup>

Contienen la normativa aplicable al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril.

Al establecer el régimen jurídico, en su artículo 2.2, señala que el convenio también podrá aplicarse a los transportes directos que utilicen, además de las líneas férreas, líneas de vías terrestres y marítimas y las vías de agua interiores. Es decir, que contempla la aplicación de lo establecido en el convenio para aquellos supuestos de transporte multimodal en los que uno de los modos ha de ser obligatoriamente el ferroviario. Para que pueda aplicarse lo dispuesto en el convenio a los transportes multimodales en los que se transporten las mercancías a través de líneas férreas que se combinan con líneas terrestres, marítimas y/o de aguas interiores, estas líneas han de estar inscritas en un registro<sup>43</sup> a nivel comunitario.

El COTIF opta por la opción de imponer un régimen uniforme al transporte multimodal que se encuentre integrado en una de sus fases por el modo ferroviario, en el caso del transporte de mercancías dicho régimen uniforme serían las Reglas CIM<sup>44</sup>. Sin embargo, caben ciertas derogaciones en dicho régimen uniforme como resultado de las condiciones de explotación inherentes a cada modo de transporte, siempre que las derogaciones no afecten a las normas sobre responsabilidad.

Cuando en un transporte sometido al régimen uniforme de las Reglas CIM una de sus fases es marítima y está inscrita en el correspondiente registro con arreglo a lo establecido por el artículo 2.2, cada Estado podrá solicitar añadir un conjunto de causas de exoneración contempladas en el artículo 48.1<sup>45</sup> de las Reglas CIM y que son

---

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; del cual hemos extraído las ideas principales para el análisis del art. 2 CMR.

41 Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF), hecho en Berna el 9 de mayo de 1980, actualizado mediante el Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999, ratificado por España el 7 de junio de 2002 entrando en vigor a partir del 1 de julio de 2006.

42 Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (CIM).

43 Arts. 3.2 y 10; Registro de líneas CIM, para las líneas de transporte de mercancías en las que se usen dos o más modos de transporte para las mismas.

44 Artículo 3.3.

45 Estas causas de exoneración son las siguientes:

«a) Actos, negligencias o falta del capitán, marinero, piloto o de las personas empleadas por el transportista en la navegación o en la administración del buque.

b) Innavegabilidad del buque, siempre que el transportista pruebe que dicha innavegabilidad no es imputable a una falta de diligencia razonable por su parte para poner el buque en estado de navegabilidad o para armarlo, equiparlo y abastecerlo convenientemente, o para acondicionar y poner en buen estado todas las partes del buque en que se carguen las mercancías de suerte que éstas se hallen aptas para la recepción, el transporte y la preservación de la mercancía.

propias del transporte marítimo. Estas causas de exoneración se sumarían a las causas generales que se encuentran contempladas en el artículo 36<sup>46</sup> de las Reglas CIM. Lo

---

c) Incendio, a condición de que el transportista pueda probar que no fue causado por acto o por falta suya, ni por acto o falta del capitán, marinero, piloto o de sus empleados.

d) Peligros, riesgos o accidentes del mar o de otras aguas navegables.

e) Salvamento o tentativa de salvamento de vidas o de bienes en el mar.

f) Carga de la mercancía en el puente del buque a condición de que haya sido cargada en el puente con el consentimiento del expedidor consignado en la carta de porte y que no esté sobre vagón.

Las causas de exoneración precedentes no suprimirán ni disminuirán en nada las obligaciones generales del transportista, y especialmente su obligación, de ejercer una diligencia razonable para poner el buque en estado de navegabilidad o para armarlo, equiparlo o abastecerlo convenientemente, o para acondicionar y poner en buen estado todas las partes del buque en las cuales se carguen las mercancías, de manera que sean aptas para la recepción, el transporte y la preservación de la mercancía.

Aun cuando el transportista alegue las causas de exoneración precedentes, seguirá, no obstante, siendo responsable si el derechohabiente puede probar que la pérdida, avería o rebasamiento del plazo de entrega han sido ocasionados por una falta del transportista, del capitán, marinero, piloto o de sus empleados, distintas de la prevista en la letra a)».

46 «El ferrocarril quedará exento de esta responsabilidad si la pérdida, avería o rebasamiento del plazo de entrega han sido motivados por una falta del derechohabiente, por una orden de éste que no se derive de una falta del ferrocarril, por un vicio propio de las mercancías (deterioro interno, merma, etc.), o por circunstancias que el ferrocarril no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar.

El ferrocarril estará exento de esta responsabilidad cuando la pérdida o avería resulte de los riesgos especiales inherentes a uno o varios de los hechos siguientes:

a) Transporte efectuado en vagón descubierto en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos concertados entre el expedidor y el ferrocarril e indicados en la carta de porte.

b) Ausencia o defecto del embalaje de las mercancías que, por su naturaleza, estén expuestas a pérdidas o averías si van sin embalar o mal embaladas.

c) Operaciones de carga por el expedidor o de descarga por el destinatario en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos entre el expedidor y el ferrocarril e indicados en la carta de porte o de convenios entre el destinatario y el ferrocarril.

d) Carga defectuosa, cuando esta carga haya sido realizada por el expedidor en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos entre aquél y el ferrocarril e indicados en la carta de porte.

e) Cumplimiento por el expedidor, el destinatario o un mandatario de uno de ellos de las formalidades exigidas por las Aduanas o por otras autoridades administrativas.

f) Naturaleza de determinadas mercancías que, por causas inherentes a esta misma naturaleza, estén expuestas a la pérdida total o parcial o a la avería, especialmente por rotura, oxidación, deterioro interno y espontáneo, desecación, pérdida.

g) Denominación irregular, inexacta o incompleta de objetos excluidos del transporte o admitidos a éste condicionalmente, o inobservancia por parte del expedidor de las medidas de precaución prescritas para los objetos admitidos condicionalmente.

h) Transporte de animales vivos.

i) Transporte de remesas que, en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos entre el expedidor y el ferrocarril e indicados en la carta de porte, deba ser efectuado con

que significa que si el transportista consigue probar que la pérdida, avería o hecho dañoso se produjo durante la fase marítima del transporte se producirá una combinación de sistemas; basado en un sistema uniforme, *uniform system* (las Reglas CIM), se incorporará un sistema de red o *network system*, puesto que se permite invocar la legislación correspondiente a un modo distinto de transporte aunque sólo sea de un modo parcial.

### 3.3.3. Convenios de Varsovia<sup>47</sup> y Montreal<sup>48</sup>

Los convenios de Varsovia y Montreal se aplican a todo transporte<sup>49</sup> internacional de personas, equipajes o mercancías, efectuado por aeronave mediante remuneración; así como a los transportes gratuitos efectuados por aeronave por una empresa de transportes aéreos.

En lo que a transporte multimodal se refiere nos encontramos con absolutas similitudes entre los dos convenios, de los cuales se desprende que, en caso de transporte multimodal, el presente Convenio sólo se aplicará a la parte aérea del transporte, si éste responde a lo establecido por el artículo 1. Sin embargo, ambos dejan abierta la posibilidad de que, en caso de transporte multimodal, las partes acuerden insertar en el documento de transporte aéreo condiciones referentes a otros medios de transporte; a condición de que se respete lo establecido por el Convenio para el transporte aéreo<sup>50</sup>.

---

acompañamiento, si la pérdida o la avería es resultado de un riesgo que el acompañamiento tenía por objeto evitar».

47 Para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929, «Aplicado a todo transporte internacional de personas, equipajes o mercancías efectuado contra remuneración, en aeronave. Se aplica igualmente a los transportes gratuitos efectuados en aeronave por una empresa de transportes aéreos». Artículo 1. El Convenio de Varsovia fue modificado por los Protocolos hechos en La Haya el 28 de septiembre de 1955 y en la ciudad de Guatemala el 8 de marzo de 1971.

48 Para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999. «Aplicado a todo transporte internacional de personas, equipajes o carga efectuado en aeronaves a cambio de una remuneración. Se aplica igualmente a los transportes gratuitos efectuados en aeronave por una empresa de transporte aéreo». Artículo 1.

49 «El transporte que haya de ejecutarse por varios porteadores por vía aérea, sucesivamente se considerará para la aplicación de este Convenio como transporte único cuando haya sido considerado por las Partes como una sola operación, bien que haya sido ultimado por medio de un solo contrato o por una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de ellos deban ejecutarse íntegramente dentro de un territorio reducido a la soberanía, jurisdicción, mandato o autoridad de una misma Parte Contratante». Art.1.3. del Convenio de Varsovia.

50 Resulta interesante el análisis del contenido del artículo 18.3 del Convenio de Varsovia y del art.18.4 del Convenio de Montreal, ambos *a contrario sensu*, puesto que se considerará

Cabe destacar que el Convenio de Montreal regula al final de su artículo 18.4 el hecho de que un transportista, sin consentimiento del expedidor, reemplace, total o parcialmente, el transporte que ambos habían acordado como aéreo y lo sustituya por cualquier otro modo de transporte. En ese caso, el transporte efectuado por cualquier otro modo se considerará comprendido dentro del transporte aéreo

### 3.3.4. Reglas de Róterdam<sup>51</sup>

La intención no fue elaborar un texto regulatorio del transporte multimodal, sino tratar de unificar el régimen de responsabilidad aplicable al transporte marítimo<sup>52</sup>. De este modo, las Reglas de Róterdam regulan una multimodalidad parcial<sup>53</sup>.

En su artículo 26, regulan el llamado transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar, y señalan que, cuando la pérdida, daño o hecho que motiva el retraso en la entrega se producen antes de la subida de las mercancías al buque o bien después de ser éstas descargadas del mismo, el convenio no impide la aplicación de las disposiciones de otro instrumento internacional, el cual se hubiera aplicado: (i) a la totalidad o a una parte de los actos del porteador, en el caso de que el cargador hubiera celebrado con él un contrato separado directamente aplicable al segmento del transporte donde haya ocurrido la pérdida o el daño de las mercancías, o el hecho o la circunstancia causante del retraso en su entrega; (ii) regulan expresamente la responsabilidad del porteador, su limitación, o el plazo de que se disponga para el ejercicio de acciones; y (iii) no pudieran ser excluidas, a tenor del propio instrumento, por pacto contractual alguno, o no puedan serlo en detrimento del cargador.

---

transporte aéreo a cualquier transporte terrestre, marítimo o fluvial efectuado dentro de un aeródromo. Sin embargo, los daños producidos en la mercancía durante esos posibles transportes sólo se presumirán como ocurridos durante el transporte aéreo si esos otros transportes se producen en ejecución de un contrato de transporte aéreo y para fines de carga, descarga, transbordo o entrega. Añadiendo el Convenio de Montreal en su artículo 18.3 que se considerará transporte aéreo el periodo durante el cual la carga se halla bajo la custodia del transportista.

51 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente marítimo, hecho en Nueva York el 11 de diciembre de 2008. [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/Róterdam\\_Rules/09-85611\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/Róterdam_Rules/09-85611_Ebook.pdf). Aprobado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 63/122, de 11 de diciembre de 2008 y que ha sido ratificado por tres Estados (Congo, Togo y España), esta última mediante Instrumento de Ratificación de 19 de enero de 2011, si bien no ha sido aún publicado en el BOE por no haber entrado en vigor el Convenio en cuestión, a falta de ratificaciones suficientes.

52 Las Reglas de Róterdam constituyen un marco jurídico uniforme, adaptado a las nuevas realidades comerciales y tecnológicas; incluye el acondicionamiento de la carga mediante contenedores y los documentos electrónicos de transporte, traduciendo en un régimen general aplicable al transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo.

53 Cuando la operación de transporte combina dos o más modos de transporte, siendo uno de ellos el marítimo.

En otras palabras, cuando se articule un transporte marítimo en el cual una parte del mismo va a discurrir por uno o varios modos de transporte distintos al marítimo y se produzca una pérdida, un daño o un hecho que motive el retraso en la entrega de las mercancías en cualquiera de los modos distintos del marítimo, las Reglas de Róterdam acuden a un sistema de red o *network system* que permite que se aplique el contenido del instrumento internacional que se hubiese aplicado si: (i) esa fase no marítima en la que se produjo el hecho dañoso hubiera estado sometida de manera independiente a un contrato de transporte unimodal; (ii) si esa normativa internacional que se va a aplicar regula los conceptos de responsabilidad y limitación de responsabilidad del porteador, así como el plazo de ejercicio de las acciones conducentes a la exigencia de la misma<sup>54</sup>; y (iii) que esa normativa internacional distinta de las Reglas de Róterdam que se va a aplicar no pueda ser excluida por las propias reglas o por acuerdo entre las partes. De tal manera que para el caso de daños producidos en la mercancía durante una fase no marítima del transporte y que se encuentre regulada por un convenio internacional, en ese tramo no marítimo en el que se ha producido el daño, la relación entre el OTM y el cargador se regirá por lo dispuesto en las Reglas de Róterdam junto con toda disposición de rango imperativo que resulte aplicable; sin embargo, la relación entre el OTM y el porteador efectivo se regirá exclusivamente por lo que establezca ese convenio internacional aplicable.

En relación con lo anterior, el artículo 82 de las Reglas de Róterdam establece que nada impide que cualquier convenio de carácter internacional aplicable a un modo de transporte distinto del marítimo se aplique para regular la responsabilidad del porteador en un transporte marítimo cuando el hecho dañoso que desencadena dicha responsabilidad se produce en una fase del transporte que no es la de navegación marítima. Ello siempre y cuando dicho convenio sea aplicable: (i) al transporte de mercancías cargadas en un vehículo de transporte por carretera que sea transportado a bordo de un buque (si el modo alternativo es el transporte por carretera); (ii) al transporte marítimo de mercancías complementario del transporte por ferrocarril (si el modo alternativo de transporte es el ferrocarril); (iii) al transporte de mercancías sin trasbordo por vías navegables interiores y por mar (si el transporte alternativo es por aguas interiores), o (iv) al transporte aéreo de mercancías.

La elaboración de las Reglas de Róterdam parece cerrar la puerta a la elaboración de una normativa internacional exclusiva para el transporte multimodal, ya que estas reglas han cubierto algunas de las necesidades que existían en el tráfico del denominado «multimodal mojado»<sup>55</sup>.

54 En relación con otras cuestiones distintas a éstas la regulación contenida en las reglas prevalecerá con independencia de lo dispuesto en cualquier otro convenio aplicable.

55 Aquel transporte multimodal en el que una de sus fases es marítima. Dentro de las distintas combinaciones que conforman un transporte multimodal, la combinación mar-carretera

## 4. NORMATIVA MULTIMODAL EN DERECHO PRIVADO. LAS REGLAS UNCTAD/ICC

Aunque su historia se remonta casi a principios del siglo XX, como ya hemos anotado con anterioridad, pasaremos directamente al análisis de las que actualmente se encuentran en vigor; las reglas relativas a los documentos de transporte multimodal de 1992<sup>56</sup>; las cuales constituyen una actualización de las Reglas de 1975 basadas, a su vez, en las Reglas de La Haya<sup>57</sup> y en las Reglas de La Haya-Visby<sup>58</sup>.

Estas reglas no contemplan todas las situaciones que puedan derivarse del cumplimiento de un contrato de transporte multimodal tal y como haría una legislación sobre transporte multimodal, sino que se centran en la resolución de los problemas básicos que plantea dicho transporte; así las partes deberán completar la regulación con distintas cláusulas contractuales con las que hacer frente a las eventualidades no recogidas por las reglas, tales como las relativas a jurisdicción, arbitraje o elección de ley aplicable, entre otras.

Recordemos que estas reglas no tienen fuerza de ley, son de naturaleza puramente contractual y sólo se aplican si han sido incorporadas por las partes por escrito, verbalmente o en cualquier otra forma de remisión al contrato, independientemente de que el contrato de transporte sea unimodal o multimodal y de que se haya emitido o no un documento de transporte; prevaleciendo sobre cualquier cláusula del contrato que sea contraria a las mismas, excepto en el caso de que amplíen las obligaciones del OTM y/o su régimen de responsabilidad. Las reglas no surtirán efecto si fueran contrarias a disposiciones imperativas contenidas en convenios internacionales o leyes nacionales aplicables al contrato de transporte multimodal. En la práctica no siempre se ha respetado esta regla, pues se ha argumentado que, si el contrato de transporte multimodal es un contrato *sui generis*, no es posible extenderle la aplicación de normas propias del transporte unimodal. Con ello se abre la puerta a un supuesto de fraude

---

es la que más se repite, puesto que en cualquier transporte combinado que agrupe más de dos modos de transporte y uno de ellos sea marítimo, en la gran mayoría de las ocasiones el modo de transporte que precede o sucede al marítimo es el transporte por carretera.

56 Reglas uniformes de la UNCTAD y de la CCI para un documento de transporte combinado de 9 de junio de 1991, que comenzaron a aplicarse a partir del 1 de enero de 1992. [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tradewp4inf.117\\_corr.1\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/tradewp4inf.117_corr.1_es.pdf).

57 Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 –Instrumento de ratificación de España de 2 de junio de 1930– (*Gaceta* 212, de 31 de julio de 1930).

58 Convenio sobre la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924 y modificado por Protocolo de 21 de diciembre de 1979. Instrumento de ratificación de España de 16 de noviembre de 1981, *BOE* 36 de 11 de febrero de 1984.

de ley consistente en que un operador de transporte unimodal evite la aplicación de la regulación correspondiente calificando el contrato como de transporte multimodal.

A continuación, la segunda Regla nos aporta las definiciones de contrato de transporte multimodal<sup>59</sup>, OTM<sup>60</sup> y DTM<sup>61</sup>, entre otros<sup>62</sup>.

Las reglas otorgan valor probatorio, tanto al DTM, como a su contenido.

La responsabilidad del OTM comprende la pérdida<sup>63</sup>, el daño<sup>64</sup> o el retraso<sup>65</sup> en la entrega de las mercancías y abarca el periodo comprendido entre que toma las mercancías bajo custodia y las entrega al destinatario, e incluye las acciones y omisiones tanto del OTM como de sus empleados o agentes o de las de cualquier otra persona a la que éste recurra para el cumplimiento del contrato<sup>66</sup>. Se parte de una presunción de culpabilidad del OTM, quien tendrá que demostrar que no intervino culpa o negligencia por su parte ni por la de sus empleados o agentes en la pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías<sup>67</sup>; o bien que el daño o pérdida de las mismas se produjo en una fase del transporte que se realizaba por mar o vía de navegación interior, como consecuencia de (i) acción u omisión del capitán del buque o embarcación, así como de marineros, práctico portuario o empleados del porteador en la navegación; o (ii) incendio a bordo que ocasione la innavegabilidad del buque, siempre que no haya sido ocasionado por el OTM o el personal a su cargo<sup>68</sup>. También se contemplan causas de limitación de la responsabilidad del OTM, tales como el valor declarado de

59 «Contrato único para el transporte de mercancías por dos modos de transporte por lo menos».

60 «Persona que celebra un contrato de transporte multimodal y asume la responsabilidad de su cumplimiento en calidad de porteador».

61 «Documento que hace prueba de un contrato de transporte multimodal y que puede ser sustituido, si así lo autoriza la ley aplicable, por mensajes de intercambio electrónico de datos y ser emitido en forma negociable o en forma no negociable».

62 «Porteador, expedidor, consignatario, toma bajo custodia, entrega, puesta a disposición y mercancía».

63 Regla 5.3: «Cuando las mercancías no han sido entregadas dentro de los noventa días consecutivos siguientes a la fecha de entrega expresamente acordada o que cabría exigir a un OTM diligente».

64 Regla 9: «Será el destinatario o consignatario quien tendrá que dar aviso de la pérdida o el daño en las mercancías, en el momento de la entrega (si son aparentes) o en el plazo de seis días consecutivos desde la entrega».

65 Regla 5.2: «Cuando las mercancías no han sido entregadas dentro del plazo expresamente acordado o, a falta de tal acuerdo, dentro del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, sería razonable exigir a un OTM diligente».

66 Reglas 4.1 y 4.2.

67 Regla 5.1. «En caso de retraso en la entrega el OTM sólo será responsable si el expedidor hizo una declaración de interés en la entrega en plazo debido y ésta fue aceptada por el OTM».

68 Regla 5.4. «Para que se produzca la exoneración de responsabilidad en este caso el OTM tiene que probar que empleó la diligencia debida para poner el buque en estado de correcta navegabilidad. Estas dos exclusiones de la responsabilidad del OTM no se contemplaban en

las mercancías<sup>69</sup>, la sobrecarga de contenedor o elemento análogo de transporte<sup>70</sup>, otros perjuicios indirectos que no sean la pérdida o daño en las mercancías<sup>71</sup>, o la propia responsabilidad acumulada, la cual no excederá del valor total de las mercancías<sup>72</sup>. El OTM perderá el derecho a acogerse a la limitación de responsabilidad si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías se debieron a acción u omisión dolosa o negligente<sup>73</sup>.

En los casos de daño localizado, las reglas incorporan un sistema de red o *network system*, mediante el cual, si se localiza la pérdida o daño en las mercancías durante una determinada fase del transporte, se aplicará el límite de responsabilidad que contenga el convenio internacional aplicable o la ley nacional imperativa para dicho modo de transporte y no el contenido en las propias reglas<sup>74</sup>. La cuantía de la indemnización se fijará respecto al valor de las mercancías en el momento y lugar, pactado o efectivo, de su entrega al destinatario<sup>75</sup>.

Existe un requisito de diligencia que se exige al expedidor, quien debe garantizar al OTM la exactitud de los datos<sup>76</sup> aportados al respecto de las mercancías objeto de transporte, bajo pena de indemnizar al OTM por los perjuicios resultantes de dicha inexactitud<sup>77</sup>.

El plazo para ejercer acciones de responsabilidad<sup>78</sup> contra el OTM será de nueve meses desde que las mercancías se entregaron, debieron entregarse o se consideraron perdidas<sup>79</sup>; frente al plazo general que suele ser de un año, o incluso de dos en el caso del Convenio de Ginebra.

Las reglas han sido incorporadas en gran parte de los documentos de transporte multimodal que se utilizan habitualmente, tales como el MULTIDOC 95<sup>80</sup> de BIMCO<sup>81</sup> y

---

el borrador original, sino que se añadieron justo antes de presentarlo como definitivo, alejándose así del pretendido sistema uniforme de responsabilidad».

69 Regla 6.1.

70 Regla 6.2.

71 Regla 6.5: «Contarán con una limitación de responsabilidad equivalente al valor del flete».

72 Regla 6.6.

73 Regla 7.

74 Regla 6.4.

75 Regla 5.5.

76 Naturaleza, marca, número, peso, volumen, cantidad y carácter peligroso, si procede.

77 Regla 8.

78 Regla 11: fundadas tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

79 Regla 10.

80 Documento de transporte multimodal emitido en forma negociable. El emitido en forma no negociable es el *Multimodal Bill of Lading* 95.

81 Consejo Marítimo Internacional y del Báltico. Organización cuyos miembros tienen intereses en la industria del transporte marítimo, incluidos los armadores, operadores, gerentes,

el FIATA<sup>82</sup> Multimodal Transport Bill of Lading<sup>83</sup>. El éxito de las Reglas UNCTAD/ICC de 1992 en comparación con sus predecesoras se basó en la aplicación de un régimen de responsabilidad que proporciona excepciones al OTM en caso de daño localizado y mayores posibilidades de exoneración en caso de daño no localizado o de retraso en la entrega de la mercancía.

En último lugar cabe apuntar que también existe normativa multimodal contenida en derecho supranacional, como las elaboradas por: la Comunidad Andina<sup>84</sup>, Mercosur<sup>85</sup>, ALADI<sup>86</sup>, ASEAN<sup>87</sup> y la Liga de los Países Árabes<sup>88</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Los distintos cuerpos legales examinados definen su ámbito de aplicación así como los términos que van a utilizar en su articulado, establecen formalidades acerca del contrato y del documento de transporte y delimitan las responsabilidades del operador de transporte y los fundamentos para la misma. Sobre esta responsabilidad, en casos de daño localizado, habrá que averiguar primero si existe alguna legislación sobre transporte multimodal aplicable al caso concreto; así, en la mayoría de los casos, se opta por un sistema de red o *network system*, de tal modo que el operador de transporte se ve sometido al régimen de responsabilidad del convenio internacional o ley nacional imperativa que se aplique al modo de transporte en el que se localizó el daño. Por el contrario, para los casos de daño no localizado se suele optar por el régimen uniforme o *uniform system*, en el que la responsabilidad del OTM estará sujeta a lo establecido en las previsiones de la propia norma sobre transporte multimodal aplicable al caso concreto.

---

corredores y agentes. El principal objetivo de la asociación es facilitar las operaciones comerciales de sus miembros mediante el desarrollo de contratos y cláusulas estándar.

82 Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios. Es la organización no gubernamental más grande en el campo del transporte y la logística.

83 Documento de transporte multimodal emitido en forma negociable. El documento emitido en forma no negociable es el *Multimodal Transport Waybill*.

84 Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

85 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

86 Asociación Latinoamericana de Integración, formada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Panamá, Venezuela, Perú, Uruguay, Paraguay y Cuba.

87 La Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático, creada bajo la Declaración de Bangkok de ocho de agosto de 1967, está formada por Brunei, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Birmania, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam.

88 Formada por Bahrein, Egipto, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Omán, Palestina, Qatar, Arabia Saudí, Sudán, Siria, Emiratos Árabes Unidos y Yemen.

Cuando no existe una normativa multimodal de aplicación obligatoria al caso concreto, tanto para daño localizado como para daño no localizado, habrá que estar a lo que disponga la convención internacional o ley nacional de naturaleza unimodal que corresponda aplicar; y en caso de que esta última no exista, habrá que estar al contenido<sup>89</sup> del contrato. Por lo cual, resulta de gran importancia la elección de las reglas que van a regir el mismo y que son acordadas por las partes, previamente a su firma.

Como recomendación final cabe destacar que la armonización de la normativa de transporte constituiría un marco fundamental para la regulación uniforme del mismo, sobre todo, desde el punto de vista de la responsabilidad del operador y del plazo de prescripción de la misma. De un gran efecto positivo serían también cambios tales como la desregulación del tráfico de contenedores y la reducción de impuestos que gravan el transporte, sobre todo los que afectan al precio del combustible y de los peajes.

De este modo el mercado del transporte sería más transparente y mejoraría la competencia, con la consiguiente reducción de precio en las comisiones y en las primas de seguro de transporte.

89 Quizá incorpora las Reglas UNCTAD/ICC. También cabe la posibilidad de que el OTM excluya o limite su responsabilidad si el contrato no incorpora las reglas.



# Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo en el ordenamiento jurídico español

## *The electronic recruitment of dynamic packages in the Spanish law system*

**Juan David Camargo Gómez**

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Colombia

Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca

Fecha de recepción: septiembre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

Juandak@hotmail.com

### Resumen

Los paquetes dinámicos de turismo son una nueva forma de contratar servicios de viaje que se apartan de las tradicionales formas de contratación de servicios turísticos: los servicios sueltos y el viaje combinado. Por eso, ni la Directiva 90/314/CEE, ni el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los contemplan; dichas normas están adaptadas para regular un mercado en donde el turista se adhiere a unas condiciones

### Abstract

*The dynamic packages are a new form of booking travel services that move away from traditional forms of touristic services: individual services and package deals. Therefore, the Directive 90/314/EEC and the Consolidated Draft of the General Law for the Protection of Consumers and User, do not contemplate it; these rules are adapted to regulate a market where tourists can adhere to travel conditions (destinations, dates, times*

de viaje (destinos, fechas, horarios...) sin poder modificarlas. Al no tener un régimen aplicable concreto, la contratación de paquetes dinámicos de turismo constituye actualmente una laguna legal en el derecho español. El presente artículo es el producto de una investigación que pretende darle claridad a la materia turística, determinando el régimen jurídico aplicable a los paquetes dinámicos de turismo que, a su vez, va a permitir establecer su naturaleza jurídica y el régimen de responsabilidad.

**Palabras clave:** Internet, contratación, paquetes dinámicos de turismo, servicios turísticos.

...) without being able to amend them. Having no specific rules applicable, their recruitment is currently a loophole in the Spanish law. This article is the result of research that aims to give clarity to tourism, determining the legal regime applicable to dynamic packages which, in turn, will help to establish their legal status and liability regime.

**Key words:** Internet, recruitment, dynamic packages, travel services.

## 1. HACIA UNA NOCIÓN DE PAQUETE DINÁMICO DE TURISMO

En los últimos años el sector turístico ha experimentado un cambio en la forma de contratar servicios de viaje. El desarrollo de Internet y la aparición de las compañías de bajo coste ha hecho que, cada vez más, los consumidores se abstengan de adquirir paquetes preestablecidos por un tour operador y, en cambio, confeccionen ellos mismos sus vacaciones valiéndose de herramientas electrónicas que les permiten encontrar la oferta más favorable, conocidas como metabuscadores o comparadores de precios; o reservando los servicios turísticos directamente con su proveedor (aerolínea, hotel, parque de diversiones, coche, etc.) o a través de una agencia de viajes *on line*<sup>1</sup>.

A nivel europeo, se estima que 120 millones de turistas organizan sus vacaciones de esta manera<sup>2</sup>. Ello se debe a que el turista electrónico ahora busca tener experiencias únicas cuando viaja y que éstas se generen acompañado de su entorno más cercano. El «e-turista» desea flexibilización a la hora de confeccionar su viaje, quiere unas vacaciones libres de condiciones, con sus propios destinos y tiempo de duración. Además, en muchas ocasiones Internet se lo permite hacer a un precio menor y con servicios turísticos de mayor calidad a los ofrecidos en paquetes preestablecidos.

A esta nueva forma de contratación de servicios turísticos se la conoce como paquetes dinámicos de turismo, viajes flexibles o *dynamic packages*. Actualmente,

1 PASTOR SEMPERE, 2013: «Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y de las políticas de la Unión europea en materia de mercado interior y de defensa de los consumidores en la contratación de viajes combinados». *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 288: 90, señala que ello está causando una «desintermediación» o pérdida progresiva de la cuota de mercado de los intermediarios turísticos.

2 Comunicado de prensa de la Comisión Europea del 9 de julio de 2013.

su contratación constituye una laguna legal en el derecho español, ya que ni la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y circuitos combinados (en adelante, DVC), ni el Título IV del TRLGDCU (artículos 150 a 165) la contemplan. Esta indeterminación genera confusión en los operadores turísticos y consumidores, quienes no tienen claro cuáles son sus derechos y obligaciones; por ejemplo, cuando una agencia de viajes *on line* vende un paquete dinámico de turismo, establece en sus condiciones generales una cláusula de exclusión de responsabilidad en caso de no prestarse o de prestarse defectuosamente alguno de los servicios contratados, convirtiendo su intervención como de simple intermediación. De igual forma, en ocasiones el viajero cree estar contratando un paquete dinámico cuando, en realidad, lo que adquiere son servicios turísticos sueltos.

Paralelo a este problema, las compañías aéreas, principalmente las de bajo coste, venden paquetes en sus portales web que incluyen, además del transporte aéreo, el alojamiento, alquiler de coche o entradas para eventos. Sin embargo, la adquisición de este producto no goza de ninguna garantía puesto que, conforme al artículo 151.2 del TRLGDCU, las únicas entidades facultadas para vender en conjunto una pluralidad de prestaciones turísticas son las agencias de viaje.

Todo ello ha generado que el actual régimen protector de los viajeros resulte insuficiente y desactualizado<sup>3</sup>. Por ello, la Comisión Europea ha presentado en el año 2013 una propuesta de Directiva que tiene por objeto adaptar a la era digital las normas de la UE sobre viajes combinados. Se busca brindar una protección mayor a los turistas (mejorando los derechos de cancelación, imponiendo más deberes de información, obligando a los operadores turísticos a devolver el dinero y repatriarlo en caso de quiebra de alguno de estos) y darle mayor transparencia a la materia, definiendo qué combinaciones deben ser amparadas por la nueva DVC<sup>4</sup>.

Esta Propuesta es el resultado de un proceso de revisión de la DVC organizado en conjunto por la Comisión Europea y las partes interesadas (operadores turísticos, organizaciones de consumidores y Estados miembros).

3 GÓMEZ CALLE. 2012: «En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado». En Cámara Lapuente (dir.) y Arroyo Amayuelas (coord.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la Compraventa de octubre de 2011*. Madrid: Ed. Civitas Thomson Reuters, 385, deja en evidencia que «la directiva 90/314 es en estos momentos la más antigua en materia de derecho de consumo y ante el cambio que genera Internet y el comercio electrónico en el mercado de los viajes requiere ser revisada y actualizada».

4 En este sentido cabe resaltar que excluye del ámbito de aplicación las combinaciones que tengan por finalidad un viaje de negocios.

El comienzo del proceso de revisión se dio con la redacción del *documento de trabajo del 26/07/2007*<sup>5</sup>. En dicho documento la Comisión Europea contempló algunos problemas que, en su concepto, estaban generando las nuevas formas de contratación de servicios turísticos y propuso una consulta pública con la finalidad de conocer el punto de vista de las partes interesadas. El resultado de la consulta fue recogido en el *Summary of responses to the consultation on the Council Directive 90/34 EEC*, en el que las partes reconocieron los problemas señalados por la Comisión Europea<sup>6</sup>. El 26 de noviembre de 2009 la Comisión Europea desarrolló una nueva consulta, pero esta vez con el objeto de establecer mecanismos para resolver los problemas planteados en el documento de trabajo. Las respuestas de esta segunda consulta se plasmaron en el *Summary of responses to the consultation launched to gather stakeholders' opinions on the existing problems and preferred solutions in order to identify preferred policy options as part of the Commission's review of the Package Travel Directive* (en adelante, *sumario de conclusiones II*)<sup>7</sup>, en el que se propuso ampliar el concepto de viaje combinado establecido en la DVC, así como determinar la responsabilidad de los operadores turísticos (sobre todo la de la agencia de viajes *on line*) cuando vendan paquetes dinámicos a través de medios electrónicos. Sobre este punto, las organizaciones de consumidores y los Estados miembros se mostraron a favor de la responsabilidad directa de las agencias de viajes, mientras que estas, en cambio, se inclinaron solo por que el responsable del incumplimiento sea el proveedor directo del servicio. Posteriormente, el 22 de abril de 2010, se llevó a cabo un taller a tiempo completo en el que las partes discutieron sobre las opciones planteadas en los sumarios. Por último, el 5 de junio de 2012 se celebró un nuevo taller y una conferencia con el objeto de discutir más a fondo el proceso de revisión.

Adyacente al proceso de revisión, la comisión efectuó un *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages* que concluyó en noviembre de 2009. Dicho estudio sirvió para poder determinar cuál era la situación en la que se encontraban los paquetes dinámicos hasta entonces y, además, para identificar los problemas y costes que han tenido que afrontar los consumidores de estos paquetes ante el incumplimiento de algún operador<sup>8</sup>.

5 Véase: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission\\_working\\_document\\_final26-07-2007.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/commission_working_document_final26-07-2007.pdf).

6 Véase: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary\\_responses\\_publication\\_final\\_30012007.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/summary_responses_publication_final_30012007.pdf).

7 Véase: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/20100430\\_summary\\_responses.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/20100430_summary_responses.pdf).

8 Véase: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study\\_consumer\\_detriment\\_dynamic\\_packages\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/study_consumer_detriment_dynamic_packages_en.pdf).

## 1.1. Definición y características del paquete dinámico de turismo

El término «paquete» alude a la confección de dos o más servicios turísticos cuya adquisición se hace en una misma operación, sin importar que por estos el viajero pague un precio global. Por su parte «dinámico» alude al amplio grado de decisión que tiene el viajero para elegir los servicios que van a componer el paquete. En consecuencia, se entiende por paquete dinámico de turismo aquel producto compuesto por dos o más servicios turísticos que son confeccionados y adquiridos por un consumidor a través de uno o varios portales web, siempre que exista un vínculo comercial entre estos.

Desde el punto de vista jurídico, la contratación electrónica de un paquete dinámico de turismo se puede hacer:

Por un lado, dentro del portal web de una agencia de viajes en donde el viajero confecciona y compra los servicios de viaje sin ser remitido a ningún otro portal. Las agencias de viaje establecen en su plataforma una pestaña titulada «vuelo + hotel» en la que el viajero, después de pulsar sobre esta, tendrá que digitar algunos datos exigidos por el agente electrónico (ciudad de origen y de destino, fecha de salida y de llegada, número de personas) para que se dé inicio al proceso de contratación. Una vez ocurra ello, la plataforma muestra en una nueva pantalla las ofertas de los hoteles y vuelos disponibles, permitiendo combinar estos de cualquier forma. Después de haber seleccionado los servicios de viaje, el viajero deberá hacer «click» en el campo marcado con la palabra «continuar» o «reservar». Acto seguido se abrirá otra ventana que contiene un resumen de los servicios escogidos y saldrá la opción «comprar». El proceso de contratación finaliza con el acuse de recibo que el agente electrónico de la agencia remite al correo electrónico del viajero.

Por otro lado, en los sitios web de cada proveedor del servicio (aerolínea, hotel, arrendador de coche, etc.) siempre que entre los proveedores con quienes se contrata exista un acuerdo comercial. Aquí, el viajero celebra contratos separadamente con cada uno de los proveedores, no obstante, existe un paquete turístico cuando los servicios se adquieren: en un único punto de venta en el mismo proceso de reserva, a raíz de una oferta o pago de un precio global o después de haberse anunciado como un viaje combinado o alguna expresión similar. También podrá predicarse la existencia de un «paquete» cuando los servicios se combinan después de la celebración de un contrato en el que el operador permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de viaje<sup>9</sup>.

En caso de inexistencia de acuerdo, la contratación constituye una forma de adquirir servicios sueltos y, por tanto, habrá de aplicarse a cada contrato el régimen

9 Artículo 3.2 b) de la propuesta de Directiva.

general<sup>10</sup>. Tampoco existe *dynamic package* cuando el turista se sirve de una agencia de viajes para organizar sus vacaciones pero termina contratando los servicios directamente con el proveedor del servicio, puesto que la primera actúa como simple facilitadora en el acercamiento de voluntades del turista y el proveedor.

Las características de los paquetes dinámicos son las siguientes: a) están compuestos por una pluralidad de servicios turísticos; b) la combinación de los servicios turísticos es efectuada por el turista en el mismo proceso de contratación; c) los servicios deben comprarse a un mismo operador y, si es más de uno, deben tener un vínculo comercial; y d) es un contrato de adhesión.

### 1.1.1. Está compuesto por una pluralidad de servicios turísticos

El objeto del paquete dinámico puede versar sobre un servicio de transporte, una reserva de hotel, el alquiler de un coche o cualquier otro servicio no accesorio de estos que constituyan una parte significativa del paquete. Lo importante es que el consumidor adquiera dos o más servicios turísticos.

Actualmente, las normas protectoras de los viajeros no establecen criterios legales para determinar cuándo un servicio es accesorio o principal. Por ello, para establecer la calificación del servicio de viaje, deberá tenerse en cuenta su factor funcional, esto es, habrá que comprobar qué tipo de subordinación presenta el servicio con el transporte, alojamiento o alquiler de coche<sup>11</sup>. Si el servicio resulta ser autónomo e independiente de estos debe considerarse principal. En este sentido, se consideran un servicio principal las entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, etc. En cambio, será accesorio el servicio de restauración del avión, las comidas y bebidas que se sirvan en el mismo, el desayuno en el hotel cuando este se encuentre incluido en el alojamiento, etc.<sup>12</sup>.

Dichas normas tampoco aclaran lo que debe considerarse como una parte significativa de un paquete turístico. A tales efectos, la propuesta de Directiva establece

10 El *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages* señala que el 37.7% de los encuestados confeccionan su viaje de esta manera, seguido de las páginas web de las empresas lastminute.com con un 37.6% y, por último, de las agencias de viajes *on line* con un 31.3%).

11 Al respecto la SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2002 (AC 2002/995) señala que: «No habrá viaje combinado cuando una de las dos únicas prestaciones sea accesorio de la otra principal, a la que se encuentre funcionalmente subordinada, sí lo habrá cuando las prestaciones sean de similar importancia y tengan valor por sí mismas». Precisamente este criterio es adoptado de forma similar en la Propuesta de Directiva (considerando 17).

12 En la práctica, los paquetes dinámicos más adquiridos son los compuestos por transporte aéreo más hotel.

que todo servicio que represente más del 20% del valor económico del paquete se considera parte significativa del mismo.

### **1.1.2. La combinación de los servicios turísticos es efectuada por el turista en el mismo proceso de contratación**

El sujeto encargado de confeccionar las prestaciones que conforman el viaje es el turista. A diferencia de lo que ocurre con el tradicional paquete preestablecido, el paquete dinámico de turismo no requiere de la intervención de un organizador, ni tampoco de la celebración de subcontratos con los proveedores directos de los servicios para poder ser adquirido.

De igual forma, si algún servicio de viaje no se confecciona dentro del mismo proceso de contratación, este no puede integrar el paquete y deberá someterse al régimen de contratación de servicios sueltos. Un supuesto que se podría causar confusiones en la práctica es que el consumidor, acto seguido a la adquisición del paquete, contrate un nuevo servicio al mismo operador; por ejemplo, cuando, después de adquirir un paquete «vuelo + hotel», reserva un coche en el mismo portal web. En este evento, el segundo servicio (alquiler del coche) no puede pasar a integrar el paquete y deberá someterse al régimen general.

### **1.1.3. Los servicios deben comprarse a un mismo operador y, si es más de uno, debe existir un vínculo comercial entre ellos**

El viajero puede adquirir la pluralidad de servicios de viaje dentro de la misma página web donde combinó los servicios o en la página web de cada proveedor. Si lo hace de esta segunda forma debe existir entre los proveedores algún tipo de asociación comercial que permita observar la presencia de un «conjunto unitario» de servicios de viaje. Adicionalmente, cuando se esté haciendo una remisión de un portal web a otro deberá informarse en forma clara dicha circunstancia para evitar confusiones al viajero. Si el portal no la comunica se entiende que el viajero contrata los servicios en un mismo portal web.

Esta característica también ofrece mayor seguridad jurídica al operador turístico (sobre todo las agencias de viajes *on line*) ya que no podrá ser declarado responsable en caso de presentarse incumplimiento de alguno de los servicios contratados, en el evento que el viajero se haya valido de un enlace alojado en su página web para contratar directamente con otro proveedor.

#### 1.1.4. Es un contrato de adhesión

Debido a que las cláusulas contractuales del contrato de paquete dinámico vienen predispuestas por el operador turístico y el turista no puede intervenir en el contenido de estas, le es aplicable el régimen establecido en LCGC. Esto hace, además, que sea considerado también como un contrato de consumo<sup>13</sup>.

Visto lo anterior, es necesario determinar qué calificación jurídica merece el paquete dinámico, esto es, establecer si esta nueva forma de contratación de servicios turísticos constituye un medio para agilizar la contratación de servicios sueltos o, por el contrario, constituye una modalidad de viaje combinado.

### 1.2. Calificación jurídica del paquete dinámico de turismo

La indeterminación jurídica en la que se encuentra la contratación de paquetes dinámicos de turismo obliga a cuestionarnos si nos encontramos más cerca de la contratación de servicios sueltos o de un viaje combinado.

Comparte con la contratación de servicios sueltos la amplia capacidad de elección que goza el viajero para configurar la prestación de un servicio de viaje<sup>14</sup>. En cambio, se diferencia en que en el mismo proceso de contratación este termina contratando varios y no un solo servicio turístico.

Se asemeja al viaje combinado en que se adquieren una pluralidad de servicios turísticos en una misma operación y el viaje sobrepasa las 24 horas o como mínimo contiene una noche de estancia. No obstante, se diferencian en que en el *dynamic package* el operador turístico no tiene obligación de suministrar al viajero un folleto informativo teniendo en cuenta que las condiciones del viaje se conocen momentos antes de celebrarse el contrato, por eso no es posible aplicarle lo expresado en el artículo 152 y 153 del TRLGDCU. Otra diferencia que se puede observar es desde el

13 Esta característica la resalta MÁRQUEZ LOBILLO, P. 2011: «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos». *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, n.º 282: 235. No obstante, AURILOES MARTÍN. 2005: *Introducción al derecho turístico*, segunda edición. Ed. Tecnos, 143, considera que «en aquellos casos en que los viajes se hacen “a medida” del consumidor [...] pudiera no tratarse ya de un contrato sometido a condiciones generales de la contratación».

14 Por ejemplo, para la contratación del transporte aéreo, el viajero puede escoger libremente la aerolínea, la clase (turista o ejecutiva), las fechas de salida y regreso, etc. Si lo que desea contratar es un alojamiento, puede escoger entre hotel, hostel o apartamento; en caso de escoger el primero tiene libertad para reservarlo a pensión completa o media pensión, cerca del centro de la ciudad o en algún lugar específico (por ejemplo, cerca de Disneyland París), etc.

punto de vista de los sujetos facultados para ofrecer y vender un paquete dinámico. Conforme a lo expresado en el artículo 151.2 TRLGDCU, para la celebración de un contrato de viaje combinado es imprescindible que una de las partes contratantes sea una agencia de viajes, en cambio, como se vio anteriormente, para la adquisición de un paquete dinámico, el viajero puede contratar con los proveedores directos del servicio siempre que exista asociación entre estos. (Más adelante se verá cómo es su régimen de responsabilidad).

De igual forma, cuando el viajero adquiere un paquete dinámico a través de una agencia de viajes *on line*, varía el régimen de responsabilidad de esta. Como ya se dijo, para la proyección, elaboración y organización del viaje no interviene un tour operador, sino es el propio viajero quien cumple estas funciones<sup>15</sup>. En el proceso de venta solo interviene una agencia (la titular del portal web) y no dos como ocurre normalmente en la adquisición de un viaje combinado. Al no haber actuación de un tour operador o agencia mayorista no va a ser posible aplicar el párrafo segundo del artículo 162 TRLGDCU que consagra la responsabilidad solidaria. Por eso, en caso de presentarse incumplimiento en la prestación de alguno de los servicios, el viajero solo podrá reclamar la responsabilidad a la entidad que le proporcionó la plataforma para confeccionar su viaje.

La DVC y el libro IV del TRLGDCU se redactan con el objetivo de equilibrar la posición contractual del turista con los operadores turísticos<sup>16</sup>, para ello fijan niveles mínimos de protección como la facultad de resolución del contrato por causa imputable al organizador o la cancelación del viaje sin dar justificación alguna, entre otros. Lo que caracteriza a estas normas es su finalidad consumerista o *pro consumatore*. En este sentido, se considera que calificar al paquete dinámico de turismo como una forma de viaje combinado es la opción que más se adecua a dicha finalidad.

En efecto, la obligación de la agencia de viajes *on line* no sería considerada de medios sino de resultado, de tal suerte que esta deberá responder tanto por sus propios

15 CAVANILLAS MÚGICA. 2013: «Nuevas formas de promoción y contratación de servicios turísticos en Internet». En A. Paniza Fullana (coord.): *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: Subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Ed. Comares, 14, señala, además, que: «Los paquetes dinámicos no son preparados por una agencia mayorista, ni utiliza medios propios de estas, como los vuelos chárter, sino por la propia agencia minorista, empleando vuelos regulares».

16 Como apunta ALCOVER GARAU. 1999: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232: 687 y ss., el nacimiento de la DVC se debió a que «La agencia de viajes que organizaba al viaje combinado solía entender que era una simple representante de los empresarios [...] que presentaban materialmente sus servicios a los consumidores turísticos y, en tanto [...] no era responsable de la falta de prestación o de la defectuosa prestación de los mismos», y también porque sucedía con mucha mayor frecuencia de la deseable que ésta (la agencia de viajes) modificaba significativamente el mismo (el viaje combinado) o lo cancelaba sin previo aviso» (paréntesis mío).

incumplimientos como por los del proveedor directo del servicio que se valga para cumplir con lo pactado. A su vez, la información suministrada por la agencia deberá ser mucho más amplia y detallada que cuando vende un servicio turístico de forma aislada. Por último, el viajero tendrá la posibilidad de ceder la reserva sin coste alguno (art. 155 TRLGDCU)<sup>17</sup> y, además, podrá resolver el contrato unilateralmente antes de su ejecución de forma más garantista que cuando contrata un servicio suelto por un medio a distancia<sup>18</sup>.

El artículo 151 TRLGDCU entiende por viaje combinado «la combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia». En principio, hay dos requisitos que el paquete dinámico de turismo no cumple: la combinación previa y el precio global (cuando los servicios son contratados con cada uno de los proveedores pero existe un vínculo comercial entre estos).

En cuanto a la «combinación previa» no hay unanimidad en la doctrina para considerarlo como un elemento de la esencia del contrato de viaje combinado. Algunos autores entienden que sí es un elemento *sine qua non* y califican como una modalidad de servicios sueltos los viajes que el turista confecciona a su medida; el fundamento de esta exclusión se debe a que, en primer lugar, el consumidor adquiere de forma autónoma las prestaciones, independientemente de que el viajero haya adquirido una pluralidad de servicios turísticos<sup>19</sup>. Y, en segundo lugar, porque cuando el viajero organiza el viaje valiéndose de una agencia de viajes, esta no se compromete a un resultado sino que actúa como mera intermediaria<sup>20</sup>.

17 Facultad que no es posible ejercitar, por ejemplo, cuando se contrata un transporte aéreo debido a que las aerolíneas acostumbran a cobrar una penalización.

18 De acuerdo con el artículo 93.k TRLGDCU, si el consumidor se vale de un medio a distancia para contratar un servicio de transporte no tendrá derecho a desistir, en consecuencia, existe la posibilidad de renunciar a este derecho por pacto entre las partes. Además, como afirma CAVANILLAS MÚGICA: «El consumidor podría desistir de uno solo de ellos y no de los demás, mientras que en un viaje combinado el desistimiento es total». *Op. cit.*, 15.

19 Así se refiere MARTÍN OSANTE, J. M. 2010: «Informe, contenido y modificación de los contratos de servicios turísticos». *Diario La Ley*, 7 de enero de 2010, n.º 7315: 3, cuando señala que: «Si quien lleva a cabo la combinación previa de los elementos que integran el viaje es el consumidor ya no sería un viaje combinado [...] *el consumidor está adquiriendo aquí una pluralidad autónoma de prestaciones (servicios sueltos) y no un producto unitario como es el viaje combinado*» (cursiva mía). Por su parte, GÓMEZ CALLE. 1998: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Ed. Civitas S. A., 73, considera que «Cuando es el viajero quien elige las concretas prestaciones [...] no hay contrato viaje combinado porque, pese a concurrir varias prestaciones de viaje, *la agencia no ha realizado tarea alguna de coordinación u organización previa entre ellas*» (cursiva mía). De forma similar entiende ALCOVER GARAU, *op. cit.*, 691.

20 Al respecto, DE LA HAZA DÍAZ. 1997: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 88, señala: «Queda excluido el contrato que se construye entre agencia y cliente

En cambio, otro sector de la doctrina considera que para predicar la existencia de viaje combinado basta con que el ofrecimiento y/o venta de los servicios turísticos se realice como un conjunto unitario, independientemente de quien haya sido el sujeto encargado de su confección u organización. De esta manera, incluyen los viajes confeccionados por el consumidor como viaje combinado a pesar de lo expresado en el artículo 151 TRLGDCU<sup>21</sup>.

Como puede observarse, la expresión «combinación previa» genera actualmente grandes problemas de interpretación que, dicho sea de paso, fueron contemplados previamente en el Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE, SEC (1999) (en adelante, informe de transposición). El Parlamento Europeo, junto con el Comité Económico y Social, consideraron excesiva la restricción adoptada en la propuesta original de la Directiva de aplicar únicamente las combinaciones ofrecidas «mediante los folletos u otras formas de publicidad, generalmente al público» y la frase en cuestión no se suprimió.

De los dos enfoques señalados se considera más acertado el segundo, puesto que no solo es el que más se ajusta con la finalidad *consumerista* de las normas protectoras de los viajeros, sino también porque es el que va en consonancia con la doctrina jurisprudencial del TJUE y de las Audiencias Provinciales españolas.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2002 (Club-tour, asunto C 400/00)<sup>22</sup> determinó que el concepto de viaje combinado «abarca necesariamente aquellos supuestos en los que la combinación de servicios turísticos resulte de los deseos manifestados por el consumidor hasta el momento en que las partes llegan a un acuerdo y celebran el contrato». En este supuesto fáctico el tribunal hace una interpretación amplia de la DVC y utiliza criterios basados en un nivel elevado del consumidor con el fin de otorgarle a este la protección más alta posible. Argumenta que para que

---

cuando éste ha sido el que lo ha ideado y proyectado [...] porque no se trata de un viaje combinado "normal", que es un contrato en que la agencia se compromete a un resultado, sino un contrato de intermediación...» (cursiva mía).

21 Esta es la opinión mayoritaria sobre la materia; los autores que la defienden son: PENDÓN MENÉNDEZ, M. A. 2001: «Viajes combinados». En G. Botana García (coord.): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Ed. La Ley, 900. AURIOLAS MARTÍN, A. 2005: *Introducción al derecho turístico. Derecho privado del turismo*, 2.<sup>a</sup> ed. Ed. Tecnos, 143. MÁRQUEZ LOBILLO, *op. cit.*, 235. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. 2008: «¿Nueva regulación de los viajes combinados? *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, n.º 269: 1067. SOLER VALDÉS-BANGO, A. 2005: *El contrato de viaje combinado*. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi, 157.

22 El supuesto de hecho de este asunto se centra en un derecho de desistimiento ejercido por un turista después de haber empezado la ejecución del viaje, a raíz de las defectuosas condiciones en que se encontraba el hotel contratado. Club tour demanda al viajero negando la aplicación de la DVC por cuanto entiende que no se cumple con el requisito de combinación previa al haber sido él quien organizó el viaje.

pueda hablarse de un viaje combinado es suficiente con que la combinación de los servicios turísticos sea vendida por un precio a tanto alzado y versen sobre dos de los tres tipos de prestaciones señaladas en el concepto de viaje combinado. Asimismo, señala que la DVC no exige que la iniciativa en la elaboración del paquete sea fruto de una propuesta de la agencia al consumidor.

En España, las Audiencias Provinciales también han prescindido de la combinación previa como elemento esencial del contrato de viaje combinado, dotando de tal carácter a los paquetes confeccionados a la medida del turista. De esta manera, la SAP de Cantabria de 8 de marzo de 2007<sup>23</sup> señala que «cuando se hizo la contratación no existían plazas en paquetes turísticos [...] En el presente caso tanto el alojamiento como los servicios ofrecidos (viaje en helicóptero, visita a las cataratas del Niágara) se ofrecieron por un precio global [...] por ello debe considerarse como un viaje combinado». Por su parte, la SAP de Córdoba del 24 de febrero de 2004<sup>24</sup> afirma que

si bien es cierto que no se trataba de un viaje combinado estandarizado de los que usualmente se ofrecen al mercado por medio de un folleto preconfeccionado al que el consumidor presta su completa adhesión, sino de un específico viaje encargado por un singularizado grupo de submarinistas que tenían unos propios objetivos acordes a su afición, no por ello queda relevada la agencia de viajes apelante en su condición de organizadora.

También se ha señalado que podría haber «combinación previa» de los servicios turísticos cuando la agencia de viajes recoge dentro de su portal web el conjunto de ofertas existentes<sup>25</sup>. No se comparte este razonamiento. En mi opinión, dicha labor existe desde el momento en que el viajero hace un estudio de las ofertas y escoge la que él considere más conveniente, de la misma forma como hace el tour operador cuando organiza el viaje combinado. La agencia de viajes no organiza, ni confecciona nada, simplemente recolecta la mayor cantidad de ofertas disponibles en el mercado para brindarle al turista un mayor margen de selección.

Conforme lo anterior, la nueva Directiva debería suprimir del concepto de viaje combinado el adjetivo «previo» no solo porque está demostrada su superfluidad, sino, además, porque al suprimirse quedarían regulados los paquetes dinámicos de turismo y se acabaría con la indeterminación jurídica en la que se encuentran hoy día<sup>26</sup>. Pre-

23 JUR\2008\53568.

24 JUR\2004\105771.

25 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1069.

26 GÓMEZ CALLE: «Entorno a una posible revisión...», 392, considera que «probablemente fuera más clarificador prescindir del adjetivo previo en la definición del viaje combinado». Además, MARTÍNEZ ESPIN («Contrato de viaje combinado [artículo 150 a 165 TRLGDCU]»), en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/3.pdf>, 2) señala que: «la expresión “combinación

cisamente esta es la línea adoptada en la Propuesta de 2013, que en su artículo 3.2 define viaje combinado como

la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación si esos servicios son organizados por un operador, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que celebre un contrato por la totalidad de los servicios [...].

Respecto del requisito de «precio global», cabe señalar que tampoco es un elemento esencial del contrato de viaje combinado, ya que de acuerdo con el artículo 150 TRLGDCU «la facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este libro»<sup>27</sup>, es más, dentro de la noción de la propuesta de Directiva tal requisito no se aprecia (como no podía ser de otra forma) puesto que, de lo contrario, se dejarían sin regulación los servicios contratados con cada uno de los proveedores cuando estos hayan sido adquiridos en único punto de venta en el mismo proceso de reserva, los anunciados o vendidos como viaje combinado, etc.<sup>28</sup>.

En orden a todo lo anterior se concluye que un paquete dinámico debe ser calificado como una modalidad, eso sí, más moderna, de viaje combinado cuyo régimen aplicable debe ser el establecido en el título IV del TRLGDCU. Sin embargo, dadas las particularidades que presenta esta nueva modalidad de contratación deben ser matizados algunos de sus preceptos.

---

previa" resulta artificial, de significado y efectos confusos, por lo que podría ser eliminada». Al igual que PENDÓN MENÉNDEZ. «Viajes combinados...», 890.

27 De hecho, en el informe de transposición ya se señalaba su carácter meramente orientativo (epígrafe 1.2.1). Los autores que no consideran esencial la globalidad del precio son: GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 77; AURIOLÉS MARTÍN, *op. cit.*, 145. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 150. En cambio, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 82) entiende que «el precio global del viaje sigue siendo un elemento esencial del contrato de viaje combinado, porque este precio global es un dato más para definir como un todo unitario los distintos elementos que componen el viaje, aun cuando el legislador permita que se especifique cuánto cuesta al cliente cada uno de los diferentes que componen el viaje».

28 No obstante, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (*op. cit.*, 1069) considera que «la supresión de este requisito, de precio único, para incluir todas las modalidades de combinaciones dinámicas [...] si se admitiera sin ningún tipo de reservas que quien contrata la realización de un viaje mediante la yuxtaposición de servicios sueltos adquiridos de forma independiente, por el hecho de utilizar como punto de salida la web de una agencia de viajes» generaría una responsabilidad desproporcionada de esta. A ello se responde señalando que, en este supuesto, no habría paquete dinámico de turismo. Como ya se dijo, esta forma de contratar se considera una contratación de servicios sueltos, por tanto, frente al consumidor el único responsable por el incumplimiento de algún servicio será su proveedor directo.

## 2. PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE PAQUETES DINÁMICOS

### 2.1. Operador

A quien vende un paquete dinámico se le denomina operador turístico, esto es, «cualquier persona que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión»<sup>29</sup>. Este puede ser una agencia de viajes o, también, un proveedor de servicios turísticos (aerolíneas, hoteles, arrendadores de coches, etc.). No obstante, uno y otro tendrán la calidad de parte contractual dependiendo de la forma como el turista contrate el paquete dinámico.

Cuando el turista adquiere un paquete contratando directamente con una agencia de viajes *on line*, es esta quien únicamente será parte contractual, independientemente de que se valga de medios propios o de la intervención de un proveedor de servicios para ejecutar el contrato. Si bien el proveedor directo de los servicios se involucra en el cumplimiento de la obligación principal que dimana del contrato, lo hace de forma indirecta debido a que entre este y el consumidor no existe relación jurídica alguna<sup>30</sup>. Por lo tanto, la agencia de viajes es quien deberá responder por la no prestación o la defectuosa prestación de alguno de los servicios contratados.

En cambio, si el viajero adquiere una pluralidad de servicios celebrando contratos separados en el portal web de cada uno de los proveedores del servicio<sup>31</sup>, pero lo hizo en un único punto de venta en el mismo proceso de reserva, los servicios fueron facturados a un precio global, anunciados y/o vendidos como paquete dinámico o adquiridos a través de procesos de línea conexos en los que el nombre del consumidor se transfieren entre estos, será parte contractual cada proveedor.

De otra parte, en Internet operan tanto agencias de viajes tradicionales que prestan sus servicios en forma electrónica a través de un portal web<sup>32</sup>, como agencias puramente virtuales<sup>33</sup>. Para que estas últimas puedan operar requieren, como cualquier otra agencia de viajes, prestar una fianza y contratar un seguro para poder identificarse como tal en Internet<sup>34</sup>. Además, las nuevas tecnologías también les permiten agruparse

29 Propuesta de Directiva artículo 3.

30 Sin embargo, como afirma DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 211) no se trata de un tercero cualquiera sino de un «tercero cualificado».

31 Para ello el proveedor de servicios deberá cumplir las obligaciones de información señaladas en los artículos 10 y 27 de la LSSI.

32 Viajes El Corte Inglés o Halcón Viajes.

33 Despegar.com, opodo.es e dreams, travel genio o mucho viaje.

34 Para ampliar sobre este tema véase: BATUECAS CALETRÍO, A. y APARICIO VAQUERO, J. P. 2013: «La contratación on line de servicios turísticos». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas*

en portales web verticales que se componen de buscadores y otros servicios vinculados a las agencias que los integran<sup>35</sup>.

Es de suma importancia para un empresario obtener la identificación de agencia de viajes, ya que, de acuerdo con el artículo 151.2 TRLGDCU, estas entidades son las únicas facultadas para vender viajes combinados (entiéndase también paquetes dinámicos de turismo). Sobre este punto, algunos proveedores directos de servicio, concretamente las aerolíneas, aprovechándose del vacío jurídico en el que se encuentra la materia, utilizan su portal web para ofrecer y vender paquetes «vuelo + hotel». Ello es posible siempre y cuando las aerolíneas se constituyan como un consolidador aéreo<sup>36</sup>, sin embargo, tal calidad no la tienen, por tal motivo, deben considerarse nulos de pleno derecho estos contratos al contrariar norma imperativa (artículo 6.3 CC)<sup>37</sup>.

## 2.2. Viajero

El viajero es toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado bajo la forma de paquete dinámico, incluidos los viajeros de negocios en la medida en que no viajen sobre la base de un contrato marco con un operador especializado en la organización de viajes de negocios<sup>38</sup>.

Conforme a lo señalado en el artículo 155 TRLGDCU el viajero tiene derecho a ceder gratuitamente su reserva en el viaje a una persona que reúna todas las condiciones requeridas con una antelación mínima de 15 días. Para ello deberá comunicar al operador por un medio similar al contratado (correo electrónico) dicha intención. Una vez se cumplan con estos presupuestos el cedido pasará a ser parte en el contrato y en consecuencia pasa a ostentar todos los derechos y obligaciones que deriven de aquel; este, a su vez, podrá ceder la reserva siempre que cumpla con los presupuestos señalados anteriormente. Para la formalización de la cesión no se requiere la aceptación por parte del operador, esto es, basta con que este conozca o deba conocer la comunicación del viajero cedente.

---

*de comercialización on line de servicios turísticos: Subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad.* Granada: Ed. Comares, 54.

35 Así se refieren BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, 55.

36 Un consolidador aéreo es una agencia de viajes virtual que vende billetes de diversas compañías aéreas, después de adquirirlos al por mayor a cada una de éstas.

37 El tenor de este artículo es el siguiente: los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

38 Propuesta de Directiva artículo 3.6.

## 2.3. Metabuscadores

Un metabuscador es un sistema que localiza información en varios motores de búsqueda y en las bases de datos de las agencias de viajes y proveedores, conforme a unos parámetros señalados por el turista; finalizada esta labor, muestra los resultados obtenidos y una vez el turista selecciona la oferta más conveniente, inmediatamente después se abre una ventana en la que se le informa al usuario que el portal se está remitiendo a la página web de la agencia o proveedor<sup>39</sup>. Como puede observarse, su finalidad consiste únicamente en facilitar la búsqueda de servicios y no en la celebración de ningún tipo de contrato, por tanto, en ningún caso puede considerarse parte contractual del contrato que posteriormente celebren consumidor y agencia o proveedor.

## 3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN EL PAQUETE DINÁMICO DE TURISMO

Adicional al problema de la calificación jurídica, los paquetes dinámicos de turismo generan confusión sobre la responsabilidad de los operadores turísticos. No se tiene clara, sobre todo, la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* cuando vende un paquete «vuelo + hotel» a través de su portal web. En la práctica, los supuestos más comunes generadores de responsabilidad son: soportar largos tiempos de espera por los retrasos en los vuelos, pérdida de las reservas de hotel y servicios de calidad menor a la ofertada sin que nadie responda<sup>40</sup>. Por ello, para dar claridad a la materia, en las siguientes páginas se estudiará la responsabilidad de los sujetos que participan en la ejecución de un paquete dinámico (en especial la de las agencias de viaje).

### 3.1. Incumplimiento de las prestaciones por parte de la agencia de viajes *on line*

Al hacer un estudio de las condiciones generales establecidas por las agencias de viajes *on line* para los productos «vuelo + hotel» se pudo establecer que estas entienden su actuación como de mera intermediación y le atribuyen toda la responsabilidad al proveedor por la no prestación o mala prestación de alguno de los servicios<sup>41</sup>.

39 BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO, *op. cit.*, 56.

40 Estos fueron algunos de los problemas determinados en el *Study on consumer Detriment in the area o Dynamic*, 56.

41 Es más en el sumario de conclusiones II (p. 5) propusieron a la Comisión Europea declarararlo como único responsable por el incumplimiento del paquete dinámico.

De acuerdo con lo señalado en el primer epígrafe de este escrito, calificar al paquete dinámico como una modalidad de viaje combinado y no como una forma más ágil de contratar servicios sueltos, es la solución que se ajusta más a la finalidad consumerista de la DVC y el TRLGDCU. La doctrina es unánime en considerar al viaje combinado como un contrato de obra puesto que su objeto está determinado por la combinación de los distintos servicios de viaje que integran el paquete y no por cada uno de estos en sí mismo considerado<sup>42</sup>. Quien vende un viaje combinado tiene el deber de ejecutar la totalidad de las prestaciones que lo integran, independientemente de que se valga de medios propios o ajenos para hacerlo. El deudor (agencia) se obliga a conseguir un resultado, ejecutar los servicios al acreedor (viajero) conforme a los términos pactados. Por ende, cuando una agencia de viajes *on line* vende una pluralidad de prestaciones al mismo tiempo y en una misma operación no actúa como una simple mediadora, sino que se compromete a suministrar la totalidad de los servicios turísticos que componen el paquete, debiendo responder ante cualquier incumplimiento. Igualmente, se considera abusiva toda cláusula que la excluya de cumplir con esta responsabilidad (artículo 86.3 TRLGDCU)<sup>43</sup>.

De acuerdo con el artículo 161 del TRLGDCU

en el caso de que, después de la salida del viaje, el organizador no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, adoptara las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado,

42 Así se refieren: GÓMEZ CALLE. *El contrato de viaje combinado...*, 98. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 177. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 85 a 92. ALCOVER GARAU, *op. cit.*, 692. PASTOR SEMPERE, *op. cit.*, 102. AURIOLES MARTÍN, A. 1992: «La directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje». *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206: 847.

No obstante el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de julio de 2001 (RJ\2001\8411) llegó a señalar que la naturaleza jurídica de este último contrato era propia de una compraventa, al afirmar que «la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista».

43 Un ejemplo de exclusión de responsabilidad es el siguiente: dentro del apartado titulado «CONDICIONES DEL VIAJE DE VUELTO + HOTEL» una agencia de viajes *on line* establece: «El transporte realizado en virtud de este contrato está sujeto a las normas y limitaciones relativas a la responsabilidad establecidas en el Convenio de Varsovia a menos que el transporte no sea “transporte internacional” según lo define dicho convenio». Esta norma efectivamente se aplica, pero únicamente cuando se contrata de forma independiente el transporte. Si se adquiere un viaje combinado servirá únicamente para delimitar el alcance de los daños que debe resarcir la agencia de viajes a la persona que los sufra (artículo 162. 3 TRLGDCU). Además, es tan clara la intención de librarse de toda responsabilidad que la disposición a la que se refiere la condición transcrita es el capítulo III, cuyo tenor señala que el único responsable de los daños sufridos tanto en el equipaje como en la persona es el transportista.

sin suplemento alguno de precio para el consumidor y usuario, y en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas.

El precepto hace referencia a «una parte importante de los servicios previstos en el contrato», ello quiere decir que no todo incumplimiento entre lo acordado y lo ejecutado puede considerarse incumplimiento contractual<sup>44</sup>; los meros inconvenientes o molestias de escasa entidad deben ser soportados por el turista<sup>45</sup>. Para delimitar cuándo estamos ante un incumplimiento o ante una simple molestia es necesario acudir al caso concreto, sin embargo, algunos precedentes jurisprudenciales de las AP permiten establecer una línea delimitadora. Para los supuestos del transporte, la SAP de Valencia de 6 de julio de 2005<sup>46</sup> señaló que la espera «de un avión para repostar durante una hora y media [...] no puede catalogarse sino mera inconformidad propia del largo trayecto aéreo». En cambio, la SAP de Madrid de 2 de abril de 2008<sup>47</sup> consideró incumplimiento del contrato el retraso de 25 horas de un vuelo Madrid-Cancún. En los casos de alojamiento, la SAP de Valladolid de 11 de julio de 2007<sup>48</sup> observó indebida prestación del servicio los cortes de luz y agua en el hotel; de igual forma, la SAP de Madrid de 16 de enero de 2007<sup>49</sup> determinó que la falta de suministro de agua caliente en el baño de la habitación constituye una ejecución defectuosa del servicio<sup>50</sup>.

El viajero tiene a su cargo la obligación de comunicar (por cualquier medio) a la agencia de viajes la no prestación o cumplimiento defectuoso de algún servicio (artículo 154.1.n), con el objeto de que esta última tenga la posibilidad de adoptar las

44 GÓMEZ CALLE («Libro IV. Viajes combinados...», 1367) señala que: «el incumplimiento debe revestir de cierta entidad [...] de modo que no basta con que afecte a un servicio o a una parte de un servicio de escasa de relevancia», de igual forma se expresa PENDÓN MENÉNDEZ, «Viajes combinados...», 920. Por su parte, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 184) dice que el incumplimiento debe ser grave.

45 SOLER VALDÉS-BANGO (*op. cit.*, 319) afirma que el principio de buena fe en las relaciones contractuales es la razón por la que el viajero está obligado a soportar estas molestias. Además, GÓMEZ CALLE (*El contrato de viaje combinado...*, 285 y ss.) ofrece algunos criterios para determinar cuándo se está ante una mera molestia, estos son: a) las deficiencias que resultan ser de escasa importancia si se las compara con la prestación en su conjunto (por ejemplo, la falta de aire acondicionado en los aseos públicos del hotel); b) las molestias que el viajero padece sólo por su especial sensibilidad o susceptibilidad (dolores de espalda por largos recorridos en un tour); c) fenómenos e imponderables de la naturaleza y de las características del medio ambiente en la zona a visitar (playas llenas de gente); d) las incomodidades inherentes al turismo de masas y a lo que es habitual en el país donde se desarrolla el viaje (la gastronomía).

46 RJ\2005\276630.

47 AC\2008\1019.

48 JUR\2008\43198.

49 JUR\2007\159213.

50 Para más ejemplos véase GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1366-1367.

soluciones respectivas. La ausencia de notificación genera al viajero que contrata un viaje combinado la dificultad de probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el incumplimiento. Como afirma DE LA HAZA DÍAZ «de ninguna manera puede interpretarse esta obligación como requisito previo y necesario para poder ejercitar la acción judicial demandando la responsabilidad de la agencia»<sup>51</sup>, por ello, más que una obligación, esta comunicación supone una carga para el turista<sup>52</sup>.

Sin embargo, esta consecuencia no es la misma cuando se contrata un paquete dinámico de turismo. En la propuesta de Directiva se contempla la posibilidad de establecer la notificación del incumplimiento como requisito previo y necesario para poder solicitar daños y perjuicios, si la agencia ha informado de forma clara y explícita tal situación en el contrato (artículo 12.3.b). En mi opinión, es una disposición acertada puesto que cuando se contrata un paquete dinámico la agencia de viajes *on line* adopta una posición pasiva en el viaje, esto es, ya no es ella la encargada de llevar a cabo el desarrollo del mismo (valiéndose de guías turísticos), sino que su labor se limita a responder por la correcta prestación de los servicios contratados. Además, como el turista es quien se encarga de llevar las riendas de sus vacaciones, le resulta más fácil comunicar cualquier incomodidad que a la agencia. Si se admite que la agencia sea la que debe buscar las soluciones sin antes haberse hecho una notificación sería ponerla en una posición muy gravosa, debido a los múltiples paquetes dinámicos que vende diariamente y que le impiden supervisar la ejecución de cada uno de estos.

Para que el viajero pueda cumplir con su obligación, la agencia de viajes *on line* debe suministrarle (en la información adicional) un número que le permita ponerse en contacto con ella en caso de presentarse algún problema durante el transcurso del viaje (artículo 156.b TRLGDCU). La información debe facilitarla por «escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia», pero, conforme al principio de equivalencia funcional, podrá cumplir con su deber remitiendo un correo electrónico a la cuenta suministrada por el turista en el proceso de contratación (por ejemplo, en el momento del envío del acuse de recibo). Asimismo, el viajero podrá dar cuenta del incumplimiento a la agencia de viajes remitiéndole un correo electrónico, que, a su vez, podrá utilizar como medio de prueba en caso de solicitar ante los tribunales los daños y perjuicios sufridos. En este evento, la agencia de viajes deberá acusar de recibo la recepción del mensaje.

Una vez el viajero haya notificado a la agencia de viajes *on line* o esta haya comprobado «que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en

51 DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 197.

52 En forma similar se refiere MARTÍN OSANTE, J. M. 2009: «Contrato de viaje combinado». *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, n.º 273: 1052. Sin embargo, GÓMEZ CALLE (*El contrato de viaje combinado...*, 236) considera que «la comunicación del defecto es presupuesto de la pretensión indemnizatoria contra el organizador y/o el detallista, a menos que la falta de comunicación no le sea imputable al consumidor».

el contrato», deberá tomar las medidas necesarias para la continuación del viaje que, en ningún caso, pueden suponer suplemento de precio alguno. Si ello ocurre está obligada a abonar al viajero las sumas pagadas (artículo 161.1 TRLGDCU)<sup>53</sup>. Por ello, en caso de que el servicio alternativo suministrado sea de mayor valor al primeramente contratado, la agencia tendrá que asumir el coste adicional. Ahora, si el servicio es de menor valor, no se proporciona o se suministra pero defectuosamente, debe abonar la diferencia al turista. Sin embargo, cuando el servicio alternativo resulte muy oneroso, la agencia puede optar por no suministrarlo, puesto que ello afectaría el carácter sinagmático del contrato<sup>54</sup>. Si opta por esta opción, deberá proporcionar al consumidor un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje. En todo caso, la agencia debe actuar diligentemente en la búsqueda de las soluciones de acuerdo con el artículo 161.3 TRLGDCU.

La carga de probar si el servicio prestado es de equivalencia igual o superior a la pactada corresponde a la agencia de viajes *on line* dado que esta tiene la disponibilidad absoluta de la prueba. Así lo determinó la SAP de Madrid de 29 de mayo de 2008<sup>55</sup>, cuando señala que:

Examinada la prueba obrante en autos debemos señalar que en el presente caso, y dado que la disponibilidad absoluta de la prueba está en manos de la mercantil recurrente, como mayorista, y no en las de los consumidores demandantes, correspondía a X acreditar que las características del vehículo en el cual se verificaron los transportes internos se correspondían con lo ofertado.

Por su parte, el viajero puede aceptar el servicio alternativo de forma expresa (comunicando la aceptación) o tácita (cuando continúa el viaje con las nuevas condiciones) sin que ello sea causa de impedimento para que, una vez finalizado el viaje, pueda reclamar la respectiva indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento (artículo 162.2 TRLGDCU).

Si las soluciones propuestas por la agencia de viajes no fueran aceptadas por el turista por «motivos razonables», la primera debe facilitarle al segundo el regreso al lugar de salida o a otro diferente cuando así lo pacten, sin perjuicio de la indemnización

53 En la SAP de Alicante de 1 de mayo de 1999 (AC\1999\5097) se obligó a la agencia de viajes a restituir las sumas abonadas por el viajero, a raíz del cambio de alojamiento. Así se expresa la Audiencia: «Por otra parte, el actor tiene derecho [...] a que no le cobren el suplemento por el cambio de hotel, lo que no respetó la demandada, como acreditan las pruebas testificales practicadas y la prueba de presunciones empleada por el juzgador de instancia».

54 De hecho, en la propuesta de Directiva se pretende señalar tal posibilidad en el artículo 11.2 que expresa lo siguiente: «Si cualquiera de los servicios no se presta de conformidad con el contrato, el organizador deberá subsanar la falta de conformidad, *salvo que ello resulte desproporcionado*» (cursiva mía).

55 JUR\2008\274732.

que proceda. Sobre este punto, en los últimos años algunos turistas adquirentes de paquetes dinámicos se han llevado la sorpresa de que la aerolínea que lo iba devolver a su lugar de origen suspendió las actividades de manera sorpresiva (sin notificar a los usuarios) por una declaración de concurso de acreedores<sup>56</sup>. Para resolver este problema, la propuesta de Directiva busca conferir al turista el derecho a que sea repatriado y a exigir la devolución de su dinero a la agencia de viajes o al transportista cuando alguno de estos se declare en quiebra (artículo 15).

### 3.2. Responsabilidad de la agencia de viajes on line

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 TRLGDCU, la responsabilidad de mayoristas y minoristas será la que corresponda a cada una por su ámbito respectivo de gestión, independientemente de que las prestaciones que conforman el viaje las deban ejecutar valiéndose de medios propios o ajenos; pero, si en la venta del viaje concurren ambas, son responsables de forma solidaria. Al mismo tiempo, dicho artículo establece una responsabilidad directa, siendo responsable de cualquier incumplimiento sin importar que acontezca dentro de su esfera de control.

Antes de pasar a determinar la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* cuando vende un paquete dinámico de turismo es preciso estudiar las dos formas posibles de contratar un viaje combinado.

En primera medida, para vender un viaje combinado no se requiere, necesariamente, la intervención de una agencia minorista. Cuando el tour operador posee un título licencia de mayorista-minorista, el consumidor puede adquirir el paquete contratando directamente con él. En este supuesto, no es posible atribuir una responsabilidad solidaria dado que solo hay intervención de una agencia de viajes. Solo opera la responsabilidad directa, que consiste en que la agencia de viajes responde frente al consumidor no solo por sus propias actuaciones, sino por la de los auxiliares utilizados para cumplir las prestaciones que conforman el paquete. La responsabilidad directa viene impuesta por el artículo 161.1 TRLGDCU cuando señala que «organizadores y detallistas [...] responderán frente al consumidor [...] con independencia de que estas (las obligaciones) las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios» (paréntesis mío). Como esta disposición se encuentra consagrada en una norma de derecho de consumo, goza de carácter imperativo. En consecuencia, será nula toda cláusula que limite o exonere la responsabilidad de la agencia.

56 Un ejemplo de esto se presentó en diciembre de 2009 cuando la aerolínea española Air Comet anunció su cierre ante la imposibilidad de pagar deudas millonarias. Ante esta situación los usuarios de esta aerolínea pasaron varios días en el aeropuerto tratando de viajar a su lugar de destino.

Lo anterior no es impedimento para que la agencia de viajes, una vez responda frente al viajero, inicie una acción de repetición contra el proveedor directo del servicio, si la causa del incumplimiento le es imputable a este último (artículo 161.1 *in fine*).

En segunda medida, cuando en la venta del viaje combinado intervengan conjuntamente una agencia mayorista y un minorista, la responsabilidad de ambas es, además de directa, solidaria<sup>57</sup>. Ello significa que el viajero va a poder reclamar la responsabilidad por el incumplimiento a cualquiera de las agencias intervinientes en el contrato, con independencia de quien haya sido el causante de este. Con la imposición de la responsabilidad solidaria se favorecen los intereses del viajero, porque no va a tener que verse obligado a la compleja labor de averiguar el ámbito de gestión de cada una de las agencias intervinientes (sobre todo cuando organizador y detallistas se encuentran en países distintos), sino simplemente, ante la presencia de una infracción, demandará a la que sea más solvente o a todas indistintamente<sup>58</sup>. También encuentra su justificación en que al momento de venderse el viaje lo determinante no es el grado de intervención de las partes, sino el efectivo cumplimiento del mismo conforme a que la obligación es de resultado.

Establecer el ámbito de gestión de cada agencia es importante a efectos de establecer a quién le es imputable la responsabilidad. Como afirma MARTÍN OSANTE, el ámbito de gestión «tendrá virtualidad práctica en el ámbito interno de las relaciones entre organizador y detallista [...] pero no frente al consumidor»<sup>59</sup>. Es decir, en el evento de que una agencia de viajes responda frente al consumidor y no haya sido la causante del incumplimiento podrá iniciar la correspondiente acción de repetición al verdadero infractor.

57 A partir de lo consagrado en el artículo 161. 2, se cerró un largo debate que existía en la doctrina, sobre si la responsabilidad en el viaje combinado era solidaria o mancomunada. La causa de esa discusión era que el artículo 11 de la derogada Ley 21/1995 establecía que: «La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos». Para conocer las opiniones de los autores se inclinan por la responsabilidad solidaria, véase: SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 369 y ss. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 198 y ss. AURIOLES MARTÍN. *Introducción al derecho turístico*, 159 y ss. Para ver la opinión a favor de la responsabilidad mancomunada véase: GÓMEZ CALLE: *El contrato de viaje combinado...*, 79 y ss.

58 No obstante, esta regla impone a la agencia de viajes minorista una responsabilidad claramente desproporcionada debido a que esta actúa teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el organizador. Por ello, una solución intermedia en aras de proteger los intereses tanto del viajero como de la agencia minorista es atribuirle a esta última una responsabilidad solidaria solamente en los supuestos en que el organizador se encuentre domiciliado en un Estado diferente al que se celebró el contrato. A favor de esta posibilidad están: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 1074. ORTUÑO BAEZA, M. T. 2009: «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativas en la protección del consumidor turístico». *Práctica de Tribunales*, septiembre, 2009, n.º 63: 19.

59 MARTÍN OSANTE. *Contrato de viaje combinado...*, 1055.

Dicho lo anterior, ¿dentro de qué modalidad de contratación se puede encajar a los paquetes dinámicos? y ¿cuál es la responsabilidad de la agencia *on line* que los vende? Esta forma de contratar un paquete dinámico se asemeja mucho a la venta que hace el tour operador cuando tiene el título licencia para vender un viaje combinado. En efecto, cuando el viajero confecciona y compra su viaje a través de la página web de una agencia de viajes, no interviene ningún otro sujeto; solo intervienen él y la agencia titular del portal web. En ningún momento se hace una remisión a otro sitio web para contratar los servicios de viaje. Por tanto, se considera que la responsabilidad de la agencia de viajes *on line* es directa únicamente.

Esto último significa que, incumplido el contrato, nace para la agencia de viajes *on line* una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al viajero sin importar que el causante del daño haya sido ella o el proveedor directo de los servicios. Para ello, deben cumplirse dos presupuestos: 1) el daño sufrido por el consumidor debe ser consecuencia de un incumplimiento contractual; y 2) el incumplimiento debe ser imputable a la agencia de viajes o al proveedor del servicio. En este sentido, la agencia de viajes no tendrá que responder si no se cumplen alguno de estos dos presupuestos o si consigue probar que la infracción se debió algunas de las causales señaladas en el art. 162.2 TRLGDCU.

*Daños indemnizables.* Cuando a raíz del incumplimiento de alguna de las prestaciones que componen el paquete dinámico el turista sufre un perjuicio surge para la agencia una obligación de reparar dos tipos de daños: corporales y morales. Respecto de la indemnización de los daños morales, ni la DVC ni el TRLGDCU contemplan expresamente su indemnización por parte de la agencia de viajes. No obstante, existe un precedente jurisprudencial en donde se establece esta posibilidad. Concretamente, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2002 (asunto C-168/00 Simone Leitner)<sup>60</sup> condenó al hotel donde se hospedó la demandante al pago de los daños corporales y morales como consecuencia de una intoxicación por la ingestión de un alimento servido en sus instalaciones. Las razones dadas por el TJUE tienen fundamento en el artículo 5 DVC que en su numeral segundo expresa «Por lo que respecta a los daños sufridos por el consumidor a causa de la no ejecución o mala ejecución del contrato, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga sobre el organizador y/o detallista...». Como el artículo no especifica qué tipo de perjuicio debe ser resarcido por la agencia de viajes, el Tribunal entiende que el

60 Los hechos de esta decisión se remontan al año 1997 donde la menor Simone Leitner resultó intoxicada por *Salmonella*. El siniestro se debió a causa de algunas comidas servidas en el hotel donde se hospedaba. Si bien la menor se recuperó de la enfermedad, tardó varios días después de concluido el viaje en hacerlo. Semanas después no solo la menor sino otros afectados presentaron un escrito de reclamación que en ningún momento fue respondido por el alojamiento. Por este motivo, su representante acudió a los Tribunales austriacos y entabló una demanda al hotel.

vocablo «daño» debe interpretarse de forma genérica, esto es, sin ninguna indicación limitativa. Además, el Tribunal señala que este tipo de daño lo reconoce implícitamente en el apartado 2 *in fine* del mismo artículo 5, cuando señala «por lo que se refiere a los daños que no sean corporales que resulten del incumplimiento». Por último, aclara que el concepto de daño corporal encierra una idea de indemnización de daño moral, ya que el primero no es solo el perjuicio causado a la integridad física de la persona, sino también el producido a la psiquis de la persona.

De igual forma, la obligación de indemnizar los daños morales por el incumplimiento de un viaje combinado (entiéndase paquete dinámico de turismo) es reconocida por la jurisprudencia menor española. Al respecto, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 de octubre de 2008<sup>61</sup> condenó a una agencia de viajes al pago de daños morales porque, teniendo conocimiento de la presencia de un huracán en el lugar donde se iba a desarrollar el viaje, no lo advirtió y ello terminó afectando un viaje de recién casados.

Por su parte, la doctrina es pacífica en aceptar el resarcimiento de los daños morales entendiendo que estos deben contemplarse como una frustración de las vacaciones (pérdida o demora de la entrega del equipaje, las consecuencias del *overbooking*, la existencia de graves deficiencias en la habitación del hotel, la falta de agua caliente, etc.)<sup>62</sup>.

Dada la unanimidad que existe sobre este punto, en el artículo 12.2 de la propuesta de Directiva se plantea positivar la indemnización de este tipo de daños, cuando se señala: «El viajero tendrá derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios del organizador por cualquier daño, incluso los daños morales, que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad».

### 3.3. Responsabilidad del proveedor directo del servicio

*Responsabilidad del proveedor directo del servicio frente al viajero por incumplimiento en la ejecución del paquete dinámico de turismo.* Cuando se confecciona y adquiere un paquete dinámico de turismo a través de varios portales web que se encuentran vinculados, los proveedores directos del servicio son responsables por cualquier incumplimiento contractual de forma solidaria. Esto se debe a que, a pesar de celebrarse contratos independientes, el turista termina obteniendo en conjunto una pluralidad de servicios turísticos después de que el propio portal web donde reservó el primer servicio de viaje lo remite a un nuevo portal, pero de diferente proveedor, para que adquiriera un servicio diferente. Los proveedores actúan unidos a un acuerdo

61 AC\2009\36.

62 Los autores que están a favor del resarcimiento del daño moral son: GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 244. AURIOLAS MARTÍN. *Introducción al derecho turístico...*, 161. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 242. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 405.

comercial, por eso si alguno no cumple o cumple defectuosamente lo lógico es que pueda demandarse a aquel con quien se realizó la compra del paquete dinámico (o a los dos solidariamente, que sería lo aconsejable). Además, así se garantizan los intereses del viajero sobre todo en el evento de que algún proveedor de servicios de viaje este domiciliado fuera de territorio español, pudiendo solicitar la reparación de los daños y perjuicios por el incumplimiento en un fuero que conoce más y le resulta más estimulante para reclamarlos.

Piénsese en el supuesto que el viajero, residente en España, contrata: el transporte con una aerolínea que tiene su domicilio en España y el alojamiento en el portal web de un hotel de Ámsterdam con domicilio en esta ciudad, al que previamente remitió el portal de la aerolínea. La entidad infractora es el hotel. Si no existiera una responsabilidad solidaria, el viajero debería demandar a dicha entidad en los tribunales holandeses, lo que implica que deba pagar honorarios a un abogado de ese país, llevar un proceso en un idioma que, tal vez, no conozca, etc., esas circunstancias generarían un claro desestímulo al viajero para reclamar los perjuicios y probablemente opte por no demandar, debiendo asumir él mismo los perjuicios. De igual forma, se estaría favoreciendo la comisión de abusos por parte de los proveedores del servicio domiciliados, al saber que, a pesar de incumplir el contrato, se liberarán de toda responsabilidad cuando el usuario sea un viajero extranjero.

Si el viajero contrata el paquete dinámico de turismo con una agencia de viajes *on line*, en principio, el proveedor de los servicios de viaje no es responsable por la no prestación o prestación defectuosa del servicio que le corresponde ejecutar. En efecto, como aquí el proveedor no es parte contractual, sino un tercero, el viajero no podrá demandarlo directamente para reclamar la indemnización. Sin embargo, algún sector de la doctrina afirma que ello es posible cuando el contrato entre la agencia de viajes y el proveedor de servicios se configure como una estipulación en favor de tercero (artículo 1257 CC)<sup>63</sup>. La estipulación en favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los contratos que consiste, básicamente, en que en una relación contractual las dos partes atribuyen un derecho a quien no ha manifestado su consentimiento en el contrato<sup>64</sup>. En el ámbito del paquete dinámico (también del viaje combinado), el beneficiario de esta cláusula sería el viajero que, en caso de aceptar expresa o tácitamente la atribución del derecho, estaría facultado para exigir el cumplimiento del contrato por la vía de la responsabilidad contractual. Las razones a favor de esta postura se basan en que: en primer lugar, entre el turista y el proveedor del servicio sí existe un vínculo jurídico «cuando la LVC art. 4.1.m (artículo 154. TRLGDCU)

63 SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 388.

64 La STS de 17 de febrero de 1977 define la estipulación en favor de tercero «como aquel que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño, que no ha formado parte de su conclusión».

dispone que el viajero, en su condición de titular del derecho de disfrute del viaje, debe comunicar cualquier incumplimiento al prestador de servicio correspondiente [...] en el supuesto de que sea persona distinta al organizador» (paréntesis mío); y, en segundo lugar porque el sistema español admite el contrato a favor de un tercero, por tanto, para afirmar o negar la existencia de esta estipulación debe interpretarse la voluntad de las partes <sup>65</sup>.

En mi opinión, la posibilidad de ejercitar una acción directa contra el proveedor directo de servicios no puede fundamentarse en un contrato en favor de tercero. En efecto, para que dicha estipulación tenga efectos jurídicos debe manifestarse clara y expresamente en el contrato celebrado entre agencia de viajes y proveedor de servicios, lo que, en la práctica, es bastante improbable que ocurra. Además, como afirman algunos autores, el TRLGDCU «no da ningún apoyo legal para configurar de esta manera el contrato entre organizador y prestador del servicio»<sup>66</sup>.

Una reclamación por parte del turista y dirigida contra el proveedor del servicio podría darse por la vía de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC<sup>67</sup>; para ello deberán demostrarse sus tres presupuestos: daño, dolo o culpa del agente y nexos causal entre estos. Asimismo, esta vía encuentra sustento en el artículo 147 TRLGDCU, donde se expresa que el prestador de servicios es responsable por los daños y perjuicios causados al consumidor salvo que compruebe, entre otros, los cuidados y diligencias exigidas para la naturaleza del servicio.

*Responsabilidad del proveedor directo del servicio frente a la agencia de viajes on line por incumplimiento en la ejecución del paquete dinámico de turismo.* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161.1 *in fine* TRLGDCU, la agencia de viajes *on line* tiene derecho a solicitar un reembolso de las sumas pagadas al viajero por concepto de indemnización, cuando el proveedor del servicio haya sido el verdadero causante del daño. La razón de la acción de reembolso es evitar que se presente un enriquecimiento injusto del proveedor, ya que en el momento en que la agencia de viajes *on line* paga al viajero por una causa imputable a él, está viendo empobrecido su patrimonio y, en cambio, el del primero sufre un incremento<sup>68</sup>.

Por último, el proveedor directo de los servicios se exonera de toda responsabilidad tanto frente a la agencia como frente al turista cuando demuestre que el incumplimiento se debió a fuerza mayor o caso fortuito.

65 SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 383.

66 GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1377.

67 Esta solución la dan también: GÓMEZ CALLE: «Libro IV. Viajes combinados...», 1378. DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 222. MARTÍN OSANTE. «Contrato de viaje combinado...», 1055. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 389.

68 Al respecto, DE LA HAZA DÍAZ (*op. cit.*, 222) señala que la «acción de reembolso en contra de la empresa en cuyo ámbito de actuación se produjo el incumplimiento; es, en el fondo, una acción para evitar el enriquecimiento injustificado».

### 3.4. Responsabilidad del viajero por la resolución del contrato de paquete dinámico de turismo

Otra de las ventajas de considerar al paquete dinámico como una modalidad de viajes combinados y no como una forma de contratación de servicios sueltos es que el turista adquirente del primero tiene la posibilidad de ejercitar la facultad consagrada en el artículo 160 TRLGDCU<sup>69</sup>. De acuerdo con esta disposición, el viajero tiene derecho a resolver el contrato con reembolso de todas las sumas abonadas, pero debe abonar a la agencia de viajes (entiéndase operador turístico) los gastos de gestión y los de anulación siempre que estén especificados en el contrato, más una penalización que se incrementará dependiendo de la proximidad a la fecha del inicio del viaje. A diferencia del derecho de desistimiento consagrado en el artículo 102 TRLGDC, la agencia de viajes (empresario) no debe suministrar documento alguno al turista (consumidor) y este, a su vez, no tiene plazo para ejercitarlo. Debido a estas diferencias, más que un derecho de desistimiento, cuando el turista contrata un paquete dinámico de turismo tiene una facultad de resolución del contrato, de ahí que el artículo 160 se titule «resolución del contrato por el consumidor y usuario».

La voluntad de resolver el contrato debe ser manifestada por el turista y comunicada al operador turístico, ya que, como afirma MARTÍN OSANTE, «el desistimiento producirá sus efectos desde que la agencia conozca o deba conocer tal decisión», siendo precisamente en ese instante cuando nace para el turista el derecho a que le sean devueltas las cantidades abonadas y donde, además, surge la obligación de compensar a la agencia<sup>70</sup>. En principio, dicha comunicación no está sometida a formalidad alguna, sin embargo, como la carga de probar su ejercicio pesa sobre el turista, lo más recomendable es que se haga por un medio semejante al contratado (por ejemplo, remitiendo un correo electrónico o directamente en el portal web de la agencia) siempre que quede constancia de la recepción.

69 En efecto, el artículo 93.k TRLGDCU establece que cuando una persona contrate por un medio a distancia (por ejemplo, por Internet) no puede desistir del contrato cuando el objeto del mismo verse sobre el transporte de pasajeros. En cambio, si contrata un servicio de alojamiento por medios electrónicos podrá desistir del contrato de acuerdo a los parámetros señalados en el artículo 102 TRLGDCU. Precisamente sobre este último punto la Ley 3/2014 fue quien otorgo tal facultad al consumidor ya que antes de la promulgación de esta, el artículo 93.2.b TRLGDCU rezaba el siguiente tenor: «La regulación establecida en este título (contratos celebrados a distancia) no será de aplicación a [...] los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada en un periodo concreto». Sobre el ejercicio de desistimiento en la contratación de servicios turísticos *on line* véase: MÁRQUES LOBILLO, *op. cit.*, 234 y ss.

70 MARTÍN OSANTE. «Contrato de viaje combinado...», 1047.

Tampoco es necesario que el turista señale el motivo por el que desea resolver el contrato, ni tampoco que utilice un lenguaje jurídico, simplemente debe poder deducirse su voluntad del documento remitido. Si lo que motivó al turista fueron circunstancias extraordinarias o inevitables originadas en el lugar de destino o en sus inmediaciones, que afecten de forma significativa al viaje (catástrofes naturales, actividades terroristas o acciones militares) no deberá pagar ningún tipo de compensación o penalización al operador, aunque, eso sí, deberá probar el motivo alegado<sup>71</sup>.

Las normas protectoras de los viajeros callan sobre la posibilidad de establecer como causa de fuerza mayor aquellas situaciones personales que sufre el viajero y que le impiden efectuar el viaje. La doctrina tampoco es unánime en considerarlas como causa para que el turista pueda resolver el contrato sin compensar a la agencia de viajes<sup>72</sup>. En mi opinión, deben considerarse como una causa justificada para dar por terminado el contrato porque, en este contexto, la fuerza mayor hace referencia a todas aquellas circunstancias que generan al viajero un desinterés en realizar el viaje<sup>73</sup>. ¿Qué interés tendría una persona en disfrutar de sus vacaciones cuando, días antes de su inicio, el estado de salud de su padre se agrava de forma inesperada y se encuentra a punto de fallecer; o cuando ella misma, días antes, sufre una enfermedad crónica que no la deja llevar su vida normal?, está claro que ninguno. Como único requisito, se debería exigir que el hecho sea imprevisible e insuperable.

Adicionalmente, el viajero tampoco tendrá la obligación de indemnizar a la agencia de viajes *on line* cuando antes de la salida del viaje esta modifique sustancialmente alguno de los elementos esenciales del paquete (artículo 158.2 TRLGDCU) o no confirme la reserva (artículo 159.2 TRLGDCU).

Como consecuencia de la resolución del contrato antes de iniciado el viaje, el artículo 160 TRLGDCU señala que el turista debe abonar al operador turístico los gastos de gestión y cancelación, si se incluyen en el contrato, más una penalización<sup>74</sup>. Los primeros se definen como aquellas expensas hechas por el operador confiando que el contrato se perfeccionaría. Con la imposición de esta indemnización se busca evitar

71 ALCOVER GARAU (*op. cit.*, 700) señala que la ausencia de toda compensación del consumidor a la agencia de viajes por esta circunstancia es excesiva.

72 GÓMEZ CALLE (*El contrato...*, 205) muestra su inclinación por esta postura de la siguiente manera: «La circunstancia imprevisible e inevitable que le impide al consumidor participar en el viaje puede ser de orden personal [...] o familiar». En cambio, SOLER VALDÉS-BANGO (*op. cit.*, 309) entiende que las circunstancias personales o familiares del viajero no pueden considerarse fuerza mayor «porque pertenecen, claramente, a la esfera de riesgos del viajero y, consecuentemente, deben ser asumidos por aquel». Para este autor, las agencias de viajes son las que deben decidir si estos hechos son motivo válido para resolver el contrato sin pagar ningún tipo de indemnización.

73 Así la definen GÓMEZ CALLE. *El contrato...*, 202. SOLER VALDÉS-BANGO, *op. cit.*, 307.

74 Recuérdese que en el derecho de desistimiento general, el consumidor puede dejar sin efectos el contrato sin tener que pagar ningún tipo de costes, ni penalización.

que la agencia se vea injustamente empobrecida y, por eso, deben ser compensados. No obstante, cuando se contrata un paquete dinámico en un solo portal web es casi imposible que se originen debido a que, antes de la contratación, la plataforma de la agencia de viajes *on line* no realiza ninguna actividad de contacto con los proveedores, solamente permite la combinación y compra de los servicios. Dicha gestión la hace, pero después de estar celebrado el contrato una vez el turista haya pagado la pluralidad de servicios.

Los que sí se podrían presentar son los gastos de cancelación en ambos casos (cuando el viajero contrata con una agencia o con cada proveedor), debiendo probar el operador turístico su efectiva producción puesto que es una sanción de carácter compensatorio<sup>75</sup>. De igual forma, se exige que previo a la contratación del paquete dinámico hayan sido informados y aceptados por el viajero<sup>76</sup>.

Respecto a la penalización, como su cuantía se encuentra determinada en la norma legal, la agencia de viajes no debe ni informarla y tampoco probarla. En este sentido, el turista debe abonar el 5% del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de 10 días y menos de 15 días de antelación a la fecha de comienzo del viaje; el 15% entre los 3 días y menos de 10 días, y el 25% dentro de las 48 horas anteriores a la salida del viaje; si no se presenta a la salida del viaje debe pagar el importe del total del viaje, salvo que las partes pacten cosa distinta. Cuando el consumidor resuelva el contrato faltando más de 15 días para el comienzo del mismo deberá abonar únicamente los gastos de gestión y anulación, salvo que el motivo haya sido por una circunstancia de fuerza mayor.

El viajero también puede dejar sin efectos el contrato de paquete dinámico una vez se haya empezado a ejecutar el viaje, no obstante, a esta resolución no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 160 TRLGDCU a pesar de la expresión *en todo momento*<sup>77</sup>. Por ello habrá que determinar el motivo de la resolución para establecer las consecuencias jurídicas: en primer lugar, si la causa de terminación se debe a un incumplimiento del proveedor de servicio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 161 TRLGDCU; en segundo lugar, cuando renuncia por un simple motivo personal no

75 De lo contrario, como afirman BATUECAS CALETRÍO y APARICIO VAQUERO (*op. cit.*, 77) «Su cuantía quedaría totalmente al albur del organizador y/o detallista, lo que es un resultado no deseado por la norma».

76 Así estableció la SAP de Gerona de 12 de febrero de 2008 al declarar improcedente la reclamación de los gastos de anulación de la agencia al viajero porque en el proceso no se demostró que «la información ofrecida por la agencia incluyera con el necesario detalle la penalización por desistimiento y, sobre todo, que existiera expresa aceptación por parte del actor de todo ello. Información y aceptación que eran especialmente necesarias en este caso pues el viaje se contrató para tres personas, siendo que quien acudió a la Agencia fue el hijo del demandado».

77 GÓMEZ CALLE. «Libro IV. Viajes combinados...», 1363.

constitutivo de fuerza mayor, el viajero deberá pagar los gastos en los que incurra la agencia para la cancelación de los servicios no ejecutados y además debe costear su repatriación; y, en tercer lugar, si es porque sobreviene una circunstancia de fuerza mayor tendrá derecho a que se le reembolse lo pagado por los servicios no prestados sin que deba pagar los gastos de cancelación y además que se le suministre un medio de transporte similar al contratado para su repatriación. Sobre este punto, no puede considerarse fuerza mayor la enfermedad sufrida (una fractura, por ejemplo) cuando esta no se deba a un incumplimiento por parte la agencia de viajes o los proveedores directos del servicio.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. 1999: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232: 687-702.
- AURIOLES MARTÍN, A. 1992: «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje». *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.º 206: 819-862.
- AURIOLES MARTÍN, A. 2005: *Introducción al derecho turístico. Derecho privado del turismo*. Madrid: Tecnos.
- BATUECAS CALETRÍO, A. y APARICIO VAQUERO, J. P. 2013: «La contratación on line de servicios turísticos». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares, 49-78.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. 2013: «Nuevas formas de promoción y contratación de servicios turísticos en Internet». En A. Paniza Fullana: *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares, 1-20.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. 1997: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ CALLE, E. 1998: *El contrato de viaje combinado*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ CALLE, E. 2011: «Libro IV. Viajes combinados (arts. 150 a 165)». En S. Cámara Lapuente: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 1291-1413.
- GÓMEZ CALLE, E. 2012: «En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado». En S. Cámara Lapuente y E. Arroyo Amayuelas: *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 385-418.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. 2008: «¿Nueva regulación de los viajes combinados?». *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, n.º 269: 1063-1075.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P. 2011: «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos». *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre, 2011: 209-242.
- MARTÍN OSANTE, J. 2010: «Información, contenido y modificación de los contratos de servicios turísticos». *Diario La Ley*, 7 enero, 2010, n.º 7315.

- MARTÍN OSANTE, J. M. 2009: «Contrato de viaje combinado: resolución y responsabilidades». *Revista de Derecho Mercantil*, 2009, n.º 273: 1041-1066.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. s. f.: «Contrato de viaje combinado (arts. 150 a 165 TRLGDCU)». <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/3.pdf>.
- ORTUÑO BAEZA, M. T. 2009: «La regulación de los viajes combinados por el TRLGDCU: novedades más significativas en la protección del consumidor turístico». *Práctica de Tribunales*, septiembre, 2009, n.º 63: 8-23.
- PASTOR SEMPERE, M. 2013: «Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación (TIC'S) y de las políticas de la Union Europea en materia de mercado interior y defensa de los consumidores en la contratación de viajes combinados». *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 288: 89-140.
- PENDÓN MENÉNDEZ, M. Á. (2001): «Viajes combinados». En G. A. Botana García: *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 881-924.
- SOLER VALDÉS-BANGO, A. 2005: *El contrato de viaje combinado*. Navarra: Thomson Aranzadi.



# **CRÓNICA DE LEGISLACIÓN**

(ENERO-JUNIO 2014)

**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*

Mercedes IGLESIAS BÁREZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL*

Javier LASO PÉREZ  
*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL*

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ  
*Profesora Titular de Derecho Penal. USAL*

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

Lourdes RUANO ESPINA  
*Catedrática de Derecho de Eclesiástico del Estado. USAL*

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

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

Estrella TORAL LARA  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. USAL*

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. Directivas sobre contratación pública: Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública [DOUE L 133, de 6-V-2014]; Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [DOUE L 94, de 28-III-2014], y Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión [DOUE L 94, de 28-III-2014], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
2. Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios [BOE n.º 25, de 29-I-2014], por Daniel TERRÓN SANTOS
3. Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada [BOE n.º 83, de 5-IV-2014], por M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
4. Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo [BOE n.º 85, de 8-IV-2014], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
5. Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española [BOE n.º 98, de 23-IV-2013], por Pedro CALERO PÉREZ
6. Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones [BOE n.º 114, de 10-V-2014], por Marcos M. FERNANDO PABLO

## CIVIL

---

7. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre [BOE n.º 76, de 28-III-2014], por José Ramón GONZÁLEZ CLAVIJO

## CONSTITUCIONAL

---

8. Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón [BOE n.º 148, de 19-VI-2014], por Marta LEÓN ALONSO

## EXTRANJERÍA

---

9. Reglamento 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas comunes en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa de las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [DOUE L 189, de 27-VI-2014], por Enrique SALA LEDESMA

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

10. Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses [DOUE L 111, de 15-IV-2014], por Isabel GIL RODRÍGUEZ

## INTERNACIONAL PRIVADO

---

11. Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición) [DOUE L 159, de 28-V-2014], por M.ª del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ

## INTERNACIONAL PÚBLICO

---

12. Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 [BOE n.º 27, de 31-I-2014], por Javier LASO PÉREZ
13. Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado [BOE n.º 74, de 26-III-2014], por Daniel GONZÁLEZ HERRERA
14. Acuerdo de diálogo político y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra parte, hecho en Roma el 15 de diciembre de 2003 [BOE n.º 117, de 14-V-2014], por Javier LASO PÉREZ

## MERCANTIL

---

15. Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial [BOE n.º 58, de 8-III-2014], por Ignacio MORALEJO MÉNENDEZ
16. Real Decreto 149/2014, de 7 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1335/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas en el registro comunitario y la oposición a ellas [BOE n.º 77, de 29-III-2014], por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO
17. Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión [DOUE L 173, de 12-VI-2014], por Juan ARPIO SANTACRUZ
18. Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 [DOUE L 173, de 12-VI-2014] y Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE [DOUE L 173, de 12-VI-2014], por Luis Alberto MARCO ALCALÁ

19. Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos [DOUE L 173, de 12-VI-2014], por Alfredo ÁVILA DE LA TORRE
20. Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L 173, de 12-VI-2014], por José Ramón BUITRAGO RUBIRA
21. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [BOE n.º 156, de 27-VI-2014], por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
22. Crónica de normativa de Banca y del Mercado de Valores (1.º semestre de 2014), por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

## **PENAL**

---

23. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal [DOUE L 130, de 1-V-2014], por M.ª Paula DÍAZ PITA

## **PROCESAL**

---

24. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal [BOE n.º 63, de 14-III-2014], por Lorenzo BUJOSA VADELL

**Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública [DOUE L 133, de 6-V-2014]; Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [DOUE L 94, de 28-III-2014], y Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión [DOUE L 94, de 28-III-2014]**

### **LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

El *Diario Oficial de la Unión Europea* publicó, los días 28 de marzo y 6 de mayo de 2014, las tres nuevas Directivas que regirán la contratación pública en Europa en los próximos años y que habrán de ser transpuestas al ordenamiento interno de los Estados miembros antes del 18 de abril de 2016. Nos estamos refiriendo a la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; a la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y a la más novedosa, al carecer de precedentes en la normativa comunitaria, Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión. Dichas Directivas han venido a sustituir a la [Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios](#) y a la [Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales](#).

Sin duda, un dato relevante que nos ayudará a comprender la trascendencia de esta reforma normativa es el que hace referencia al porcentaje que, en sí, supone la contratación pública –es decir, lo que las Administraciones públicas, empresas públicas, organismos autónomos, etc., demandan, solicitan o encargan a las empresas privadas– para el producto interior bruto (PIB) de la Unión Europea –el 18%–, aproximadamente unos 25.000 millones de euros anuales.

Así pues, el propósito de dichas Directivas no es otro que el de la creación de un nuevo espacio europeo de la contratación pública en el seno del mercado interior comunitario que se enmarca dentro de la conocida como Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Además, las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública abarcan no sólo la contratación de los denominados sectores clásicos y sectores excluidos, sino también la adjudicación de los contratos de concesión.

Con carácter general, podemos decir que el objetivo principal de las mismas es que, por vez primera, se establecen estándares comunes a todos los contratos públicos, incluidos los de concesión, con la finalidad de estimular la competencia efectiva y

de asegurar una mejor calidad y relación calidad precio cuando las autoridades públicas adquieran o contraten obras, servicios o bienes. Por otro lado, se pretende facilitar la participación y presentación de ofertas por parte de pequeñas y medianas empresas (PYMES). Por último, otra de las finalidades perseguidas es la de posibilitar el que los órganos de contratación puedan otorgar una mayor importancia a la calidad y a los aspectos medioambientales, sociales y a la innovación al llevar a cabo la adjudicación del contrato.

Evidentemente, las tres nuevas Directivas exigen una atención y análisis más exhaustivo al tratarse de textos normativos extensos y jurídicamente complejos, debiendo estar a la transposición concreta que lleve a cabo el legislador nacional. No obstante, de entre las muchas novedades que se recogen en las nuevas Directivas, podemos destacar, en este comentario, las siguientes:

En primer lugar, una de las pretensiones esenciales de esta nueva normativa europea es la de la mejora de la transparencia en la contratación pública, ya que se hace referencia a la misma en muchos aspectos o fases de aquélla. En efecto, se alude a la misma en los procedimientos de licitación en general y, específicamente, en el negociado, al regularse su publicidad o la necesaria documentación de sus fases o en el acceso a los expedientes, o en la toma de decisiones o, por último, en las subcontrataciones que se lleven a cabo.

En segundo término, se pretende lograr una mayor calidad de los contratos públicos. Así es como se ha adelantado, las nuevas Directivas aspiran a alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 para el crecimiento sostenible y una contratación medioambiental, social e innovadora. Para ello, las entidades adjudicadoras podrán elegir la oferta económicamente más ventajosa y al menor coste, tomando en consideración el ciclo vital de los costes asociados al bien, servicio u objeto del contrato. De hecho, el precio, aunque relevante, ha ido cediendo terreno a otros parámetros de selección, dado que, en la selección de prestaciones complejas, la determinación de la mejor oferta no suele venir dada fundamentalmente por el precio. Así pues, atendiendo al criterio de la oferta económicamente más ventajosa –o «MEAT», por sus siglas en inglés–, las autoridades públicas disponen en sus manos de un instrumento para otorgar más relevancia a la calidad, a las consideraciones medioambientales, a los aspectos sociales o a la innovación junto con el precio o el conjunto de costes asociados al objeto contractual.

En tercer lugar, las nuevas Directivas hacen una apuesta decidida por la reducción de la excesiva burocratización que soportan sus procedimientos. En consecuencia, se reduce la documentación requerida mediante el estandarizado Documento Único Europeo de Contratación, consistente en una declaración del empresario dirigida a asegurar que en él no concurre ninguna de las causas de exclusión, que cumple todos los requisitos para ser adjudicatario y que está en condiciones de acreditar toda la documentación pertinente en cuanto le sea requerida por el órgano de contratación

–documentación original, certificados y atestados–. De esta manera, los plazos de presentación de ofertas se reducen.

Como cuarta novedad, debe señalarse que el legislador europeo pretende la consolidación definitiva de la contratación electrónica. En efecto, salvo algunas excepciones, los medios electrónicos deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de contratación y, tras un periodo transitorio de 30 meses, una comunicación totalmente electrónica, lo cual implica la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación electrónica de las ofertas (Considerando 52 de la Directiva 2014/24). Con ello, pues, se pretende simplificar la publicación de los contratos y la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Por otro lado, en esta materia se introducen nuevos elementos como los catálogos electrónicos o la plena contratación electrónica para las centrales de compra. Por último, el plazo para que este sistema de contratación electrónica se halle completamente implantado en las legislaciones de los Estados miembros de la UE será de 54 meses desde la fecha de adopción formal de la normativa –plazo de transposición de 24 meses + 30 meses–).

En quinto lugar, las nuevas Directivas tienen la pretensión de facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, mediante, entre otras medidas, la reducción de la burocracia para contratar, la contratación electrónica para acceder a licitaciones convocadas en el espacio europeo sin disponer de una gran estructura empresarial; pero, sobre todo, la nueva normativa incentiva la división de los contratos en lotes. De esta manera, se fomenta que las autoridades adjudicatarias dividan aquellos contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiéndose que aquéllas aporten una justificación de la decisión de no dividir dichos contratos en lotes. Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores deben estar autorizados a limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo, con el fin de preservar la competencia o garantizar la fiabilidad del suministro. También deben estar autorizados a limitar el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador (Considerando 78 de la Directiva 2014/24).

Como sexta novedad de las Directivas debe apuntarse la introducción de nuevos procedimientos de adjudicación: el procedimiento de licitación con negociación y el de la asociación para la innovación.

Respecto al primero, debe señalarse que viene a sustituir al anterior procedimiento negociado y podrá utilizarse cuando lo justifique la naturaleza, complejidad del servicio, obra o bien objeto del contrato, cuando así lo requiera la preparación legal o financiera de un determinado proyecto o porque las necesidades de la autoridad no puedan ser

satisfechas mediante una solución «en stock» o estándar. Las principales características de este procedimiento son: las ofertas se presentan al inicio del procedimiento de licitación, se someten a negociación y se invita a los candidatos a presentar de nuevo las ofertas para concretar posiciones. Particularmente, los poderes adjudicadores deberán indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo del procedimiento y no deben ser objeto de negociación, para así garantizarse la igualdad de trato para todos los operadores económicos (Considerandos 42, 45 y 50 de la Directiva 2014/24).

El segundo nuevo procedimiento es el de las asociaciones para la innovación, como método a utilizarse cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes. En consecuencia, la asociación para la innovación es un procedimiento de contratación específico que posibilita a los poderes adjudicadores el establecimiento de dicha asociación con el objetivo de desarrollar la solución innovadora y la posterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras resultantes, con la condición de que los mismos satisfagan el nivel de prestaciones y de costes que se hubiere acordado, sin que sea necesaria la apertura de un nuevo procedimiento de contratación para su adquisición.

En octavo lugar, se profundiza en las posibilidades de colaboración entre poderes adjudicadores, partiendo de la ya conocida técnica de las centrales de compra y contemplando ahora la conocida como contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Y como últimos aspectos destacables de las nuevas Directivas sobre contratación pública cabe apuntar tanto el de su preocupación por la subcontratación en lo que se refiere a la protección de los derechos del subcontratista y al eventual incumplimiento de sus obligaciones como la posibilidad reconocida a los poderes adjudicadores de la creación de las llamadas «listas negras» que impedirán a las empresas que se incluyan en ellas la presentación de ofertas en licitaciones públicas.

Para concluir este breve comentario debe recordarse que, como complemento de estas tres Directivas, se ha aprobado la [Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública](#), resultando la misma de aplicación a las facturas electrónicas emitidas como resultado de la ejecución de los contratos adjudicados a los que son de aplicación las tres nuevas Directivas de contratación.

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[miguelin@usal.es](mailto:miguelin@usal.es)

Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios [BOE n.º 25, de 29-I-2014]

**APOYO A LA EXPORTACIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA POR PARTE DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

Como la propia Exposición de Motivos de la [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) reseña, el Título II de este texto legal añade un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español. El mecanismo aprobado por este Título pretende desarrollar las capacidades del Ministerio de Defensa en materia de gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, sin embargo, no es hasta la aprobación del Real Decreto 33/2014 cuando se adoptan las medidas tendentes a procurar la eficacia del contenido de la Ley.

El apoyo a la exportación de material de defensa por parte del Ministerio se va a articular mediante la instauración de dos tipos de relaciones jurídicas: una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, y una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras.

Por un lado, el Real Decreto 33/2014 fija las posibles actuaciones que pueda llevar a cabo el Ministerio de Defensa y, por otro, se va a encargar de establecer las limitaciones para dichas actuaciones, que variarán en los supuestos de contratar con otro Gobierno y en el caso de que se contrate con empresas suministradoras.

En el primero de los supuestos se establecen a través de este texto las normas y condiciones para la elaboración de contratos entre Gobiernos, dando así soporte a lo ya anunciado en el 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 de la seguridad (BOE n.º 184, de 2-VIII-de 2011), entre las que se incluye la posibilidad de la creación de una Comisión de Seguimiento cuya existencia se determine contractualmente, asignando el control económico-financiero del propio contrato a la Intervención General de la Defensa o la creación de un programa de armamento y material o la creación de una Oficina de Programa o de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, que sólo podrán acordarse bajo la condición de que el Gobierno extranjero corra con todos los gastos de las oficinas que se creen.

En relación con la relación vertical, esto es, contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con empresas españolas del sector de la defensa consecuencia de un contrato entre Gobiernos, se determina que serán siempre en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.

Igualmente se determina que será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en el capítulo II de la [Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso](#) (BOE n.º 312, de 29-XII-2007), por lo que, sin perjuicio del previo registro, la autorización de exportación en el marco de los contratos que se puedan haber suscrito, en todo caso deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa y todo ello aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público, así como el régimen de control de la gestión económico-financiera y el régimen sancionador previstos en la normativa presupuestaria.

Daniel TERRÓN SANTOS  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[datersa@usal.es](mailto:datersa@usal.es)

## Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada [BOE n.º 83, de 5-IV-2014]

### SEGURIDAD PRIVADA

La importancia de la seguridad pública es tal que se contempla como competencia exclusiva en nuestra Constitución española de conformidad con sus preceptos 149.1.29 y 104. El Estado pone todos los mecanismos a su alcance para que los ciudadanos puedan disfrutar del pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En este sentido, se contempla en la [Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana](#) (BOE n.º 46, de 22-II-1992), estableciendo que la competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para proteger y garantizar la seguridad ciudadana corresponde al Estado. Sin perjuicio de ello, la realización de actividades de seguridad por otros servicios privados supone un reforzamiento de la actuación de protección encomendada al Estado, teniendo en cuenta la sujeción de la misma a los controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de la actividad por los particulares. A esto hay que añadir que las comunidades autónomas tienen asumidas competencias en materia de seguridad privada con sujeción a lo establecido por el Estado, para lo cual y al objeto de evitar interferencias y duplicidades se establecen mecanismos de coordinación institucional correspondiéndole a las mismas la ejecución de dichas competencias.

La Ley 5/2014 viene a derogar la anterior [Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad privada](#), que a pesar de sus diferentes reformas resultaba insuficiente debido a la necesidad de adaptarla a la normativa de la Unión Europea, así como a los importantes cambios tecnológicos acaecidos en nuestra sociedad. Sin embargo, no deroga el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el [Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre](#), y el resto de la normativa de desarrollo de la Ley 23/1992, de 30 de julio, que mantendrán su vigencia en lo que no contravenga a esta ley.

La nueva Ley es una Ley integral y sistemática pero también con perspectiva de futuro. Entre sus objetivos es de destacar la mejora de la eficacia en la prestación de los servicios de seguridad privada, la eliminación del intrusismo en el sector, la dotación al personal de seguridad privada del respaldo jurídico necesario para el ejercicio de sus funciones legales y establecer instrumentos de colaboración entre la seguridad privada y la seguridad pública.

La Ley parte de unas definiciones legales a conceptos o términos que hasta ahora eran imprecisos, y actualiza el ámbito de las actividades de seguridad privada regulando las actividades compatibles (seguridad de la información y las comunicaciones, la actividad de planificación, consultoría y asesoramiento en materia de seguridad privada...).

Se entiende por seguridad privada el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad, adoptadas de forma voluntaria u obligatoria, por personas

físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas de seguridad, despachos de detectives y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades (art. 2 de la LSP). En definitiva, la actividad consistente en la prestación por personas, físicas o jurídicas, privadas de servicios de vigilancia y seguridad de personas o de bienes. Esta actividad tiene que ser complementaria, subordinada, colaboradora y controlada por la seguridad pública (art. 1.2 LSP).

La coordinación y colaboración entre los servicios de seguridad privada y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para mejorar la seguridad pública, se contempla en el Título I.

La regulación jurídica de las empresas de seguridad privada y los despachos de detectives viene configurada en el Título II, las cuales deben estar inscritas en el Registro Nacional de Seguridad Privada perteneciente al Ministerio de Interior para poder llevar un control de las entidades encargadas de la seguridad privada.

El Título III se dedica a establecer las funciones específicas de los profesionales de seguridad, los requisitos para acceder a las profesiones de seguridad, su formación reglada, los principios de actuación y su protección jurídica. Se detallan las funciones de los vigilantes de seguridad, de los escoltas privados, de los guardas rurales, de los jefes de seguridad, los directores de seguridad y de los detectives privados.

Los servicios de videovigilancia y la investigación privada, por la incidencia que tienen en el derecho a la intimidad, son objeto de un tratamiento específico en el Título IV. En este título también se contemplan los diferentes servicios especiales como los servicios con armas de fuego, los servicios de vigilancia y protección relativos a las actividades del artículo 5.1 a) LSP, los servicios de protección personal, de depósitos de seguridad, de transporte, de instalación y mantenimiento, y gestión de armas.

La importancia de la intervención del Estado en el sector se observa en la regulación del control e inspección sobre las entidades, el personal, las medidas de seguridad y la colaboración (Título V). Pudiendo los funcionarios policiales adoptar las medidas provisionales oportunas cuando lo consideren oportuno.

El régimen sancionador es contemplado en el último título destacando la división entre infracciones de las empresas que realicen actividades de seguridad privada, los despachos de detectives y las centrales de alarma; infracciones del personal que desempeñe funciones de seguridad prestando atención en el intrusismo como infracción muy grave; y las infracciones de los usuarios y centros de formación.

M.<sup>a</sup> Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS  
*Profesora Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[mgbustos@usal.es](mailto:mgbustos@usal.es)

[Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo \[BOE n.º 85, de 8-IV-2014\]](#)

**REFORMA DE LA LEY DE TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL**

El automóvil, sin duda, es el protagonista indiscutible de la sociedad del siglo XXI, debiendo tenerse en cuenta que su desarrollo y evolución han generado unos profundos efectos (muchos de sentido muy positivo) y una nueva cultura vital en la sociedad presente, en particular en los países más desarrollados. No obstante, este mundo que gira alrededor de los vehículos de motor ha traído unos efectos negativos muy visibles, desgraciadamente, como son los muertos y heridos, y los costes económicos y sociales, generados por los accidentes de tráfico (*vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2013: «Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas». En T. Quintana López (dir.) y otros: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. 2.ª ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, tomo II: 1695-1780).

Esta situación, junto a la cuestión del riesgo y de la seguridad en ese ámbito, ha propiciado una mayor intervención pública, particularmente de la Administración; plasmandose la misma en una legislación cada vez más técnica (*vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2009: «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública». *Tráfico y Seguridad Vial*, 2009, n.º 123: 81-106, y *Diario La Ley [Grupo Wolters Kluwer]*, de 9 de marzo de 2009, n.º 7130: 1-9).

El [sistema normativo vigente en materia de tráfico y seguridad vial](#), de acuerdo con lo establecido en el artículo 149-1.º, 21.ª CE que incluye como competencia exclusiva del Estado la materia de *tráfico y circulación de vehículos a motor*, tiene como texto principal el [Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial](#). Esta Ley regula el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado, a efectos competenciales; las normas de circulación de vehículos y las que por razones de seguridad vial rigen para la circulación de peatones y animales por las vías de circulación general; los elementos de seguridad activa y pasiva y su utilización, así como las condiciones técnicas de los vehículos y de las actividades industriales que afecten directamente a la seguridad social; la señalización de las vías; las autorizaciones administrativas previas exigibles en la materia y las medidas cautelares que pueden ser adoptadas, y el sistema administrativo sancionador.

En los últimos años, la normativa relacionada con el tráfico y la seguridad vial ha sido objeto de importantes modificaciones, incidiendo especialmente en la adecuación de los comportamientos de los conductores a una conducción que permita reducir la siniestralidad en calles y carreteras. La Ley 6/2014, de 7 de abril, de reforma de la

LTSV (vid. *Tráfico y Seguridad Vial*, mayo, 2014, n.º 184), incorpora al Ordenamiento adaptaciones o modificaciones que no se centran tanto en el conductor, sino que se dirigen a otros aspectos que en los últimos años no han sido tan prioritarios, pero que es necesario asumir normativamente para ir mejorando distintos aspectos de la seguridad vial; las cuales no presentan un hilo argumental común, pero que, uno a uno, corrigen disfunciones sobre las que no se ha actuado hasta ahora. Algunas de las modificaciones fijan un mínimo legal que deberá ser concretado posteriormente, en especial en el Reglamento General de Circulación, aprobado por el [Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre](#) (BOE n.º 306, 23-XII-2003).

Las reformas introducidas las podemos agrupar de la siguiente forma:

- 1) Sistemas de seguridad de conductores y ocupantes de los vehículos. Las medidas más destacables son:
  - todos los conductores y ocupantes de los vehículos, con algunas excepciones, están obligados a utilizar el cinturón de seguridad, casco y cualesquiera elementos de protección o dispositivos de seguridad debidamente homologados;
  - la prohibición, en su caso, por razones de seguridad vial, de la ocupación de los asientos delanteros o traseros del vehículo por los menores en función de su edad o talla se remite al Reglamento;
  - queda expresamente prohibida la conducción utilizando cascos o auriculares conectados a aparatos receptores o reproductores de sonido, así como la utilización durante la conducción de dispositivos de telefonía móvil y cualquier otro medio o sistema de comunicación, con ciertas excepciones y exenciones, y
  - el casco de protección es obligatorio para los conductores y ocupantes de bicicletas y ciclos en general, en vías urbanas, interurbanas y travesías, y, para los menores de dieciséis años, cuando circulen en bicicleta, con independencia del lugar por donde lo hagan.
- 2) Conducción bajo la presencia de drogas o alcohol en el organismo. Las medidas son:
  - queda expresamente prohibido que el conductor de un vehículo circule con tasas de alcohol superiores a las establecidas reglamentariamente y que el conductor de un vehículo circule con presencia de drogas en el organismo, con ciertas exclusiones;
  - es obligatorio que el conductor de un vehículo (o cualquier usuario de la vía cuando se halle implicado en un accidente de tráfico o haya cometido una infracción tipificada en la ley) se someta a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo;
  - para la detección de alcohol, las pruebas son la verificación de aire espirado mediante dispositivos autorizados y para la detección de la presencia

de drogas en el organismo, son una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente;

- estableciéndose para la realización de las pruebas de contraste, la solicitud del interesado y que, preferentemente, consistirán en un análisis de sangre, que, si arrojase resultado positivo, será abonada por el interesado, y
- se aumenta de 500 a 1.000 € la sanción por conducir con presencia de drogas o alcohol en casos de reincidencia (sancionado el año anterior) o cuando las tasas de alcohol sean superiores a las permitidas;

3) Sistemas de detección de radares o cinemómetros:

- queda expresamente prohibida la instalación o llevanza en los vehículos de inhibidores de radares o cinemómetros o cualesquiera otros instrumentos encaminados a eludir o a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico (añadiéndose pues a la prohibición ya establecida de emitir o hacer señales con dicha finalidad);
- asimismo, queda prohibida la utilización de mecanismos de detección de radares o cinemómetros;
- se permiten expresamente los mecanismos de aviso que informan de la posición de los sistemas de vigilancia del tráfico (en función de la información pública); y
- se establece que el incumplimiento de usar avisadores se considera infracción grave con sanción 200 euros y pérdida de 3 puntos.

4) Inmovilización de vehículos y acceso restringido a la circulación por razones de seguridad o medioambientales. Los supuestos previstos son:

- en vías urbanas:
  - procede la inmovilización de vehículos cuando estacionen sin título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida hasta que se logre la identificación de su conductor;
  - procederá la retirada de vehículos y posterior depósito cuando obstaculicen, dificulten o supongan un peligro para la circulación en las vías urbanas o cuando se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en los supuestos previstos para la inmovilización;
  - no obstante, se excluyen las bicicletas, que solo podrán ser retiradas y llevadas al correspondiente depósito si están abandonadas o si, estando amarradas, dificultan la circulación de vehículos o personas o dañan el mobiliario urbano;
  - por motivos ambientales, se procederá al acceso restringido a la circulación de determinadas carreteras o tramos de ellas en la forma que se determine reglamentariamente, y

- por motivos de seguridad o fluidez del tráfico, se procederá al cierre a la circulación de determinadas carreteras o tramos de ellas en la forma que se determine reglamentariamente (posibilidad que antes era excepcional);
  - en vías interurbanas, procederá la inmovilización, retirada y posterior depósito de vehículos, en los casos y condiciones que se determinen reglamentariamente.
- 5) Nueva tabla de velocidades y supuestos especiales (urgencia, mantenimiento y auxilio), siendo la medida más destacable el incremento de la velocidad máxima permitida que pasa de 120 a 130 km/h, en determinados tramos de autopista/autovía en los que se permita de forma expresa.
  - 6) Nuevas infracciones (como, p. ej., utilizar mecanismos de detección de radares o cinemómetros, circular con menores de 12 años como pasajeros de ciclomotores o motocicletas o con menores en los asientos delanteros o traseros, cuando no esté permitido, o conducir con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se establezcan o con presencia en el organismo de drogas) y sanciones (aumentando la cuantía de las más graves).
  - 7) Nuevos órganos administrativos en la Administración General del Estado, creándose la Conferencia Sectorial de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible, como órgano de cooperación entre esta Administración y las CC. AA. con competencias en la materia, y el Consejo Superior de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible, órgano de consulta y participación de la sociedad civil.
  - 8) Realización de obras en las vías: es obligatorio, para quien ejecute las mismas, comunicar su inicio (con anterioridad a su comienzo) a la Jefatura Central de Tráfico o, en su caso, a la Autoridad autonómica o local responsable de la gestión y regulación del tráfico: previéndose además que las obras en las vías públicas quedan sometidas a autorización administrativa (regulación, gestión y control del tráfico).
  - 9) Atropellos de especies cinegéticas: con carácter general la responsabilidad civil por el atropello de especies cinegéticas en las vías públicas se imputa al conductor, si bien no se puede reclamar por el valor del animal atropellado; cuando se trate de especies de caza mayor bajo determinadas condiciones (acción colectiva de caza el mismo día del accidente o 12 horas antes) esa responsabilidad es del titular del coto, y se prevé que la Administración titular de la vía responde de los daños únicamente cuando no exista señalización o no ha reparado la valla preceptiva.
  - 10) Se establece el sistema de intercambio transfronterizo sobre infracciones en materia de seguridad vial en cumplimiento de [Directiva 2011/82/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011](#) (DOUE L 288, 5-XI-2011).

- 11) Establecimiento de un procedimiento sancionador abreviado, con el sistema de pronto-pago o pago voluntario de la multa en el acto de entrega de la denuncia o dentro del plazo de 20 días naturales (antes eran 15), a contar desde el día siguiente al de su notificación, y con los siguientes efectos: reducción del 50% del importe de la multa; renuncia a formular alegaciones (y, en caso de presentarse, se tendrán por no presentadas); se considera que el procedimiento finaliza, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago; se produce el agotamiento de la vía administrativa siendo recurrible únicamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, iniciándose el plazo de interposición al día siguiente de aquel en que tenga lugar el pago; la firmeza de la sanción en la vía administrativa se produce desde el momento del pago, con plenos efectos, y la sanción no computará como antecedente en el Registro de Conductores e Infractores, siempre que se trate de infracciones graves que no lleven aparejada pérdida de puntos.
- 12) Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA): las notificaciones se practicarán en el mismo cuando no puedan efectuarse en la Dirección Electrónica Vial y, en caso de no disponer de la misma, en el domicilio expresamente indicado para el procedimiento o, de no haber indicado ninguno, en el domicilio que figure en los registros de la Dirección General de Tráfico. Transcurrido el periodo de 20 días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el TESTRA se entenderá por practicada, dándose por cumplido el trámite. En todo caso, las denuncias deben ser notificadas en el acto al infractor, salvo infracciones de aparcamiento (con el conductor ausente) y de velocidad (con medición automática).

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Salamanca  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

**Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española**  
**[BOE n.º 98, de 23-IV-2013]**

**COBERTURA DE RIESGOS DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA**

El seguro de crédito a la exportación es un mecanismo básico para el funcionamiento de la actividad exportadora. Mediante éste, el asegurado obtiene la garantía de cobro en caso de impago, de un crédito generado por un contrato de exportación. La participación pública a la hora de fomentar este tipo de instrumentos es fundamental, y se justifica por el impacto que el coste y el riesgo asociado al comercio exterior tiene sobre él. De esta forma, el seguro de crédito se convierte en una herramienta de política macroeconómica básica para favorecer el equilibrio de la balanza de pagos, la mejora en la competitividad comercial y, con carácter general, el crecimiento económico.

Aunque buena parte de los riesgos que entraña la actividad comercial exterior son susceptibles de ser cubiertos por cualquier compañía del ramo asegurador, hay otros, que por su naturaleza, entidad y/o cuantía, difícilmente pueden ser cubiertos exclusivamente por el sector privado. Ello podría generar importantes distorsiones sobre el comercio exterior. De ahí que la participación pública sea un elemento generalizado en los países desarrollados para este tipo de aseguramiento.

Si bien se reconoce el derecho de los países a facilitar la financiación de las exportaciones como herramientas para reducir, tanto el coste como el riesgo implícito en las mismas, los diferentes organismos internacionales vinculados con el comercio exterior (Comisión Europea, OECD; GATT) se han mantenido vigilantes para evitar que aparezca algún tipo de subsidio o subvención implícita en estos mecanismos. Así, cualquier cambio normativo o regulación que afecte al sector deberá adecuarse y ser conforme a lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de comercio exterior suscritos por nuestro país.

Obviando la regulación recogida por el Decreto 2881/1966 de 10 de noviembre, que establecía un modelo dual, separando las actividades de aseguramiento de los riesgos comerciales de los políticos, nuestro punto de partida es la [Ley 10/1970 de 4 de julio, por la que se modifica el régimen del Seguro de Crédito a la Exportación](#). La principal aportación de este precepto fue la creación de una empresa encargada de la gestión de estos riesgos por cuenta del Estado: la «Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Sociedad Anónima (CESCE)», que pasará a gestionar dichas garantías de forma exclusiva. El capital de esta compañía sería suscrito mayoritariamente por el Estado, y el resto, en su caso, por entidades privadas del sector. En la actualidad el 50,25% del capital pertenece a Patrimonio del Estado, el 45,20% a bancos y el 4,55% a compañías aseguradoras.

La Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española, viene a actualizar y adecuar la

ley anterior a los cambios que introducen el [Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo](#), que amplía el catálogo de operaciones que pueden ser realizadas por la compañía, y el [Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad](#), que introduce la posibilidad de enajenar la participación estatal en la CESCE, que perdería, por tanto, su condición de empresa pública.

La norma se estructura en un preámbulo, tres títulos, cinco disposiciones adicionales, una derogatoria y cinco finales. El preámbulo recoge la motivación de la norma y explica principal cambio que introduce la misma, como es el hecho de que la cobertura de los riesgos por cuenta del Estado pasen de ser realizados de forma exclusiva por CESCE, al ser objeto de privatización, a ser por cuenta de un Agente Gestor. El título preliminar establece las definiciones básicas de la Ley, como «riesgos de la internacionalización» o «convenio de gestión». El título primero concreta cuáles son los riesgos que pueden ser objeto de cobertura por el Estado. Concretamente distingue entre riesgos comerciales, que son aquellos que surgen en el ámbito de la actuación mercantil privada, siempre que sean de un plazo de duración superior a 24 meses; riesgos extraordinarios derivados de circunstancias catastróficas o extraordinarias en el país de destino, y riesgos políticos, derivados de riesgos por actuaciones de las autoridades públicas o económicos de especial gravedad, que pueden venir tanto de decisiones políticas del Gobierno del país de destino (expropiaciones, nacionalización) como por cambios en la regulación que impliquen un incumplimiento.

El cambio más importante que introduce la norma es que la gestión de las coberturas pasa a ser desempeñada por un Agente Gestor. Éste no tendrá necesariamente que tener naturaleza pública, y su funcionamiento se registrará por un Convenio de Gestión con el Estado, que permitirá el control público de su actuación. También se estipulan limitaciones en la composición de los órganos de control del Agente Gestor, para garantizar la independencia de éste con respecto a terceros. De forma transitoria, se dispone un plazo de 8 años en el que CESCE actuará como Agente Gestor, periodo tras el cual será designado por un proceso de concurrencia.

El título segundo se divide en dos capítulos. El primero crea la Comisión de Riesgos por Cuenta del Estado, que viene a sustituir a la Comisión del Consejo de Administración de CESDE en sus funciones de control, seguimiento y participación de la Administración en la gestión del Agente Gestor. Entre sus funciones, podemos destacar la propuesta de tarifas para las actividades aseguradas, así como la de someter a autorización del ministro de Economía nuevas modalidades de coberturas que pudieran resultar necesarias acordes con la propia evolución del comercio exterior.

El capítulo segundo establece el régimen presupuestario económico y contable de la cobertura de los riesgos por cuenta del Estado. Para tal fin, se dispone la creación de un «Fondo de Reserva de los Riesgo de la Internacionalización», adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio, y gestionado por el Consorcio de Compensación de

Seguros. El límite máximo del riesgo total por cuenta del Estado para cada ejercicio se establecerá por medio de los PGE cada año. La rendición de cuentas del Fondo, como integrante del Sector Público estatal, se encontrará sujeta al capítulo IV de la Ley General Presupuestaria.

Las disposiciones adicionales regulan el régimen transitorio en el que CESCE ejercerá como Agente Gestor, la puesta en marcha del Fondo de Reserva y la aplicación de la nueva norma a las pólizas suscritas, una vez se haya constituido y dotado el Fondo. La derogatoria deja sin vigencia la Ley 10/1970, de 4 de julio, así como su desarrollo en lo que se opongan a la nueva norma aprobada. Las disposiciones finales introducen algunos cambios en determinadas leyes para adaptarlas a la reseñada.

Pedro CALERO PÉREZ  
*Profesor Titular de EU de Economía aplicada*  
*Universidad de Salamanca*  
[pcalero@usal.es](mailto:pcalero@usal.es)

**Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones**  
**[BOE n.º 114, de 10-V-2014]**

**TELECOMUNICACIONES**

Con algún retraso, que dio lugar a la solución de urgencia del Real Decreto-Ley 13/2012, el Reino de España procede, por fin, a trasponer al Derecho interno el nuevo marco europeo regulador de las comunicaciones electrónicas (que debía ser el paquete «telecom 2006» y terminó siendo 2009, sustancialmente integrado por el Reglamento (CE) n.º 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 y la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

El objetivo material que la Ley dice perseguir es el de estimular las inversiones a fin de cumplir, en nuestro país, con los objetivos de la Agenda Digital para Europa (y la estrategia Europea 2020), objetivo al que se suma la finalidad de continuar promoviendo y velando por la competencia en el sector.

Al servicio de la primera finalidad (además de recordarse que la habilitación para la prestación y explotación de redes viene concedida con carácter general e inmediato por la Ley, con el único requisito de notificación al Registro de Operadores) se adoptan medidas dirigidas a facilitar la implantación de redes. En primer lugar, con la desregulación en el régimen de construcción de la infraestructura (ya emprendida por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización) y se declara que, en las actuaciones de despliegue de redes en dominio privado, se puedan sustituir las licencias por una declaración responsable, cuando el operador haya presentado ante las administraciones competentes un plan de despliegue y éste haya sido aprobado. De igual forma, se actúa normativamente sobre el campo urbanístico, de tal forma que los instrumentos de planeamiento que puedan afectar al repliegue de redes requieran informe del Ministerio de Industria (previéndose cuando sea necesario un procedimiento de negociación entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y los órganos encargados de la aprobación, modificación o revisión de dichos instrumentos de planificación) y se elimina la licencia urbanística (Disp. Adic Octava: «Las obras de instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en edificaciones de dominio privado no requerirán la obtención de licencia de obras o edificación ni otras autorizaciones»).

En segundo lugar, se regula nuevamente el derecho a ocupar la propiedad privada, en su caso mediante la imposición por vía de expropiación forzosa, de servidumbres forzosas (art. 29), a cuyo efecto, el reconocimiento de la condición de beneficiario de la expropiación de los titulares de redes públicas de telecomunicaciones supone un nuevo desarrollo de una vieja técnica que tuvo ejemplos en materia de redes eléctricas o en la legislación de imposición de servidumbre de paso de haces herzianos (Ley 3/76 de 11 de marzo).

Con relación al objetivo de promover y velar por la competencia, se enumeran, en primer lugar, los condicionante de la iniciativa pública en el sector, acogiendo expresamente el criterio del inversor privado (art. 9), exigiendo el registro como operador, la separación de cuentas y el respeto a los principios de no discriminación y transparencia para la explotación de redes públicas por parte de las Administraciones Públicas y otros requisitos que sitúen la explotación de redes en condiciones de verdadera competencia.

En segundo lugar, se regula de nuevo, en línea de continuidad, la interconexión y acceso a las redes así como el acceso a recursos escasos (espectro radioeléctrico, numeración, direccionamiento y denominación).

En tercer lugar, se redefine el papel de la Autoridad Nacional de Regulación más importante (hoy, Comisión de Mercados y Competencia) en materia de definición de mercados de referencia, análisis de los mismos y, en su caso, en la imposición de obligaciones *ex ante* si se determina que algún operador ostenta poder significativo en el mercado de referencia, pudiendo, en tal caso, imponer alguna de las medidas específicas aludidas en el artículo 14.

Con ello, el texto de la Ley traduce a derecho interno lo exigido por el paquete comunitario, aprovechando el Legislador, adicionalmente, para reformar, una vez más, la Ley General de la Comunicación Audiovisual, para reformar el estatuto del Ente Público Red.es, y afrontar la regulación del dominio público radioeléctrico, de acuerdo con los principios de neutralidad de servicio y neutralidad tecnológica (más la admisión del mercado secundario de los derechos de uso). Son recibidos así, plenamente, en el derecho español, los términos exigidos por el Primer Programa Europeo en materias de Espectro Radioeléctrico (Decisión 243/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012), por la que se establece un programa plurianual de política del espectro.

Queda por ver si la ejecución y gestión de las decisiones normativas se adecuan a los plazos comprometidos.

Marcos M. FERNANDO PABLO  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[macfer@usal.es](mailto:macfer@usal.es)

### Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre [BOE n.º 76, de 28-III-2014]

#### DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La publicación de la [Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo \(DOUE L 304, de 22-XI-2011\)](#) ha supuesto un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica.

Como consta en los considerandos de la citada Directiva, las Directivas derogadas, Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOUE L 372, de 31-XII-1985) y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOUE L 144, de 4-VI-1997), han sido reexaminadas a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas, insistiendo reiteradamente el legislador comunitario en la necesidad de fijar normas estándar para los aspectos comunes a esos dos tipos de contratación, alejándose del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, sin perjuicio de permitir a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos.

Por ello, se parte del alto nivel de protección de los consumidores al que se refiere el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pero al mismo tiempo se hace referencia en el considerando (4) de la Directiva al artículo 26, apartado 2, del TFUE, según el cual el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento, de manera que es necesario promover un auténtico mercado interior en un equilibrio adecuado entre el nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas. El principio general al que se alude en este considerando (4) no parece sino un gesto hacia «los mercados», pudiendo comprobarse a lo largo del texto de la Directiva cómo el legislador comunitario, a la luz de la experiencia adquirida, procede a regular con mucho mayor detalle determinados aspectos especialmente relativos al deber de información y al derecho de

desistimiento, reforzando la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, restringiendo de alguna manera derechos que venían siendo reconocidos a los consumidores y usuarios por los Tribunales de Justicia de los Estados miembros, la mayor parte de las veces como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por los mismos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación que éste realizaba de las Directivas sometidas a su consideración.

Tal vez el aspecto más llamativo de la reforma operada en el Texto Refundido para incorporar al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE es el nuevo concepto de consumidor, ya que según el nuevo artículo 3, sin perjuicio de una modificación puntual, pero clarificadora, en su primer párrafo, transcripción literal del artículo 2. 1) de la Directiva, para referirse a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, frente a la anterior referencia sólo a la actividad empresarial o profesional, introduce un segundo párrafo para extender la condición de consumidor a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial empresarial. En este sentido, el legislador nacional ha ido más allá del legislador comunitario, ya que éste considera consumidor tan sólo a las personas físicas que reúnan las condiciones anteriormente citadas, si bien es cierto que el considerando (13) de la Directiva ya advierte que la misma puede ser de aplicación a aspectos no incluidos en su ámbito, de manera que un Estado miembro podrá decidir extender la aplicación de la misma a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas. La modificación desde el punto de vista del Derecho interno es importante y práctica, pues así evita situaciones de inseguridad jurídica que han tenido que ser resueltas por los Tribunales de Justicia, que se han visto obligados a buscar fórmulas de protección equivalentes para amparar a determinadas comunidades, o entidades sin ánimo de lucro, en definitiva, destinatarios finales de productos o servicios, ajenos totalmente a una actividad comercial o empresarial, cosa que ha ocurrido con frecuencia con las comunidades de propietarios, pudiendo citar por todas, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª Civil, 288/14 de 23 de junio de 2014 ([ROJ SAP CO 612/2014](#)).

Si el legislador nacional ha decidido ampliar el concepto de consumidor y usuario, no ha hecho lo mismo con el concepto de empresario (comerciante para la Directiva), teniendo por tal a toda persona física o jurídica, privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Del mismo modo, hay que advertir que las definiciones del artículo 2 de la Directiva aparecen recogidas casi literalmente en el nuevo artículo 59bis del Texto Refundido, definiciones que contribuirán sin duda alguna a garantizar una mayor seguridad jurídica al referirse, entre otros, a contrato de venta, contrato de servicios, contrato

complementario, establecimiento mercantil (en el que se incluyen instalaciones y muebles en los que se ejerza actividad de forma permanente pero también las instalaciones móviles de venta al por menor en las que el empresario ejerce su actividad de forma habitual), soporte duradero, servicio financiero, subasta pública, contenido digital y garantía comercial. Así, en relación con el concepto de soporte duradero y los problemas que este concepto planteaba, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de julio de 2012, asunto C-49/11 Content Services/Bundesarbeitskammer](#), cita no sólo la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOUE L 144 de 4-VI-1997), vigente cuando se suscitó la cuestión en el procedimiento principal, sino también la nueva Directiva 2011/83/UE.

Se refuerza la información que debe prestarse al consumidor, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual, modificando el artículo 60 a fin de asegurar un consentimiento libre e informado, incorporando once cuestiones de las que se debe informar al consumidor, con la adición de un artículo 60 bis relativo al consentimiento previo para pagos adicionales y un artículo 60 ter se impide facturar a los consumidores por el uso de determinados medios de pago los cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios.

Igualmente se regula con mucho detalle las condiciones de entrega de los bienes, transmisión de riesgo y prohibición de envíos y suministros no solicitados (art. 66 bis a 66 quáter).

Siguiendo la Directiva, y obedeciendo sin duda al gran número de procedimientos judiciales relativos a estas cuestiones, se añade un apartado 4 al artículo 74 indicando que en caso de incumplimiento del compromiso de permanencia, la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado.

Se regulan de forma conjunta en el Título III del Texto Refundido (arts. 92 y ss.) los contratos celebrados a distancia y los contratos fuera de establecimiento mercantil, siguiendo fielmente los conceptos de la Directiva y las excepciones a las que no se aplica tal regulación, insistiendo en el artículo 97 en la información que debe facilitarse y en los artículos 98 y 99 en los requisitos formales. En el artículo 100 se advierte que el contrato podrá ser anulado a instancia del consumidor por vía de acción o de excepción si no se facilita copia del mismo o de su confirmación.

Se potencia el derecho de desistimiento, a fin de facilitar su conocimiento por el consumidor y que éste disponga de mecanismos que posibiliten su ejercicio de forma sencilla, unificando el plazo que pasará a ser de 14 días, pero de manera que la falta de información precontractual supone aumentar el plazo 12 meses más (art. 105).

Por último, el legislador nacional, siendo consciente de la incorrecta adaptación al Derecho interno del artículo 6, apartado 1, de la [Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores](#) (DOCE L 95 de 21-IV-1993), según la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito y Joaquín Calderón Camino](#), modifica el artículo 83 del Texto Refundido declarando la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, que será así declarada por el juez previa audiencia de las partes, sin perjuicio de la obligatoriedad del contrato si puede subsistir sin dichas cláusulas.

Siguiendo el ejemplo de la Directiva, se incorpora un anexo con el modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento y un modelo de formulario de desistimiento.

José Ramón GONZÁLEZ CLAVIJO  
*Magistrado*  
*Profesor Asociado de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jr.González@poderjudicial.es](mailto:jr.González@poderjudicial.es)

### Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón [BOE n.º 148, de 19-VI-2014]

#### ABDICACIÓN DEL REY

El 2 de junio de 2014 Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón anunció su deseo de abdicar y abrir el proceso de sucesión a la Corona. La abdicación se hizo efectiva el 19 de junio, tras la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio.

El anuncio de la abdicación ha reavivado no sólo las discusiones de índole política en torno a la monarquía, sino también los debates jurídicos sobre cómo interpretar el artículo 57.5 CE, conforme al cual *las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica*. Centrándonos exclusivamente en las cuestiones jurídicas, hay que señalar que la doctrina ha barajado diversas posibilidades para dar cumplimiento al citado mandato constitucional.

En primer lugar, están quienes defienden la necesidad de aprobar una ley orgánica de carácter general para regular el estatuto jurídico de la Corona y los supuestos previstos en el artículo 57.5 CE. REY MARTÍNEZ considera que la abdicación del Monarca fue precipitada, ya que hubiese sido deseable que primero existiera la norma y luego el acto y no al revés. Una ley orgánica específica, como la que finalmente adoptaron las Cortes Generales, es un acto formal que perfecciona la voluntad de abdicación del Rey, pero no es un acto de autorización porque, obviamente, no se puede obligar a un Rey a serlo contra su voluntad. Con esta ley, las Cortes, en cuanto representante directo del pueblo español, se dan por enteradas de la voluntad de abdicar del Monarca y la aceptan formalmente (REY MARTÍNEZ, Fernando. 2014: «El Rey y la Ley». *El País*, 3 de junio, [http://elpais.com/elpais/2014/06/03/opinion/1401814529\\_700642.html](http://elpais.com/elpais/2014/06/03/opinion/1401814529_700642.html) [20 octubre 2014]). Para DE ESTEBAN la lógica constitucional requiere dos leyes orgánicas: una de desarrollo general, que regule todo lo relativo a la institución monárquica, y otra particular para que las Cortes Generales tomen en cada caso concreto las decisiones que afecten a estas materias. En este proceso de abdicación, al no existir una ley general, la ley especial no debería ser tramitada como una ley orgánica normal. De acuerdo con el artículo 74.1 CE («Las Cámaras se reunirán en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales»), para aceptar la abdicación del Rey debería bastar la mayoría absoluta de las Cortes, reunidos el Congreso de los Diputados y el Senado en sesión conjunta (DE ESTEBAN, Jorge. 2014: «La inesperada abdicación». *El País*, 2 de junio,

<http://www.elmundo.es/opinion/2014/06/02/538cd82f22601daf258b457e.html> [20 octubre 2014]).

En segundo lugar, hay un nutrido grupo de expertos que suscriben la utilización de una ley orgánica de carácter específico para cada caso concreto. SÁNCHEZ GÓMEZ cree que este es el procedimiento apropiado, ya que permite una correcta articulación de las relaciones entre los diferentes órganos constitucionales en una democracia cuya Jefatura del Estado adopta la forma monárquica: el Gobierno, presentando el proyecto de ley orgánica; el Congreso y el Senado aprobándolo, y el propio Jefe del Estado, el Rey Juan Carlos, sancionando y promulgando la ley orgánica para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, en cuyo momento se produce el hecho sucesorio (GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. 2014: «La abdicación del Rey Juan Carlos I. La visión responsable de un Jefe de Estado». *Diario La Ley*, n.º 8345). SANTAOLALLA LÓPEZ también es partidario de la aprobación de una ley particular para regular uno a uno los actos recogidos en el artículo 57.5 CE. Llega a esta conclusión aplicando los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Pero es sobre todo el elemento teleológico o finalista el que sustenta la conveniencia de aprobar una ley específica. Al ser el Rey el Jefe del Estado es enteramente plausible y hasta necesario que el poder legislativo, representativo de los ciudadanos, no se desentienda de un acontecimiento de tamaña importancia, como es la sucesión en dicho órgano. La aprobación por ley específica de cada abdicación, renuncia o duda confiere una legitimidad democrática a estas decisiones, que de otra forma encajarían difícilmente en un sistema constitucional y democrático (SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. 2014: «Sentido de la Ley de abdicación». *Diario del Derecho*, IUSTEL, 7 de julio de 2014, [http://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1129330](http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1129330) [20 octubre 2014]).

Por último hay quienes como SERRANO ALBERCA califican de innecesaria la aprobación de una ley orgánica. La abdicación del Rey es un acto personalísimo y no un acto legislativo y, por lo tanto, se trataría de uno de los supuestos previstos en el artículo 74.1 CE. El artículo 57.5 CE no exige para la abdicación una ley orgánica. Este precepto lo que determina es que los temas referentes a las abdicaciones, renunciaciones y otras dudas sobre la sucesión se resuelvan por una ley de esta naturaleza (SERRANO ALBERCA, José Manuel. 2014: «La abdicación y sus derivas jurídicas». *El Mundo*, 3 de junio, <http://www.elmundo.es/opinion/2014/06/03/538e332d268e3e11068b457a.html> [20 octubre 2014]). De opinión parecida es RODRÍGUEZ ARRIBAS: al ser la abdicación un acto personalísimo del Rey, correspondería sólo al Monarca decidir, y, una vez tomada la decisión, es la propia Constitución la que determina quién es el heredero, y, por lo tanto, el que ha de ser proclamado Rey, de manera que ninguna institución, ni tampoco las Cortes Generales, puede aceptar o rechazar la sucesión

en el Príncipe de Asturias. La ley orgánica a la que se refiere el artículo 57.5 CE en el caso de las abdicaciones y renunciaciones que no planteen dudas sería una ley meramente procedimental y no sustantiva. En los supuestos en los que fuera necesario resolver «cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona», entonces esa ley orgánica tendría carácter sustantivo (RODRÍGUEZ ARRIBAS, Ramón. 2014: «En la abdicación del Rey». *ABC*, 11 de junio, <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2014/06/11/003.html> [20 octubre 2014]).

Mientras la doctrina discutía sobre las distintas interpretaciones posibles del artículo 57.5 CE, se convoca un Consejo de Ministros extraordinario el 3 de junio de 2014 en el que se aprueba para su remisión a las Cortes Generales el proyecto de ley orgánica por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón. El proyecto consta de una exposición de motivos, un artículo y una disposición final. En la exposición de motivos se incluye el escrito de abdicación del Jefe del Estado en donde declara, textualmente, su intención de poner fin a su reinado y abdicar la Corona de España, deponiendo en manos del Gobierno y de las Cortes Generales su magistratura y autoridad para que provean a la efectividad de la sucesión en la Corona conforme a las previsiones constitucionales. En la misma exposición de motivos, el Gobierno, como autor del proyecto de la ley orgánica, invoca el artículo 57.5 CE para justificar el recurso a una ley específica, siguiendo de este modo «los precedentes históricos del constitucionalismo español, que en los textos fundamentales de 1845, 1869 y 1876 y, con variaciones, en otros precedentes, ya reservaban al poder legislativo la solución de las cuestiones a que diera lugar la sucesión así como la autorización de la abdicación, incluso mediante una ley especial para cada caso». Añade el Ejecutivo que aunque la Constitución no utiliza este último término (ley especial), los antecedentes y el mandato del artículo 57 de que el acto regio sea resuelto por una ley orgánica hacen que este sea el instrumento legal idóneo para regular la efectividad de la decisión del Monarca. En el artículo 1.1 del proyecto se dice que la entrada en vigor de la ley –que se producirá en el momento de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, como prevé la disposición final única– determinará que la abdicación despliegue sus efectos y que se produzca la sucesión en la Corona de España de forma automática, siguiendo el orden previsto en la Constitución.

La Mesa del Congreso de los Diputados acuerda tramitar el proyecto de ley orgánica por el procedimiento de urgencia y lectura única, que permite omitir las fases de ponencia y comisión. Se establece, conforme al artículo 91 del Reglamento del Congreso, un plazo de presentación de enmiendas que finalizará el lunes 9 de junio. Dada la especial naturaleza de este proyecto de ley orgánica, todas las enmiendas que se formulen se tramitarán como enmiendas a la totalidad de devolución. Así mismo se fija la celebración del debate correspondiente para la sesión plenaria del miércoles 11 de junio de 2014 ([BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 98-1, de 4 de junio de 2014](#)).

Se presentaron enmiendas por el Grupo Parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y por el Grupo Mixto. En concreto las enmiendas del Grupo Mixto las firmaron el BNG, ERC, Compromís y Geroa Bai ([BOCG. Congreso de los Diputados, n.º A-98-2, de 11 de junio de 2014](#)). La Izquierda Plural, en su enmienda a la totalidad con texto alternativo, propone que las Cortes Generales autoricen la celebración, en un plazo de tres meses, de un referéndum consultivo sobre la forma política del Estado con la disyuntiva entre república o monarquía. Si el referéndum fuera favorable se procederá –según dice el texto alternativo– a la apertura de un proceso constituyente. Por su parte, el BNG también plantea en su enmienda la convocatoria de un referéndum en el plazo máximo de un mes desde la entrada en vigor de la ley, para someter a decisión democrática un nuevo modelo político e institucional que, además de la determinación sobre el modelo de Jefatura del Estado, reconozca la soberanía de las naciones y su derecho a decidir. De opinión similar es ERC que igualmente sostiene la celebración de un referéndum consultivo antes de ser proclamado Rey ante las Cortes Generales el heredero de la Corona de España. Para Compromís-Equo la inexistencia de regulación respecto a la abdicación debe dar paso a un proceso de consulta ciudadana con el fin de conocer el parecer del pueblo español relativo a la continuidad o no del régimen monárquico y la ocupación de la Jefatura de Estado por persona elegida libremente, directa o indirectamente, por la ciudadanía. También se solicita que el Jefe del Estado haga público su patrimonio mediante la oportuna declaración de bienes. Por último, Uxue Barkos Berruezo, diputada de Geroa Bai, aunque no fija un plazo para el referéndum, sí que propugna que el Gobierno inicie de forma inmediata un proceso de consulta ciudadana para resolver el debate social sobre el modelo de Estado.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 11 de junio de 2014, procedió, primero, a la discusión y votación de estas enmiendas, que fueron rechazadas por 301 votos en contra, 26 a favor y 21 abstenciones, y, a continuación, a la votación del conjunto del texto, que fue pública y por llamamiento. El proyecto de ley orgánica fue aprobado por 299 votos a favor, 19 en contra y 23 abstenciones, siendo remitido inmediatamente al Senado para proseguir su tramitación ([DS, Congreso de los Diputados, n.º 204, de 11 de junio de 2014](#)).

El Pleno del Senado, el 5 de junio de 2014, ya había acordado que dicho proyecto de ley se tramitase en lectura única y la Mesa de la Cámara, en su reunión del día 10 de junio de 2014, decidió que el plazo improrrogable para la presentación de propuestas de veto finalizase el lunes día 16 de junio ([BOCG. Senado n.º 365, de 12 de junio de 2014](#)).

Al texto del proyecto remitido por el Congreso de los Diputados se presentaron tres propuestas de veto y dos enmiendas. Las enmiendas no fueron admitidas a trámite por la Mesa de la Cámara al amparo del artículo 129.3 del Reglamento del Senado, en el que se prevé que en el supuesto de la tramitación de un proyecto de ley por el procedimiento de lectura única sólo podrán presentarse propuestas de veto. Las

propuestas de veto defendidas por IU y ERC/ESQUERRA, ambos del Grupo Mixto, y la presentada por el Grupo Entesa pel progés de Catalunya, rechazan el texto del proyecto y abogan por la apertura de procesos democráticos para modificar el sistema de gobierno ([BOCG. Senado, apartado I, n.º 367-2514, de 17 de junio de 2014](#)).

El Senado, en la sesión del 17 de junio de 2014, llevó a cabo la discusión y votación de las citadas propuestas de veto, que fueron rechazadas en su totalidad. Seguidamente se procedió a la aprobación por 233 votos a favor, 5 en contra y 20 abstenciones del proyecto de ley orgánica por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón, sin introducir variaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados ([DS, Senado, n.º 116, sesión de 17 de junio de 2014](#)).

Por último, la ley orgánica fue sancionada por el Rey Juan Carlos I y refrendada por el Presidente del Gobierno el 18 de junio. La publicación del texto en el *Boletín Oficial del Estado* tuvo lugar el día 19 junio ([BOE n.º 148, de 19 de junio de 2014](#)), momento en que se hizo efectiva la abdicación y el Príncipe de Asturias pasó a ser el nuevo rey. Ese mismo día, Felipe VI conforme al artículo 61.1 CE fue proclamado ante las Cortes Generales.

Las dudas y los vacíos legales que se han constatado durante el proceso de abdicación evidencian la necesidad de proceder al desarrollo legislativo del Título II de la Constitución. A no ser, claro está, que se quiera abrir un debate más profundo sobre un cambio en el sistema de gobierno, lo que implicaría la necesaria reforma constitucional.

Marta LEÓN ALONSO  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Salamanca*  
[martala@usal.es](mailto:martala@usal.es)

### Reglamento 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas comunes en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa de las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea [DOUE L 189, de 27-VI-2014]

#### VIGILANCIA DE FRONTERAS MARÍTIMAS EXTERIORES

El Reglamento 656/2014 constituye el último paso en el establecimiento de normas comunes relativas a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la agencia Frontex. Este texto es la respuesta de la Unión Europea a la preocupación mostrada por diputados del Parlamento Europeo, organizaciones de defensa de los derechos humanos y algunos Estados miembros sobre el respeto a los derechos fundamentales y a los derechos de los refugiados en las operaciones marítimas coordinadas por la Agencia. Hasta ahora, la incertidumbre jurídica en la materia y la existencia de normas nacionales diferentes e incluso conflictivas han socavado la eficacia de estas operaciones y el respeto a los derechos fundamentales, especialmente el principio de no devolución. Sin embargo, y a pesar de la necesidad de un marco común y claro para las operaciones coordinadas por Frontex, el proceso que ha dado lugar a esta norma ha sido largo y ha requerido la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En octubre de 2009 el Consejo Europeo llamó la atención sobre la necesidad de establecer procedimientos operativos y reglas de intervención claras en las operaciones marítimas conjuntas, garantizando además la seguridad de los migrantes según lo dispuesto por el Derecho internacional (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 29-30 de octubre de 2009). En respuesta a este llamamiento el Consejo aprobaría la [Decisión 2010/252/UE del Consejo de 26 de abril de 2010, por la que se completa el código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa de las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea](#) (DOUE L 111, de 4-V-2010) con arreglo al procedimiento de comitología, que pronto fue objeto de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia. El Parlamento Europeo consideraba que el Consejo había rebasado las competencias de ejecución que le habían sido conferidas en virtud del artículo 12, apartado 5 del Código de Fronteras Schengen, puesto que introducía nuevos elementos esenciales en dicho Código (disposiciones relativas a interceptación, rescate y desembarco), y sostenía que la Decisión debía haberse aprobado a través del procedimiento legislativo ordinario. Mediante [sentencia](#) del 5 de septiembre de

2012, asunto C-355/10, el Tribunal daría la razón al Parlamento, considerando que las disposiciones introducidas mediante la Decisión eran elementos esenciales del Código de Fronteras Schengen y no normas adicionales según lo dispuesto en su artículo 12. Por otro lado, el Tribunal decidió mantener los efectos de la Decisión hasta que fuera sustituida por nuevas normas.

De acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, la iniciativa legislativa para el Reglamento 656/2014 corrió a cargo de la Comisión, que presentó su propuesta de Reglamento en marzo de 2013 [COM(2013) 197 final Bruselas, 12-IV-2013]. En contra de lo que cabría esperar tratándose de un ámbito tan sensible, la norma fue aprobada tras el acuerdo en primera lectura entre Parlamento y Consejo. En el pleno del Parlamento Europeo, que contó con el portugués Carlos Coelho como ponente, la norma fue aprobada en marzo de 2014 por 528 votos a favor, 46 en contra y 88 abstenciones.

El ámbito de aplicación del nuevo Reglamento, que tiene como base jurídica el artículo 77, apartado 2, letra d) del TFUE, abarca las operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas exteriores que los Estados miembros lleven a cabo en coordinación con Frontex (art. 1). Como primera novedad debe señalarse que el texto amplía el concepto de «vigilancia de fronteras», incluyendo medidas positivas de interceptación, búsqueda, salvamento y desembarco (considerando 1 y capítulo III). La norma también incluye lo dispuesto en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes (Decisión 2006/616/CE, de 24 de julio de 2006; *DOUE* L 262, de 22-IX-2006, y Decisión 2006/617/CE, de 24 de julio 2006; *DOUE* L 262, de 24-VII-2006), ya que la interceptación de barcos queda ahora vinculada al requisito de albergar dudas razonables de que éstos estén involucrados en tráfico ilícito (arts. 6 y 7). Además establece una clara distinción entre operaciones de interceptación en el mar territorial (art. 6), en alta mar (art. 7) y en zona contigua (art. 8), añadiendo más claridad a las condiciones en las que pueden desplegarse dichas acciones.

Otra novedad radica en la distinción entre el desembarco de migrantes tras una operación de interceptación y tras una acción de salvamento (art. 10). En el primer caso éste se efectuará en el Estado miembro ribereño o, en interceptaciones en alta mar, podrá producirse en el tercer Estado del que haya partido el barco siempre que queden garantizados el principio de no devolución y el respeto a los derechos fundamentales. En el caso de las operaciones de salvamento, el Reglamento introduce el concepto de «lugar seguro», artículo 2, apartado 12 y artículo 10, letra c), según se define en las Directrices de la Organización Marítima Internacional ([Resolución MSC.167 \(78\), adoptada el 20 de mayo de 2004](#)).

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales y al principio de no devolución, el Reglamento se hace eco de la [sentencia](#) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia*, de 23 de febrero de 2012, en lo relativo al desembarco en terceros países de personas interceptadas o

rescatadas. El artículo 4 establece directrices claras sobre esta acción, que sólo podrá llevarse a cabo tras haber constatado que el desembarco en el tercer país no conlleve riesgo de sufrir pena de muerte, tortura o cualquier trato inhumano por parte de las personas interceptadas. Con esta idea se incluye la obligación de identificar e informar adecuadamente a las personas afectadas sobre el lugar de desembarco, y de darles la oportunidad de expresar sus razones para creer que dicho desembarco infringiría el principio de no devolución. Por último, y como enmienda presentada por el Parlamento en primera lectura, el Reglamento hace referencia a los mecanismos de solidaridad que los Estados miembros sometidos a una fuerte presión migratoria tienen a su disposición (art. 12).

El Reglamento 656/2014 pretende, en conclusión, establecer un marco claro para las operaciones de interceptación y rescate coordinadas por Frontex. Con esta nueva norma, los Estados miembros participantes disponen de unas directrices más eficaces que garantizan una mayor efectividad a las operaciones de la Agencia, garantizando al mismo tiempo el respeto a los derechos fundamentales tal y como se recogen tanto en la Carta Europea de Derechos Fundamentales como en los demás instrumentos internacionales aplicables.

Enrique SALA LEDESMA  
*Máster en Estudios de la Unión Europea*  
*Universidad de Salamanca*  
[salaenrique@usal.es](mailto:salaenrique@usal.es)

### Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses [DOUE L 111, de 15-IV-2014]

#### FISCALIDAD DE LOS RENDIMIENTOS DEL AHORRO

El 15 de abril de 2014 se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la [Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014](#) (en adelante Directiva 2014/48/UE) y entra en vigor el 15 de abril de ese mismo año. Como indica en su propio título, la citada norma comunitaria se encarga de modificar la [Directiva 2003/48/CE, de 3 de junio, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses](#) (en adelante Directiva 2003/48/CE), directiva esta última que venía siendo aplicada por los Estados miembros desde el 1 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor. Con base en la Directiva del 2003 se alcanzaron grandes avances en la aproximación de las rentas del ahorro, los cuales pretenden ser mejorados técnicamente por la Directiva actual.

La Directiva 2003/48/CE consiguió su objetivo principal consistente, recordemos, en establecer un marco común a la fiscalidad de las rentas del ahorro percibidas en forma de pago de intereses. Con base en la anterior directiva comunitaria, si una persona física, residente de un Estado miembro, obtenía rentas del ahorro en forma de *intereses* en otro Estado miembro que no era el de su residencia (personas físicas a las que se les denominó *beneficiarios efectivos*), tales intereses serían sometidos a gravamen en el primero de los Estados, es decir, en el de la residencia. Para conseguir dicho objetivo y que, por tanto, las personas físicas con cuentas abiertas en el extranjero declarasen los intereses percibidos en el Estado de su residencia, la Directiva comunitaria diseñó un imprescindible *sistema de intercambio automático de información entre los Estados*. Más concretamente, entre el denominado *agente pagador* –operador económico del Estado de la no residencia que pagaba intereses al beneficiario efectivo o le atribuía el pago de intereses para su disfrute inmediato– y la *autoridad competente* del Estado miembro correspondiente a la residencia de la persona física. (Para profundizar se pueden consultar algunas definiciones recogidas en la Directiva comunitaria 2003/48/CE: «definición de beneficiario efectivo», artículo 2; «identidad y residencia de los beneficiarios efectivos», artículo 3; «definición de agente pagador», artículo 4; «definición de autoridad competente», artículo 5; «definición de pago de intereses», artículo 6; «ámbito de aplicación territorial», artículo 7. En el Capítulo II, se refiere al «intercambio de información». Concretamente, su artículo 8 versa sobre «datos proporcionados por el agente pagador»; el artículo 9 al «intercambio automático de información». Y en

su Capítulo III, incluye disposiciones transitorias aplicables a algunos países). Interesa subrayar, sin embargo, que durante un *período transitorio* los países que mantenían el secreto bancario (Austria, Bélgica y Luxemburgo) pudieron optar por no aplicar el sistema de intercambio automático de información con los demás países miembros y sustituirlo por un sistema de retención en origen: del 15% en los tres primeros años del período transitorio, 2005, 2006 y 2007; del 20% en los tres años siguientes, 2008, 2009 y 2010; y del 35% posteriormente, a partir de 2011 y hasta que se aplicaran medidas similares en Suiza, Mónaco, Andorra, Liechtenstein, San Marino y EE. UU. Este sistema de retención en origen les obligaba, no obstante, a transferir gran parte de los ingresos percibidos por esta vía al Estado miembro de residencia del beneficiario efectivo de los intereses. Finalizado el período transitorio por haber alcanzado los oportunos acuerdos con los países anteriormente citados, estos tres Estados estarían obligados a aplicar el sistema de intercambio automático de información y dejar, en su caso, el sistema de retención a cuenta.

El 15 de septiembre de 2008, la Comisión elabora un primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2003/48/CE, advirtiendo de la necesidad de realizar cambios y mejoras técnicas a la anterior normativa comunitaria. En este contexto, y al objeto de avanzar en los logros alcanzados por la Directiva 2003/48/CE, la Directiva 2014/48/CE introduce algunas modificaciones y añadidos que versan sobre los siguientes aspectos:

**1. Enfoque de transparencia en la definición de beneficiario efectivo.** La Directiva del 2003 recogía un concepto de beneficiario efectivo que abarcaba exclusivamente a personas físicas, residentes en un Estado miembro, que recibían para el disfrute inmediato el pago de intereses. Se corría el riesgo de que estas personas pudiesen eludir la aplicación de la norma comunitaria recurriendo a la intermediación de una entidad o instrumento jurídico que estuviese establecido en un territorio no perteneciente a la UE, en el que no se garantizara la imposición de los rendimientos abonados. La Directiva del 2014, en su artículo 2, amplía la definición de beneficiario efectivo e incluye en el mismo a las personas físicas residentes de un Estado miembro que se ocultan a través de estructuras intermedias, entidades o instrumentos jurídicos establecidos en terceros países o jurisdicciones, a través de las cuales perciben el pago de intereses procedentes de otro Estado miembro. Asimismo, exige a los agentes pagadores la aplicación de un «enfoque de transparencia» en virtud del cual deberán informar sobre los pagos de intereses realizados a los beneficiarios efectivos de este tipo de entidades o instrumentos jurídicos establecidos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Los agentes pagadores deberán utilizar toda la información de la que disponen sobre los beneficiarios e instrumentos jurídicos interpuestos y que hayan obtenido con base en la normativa contra el blanqueo de capitales. En el anexo I de la Directiva 2014/48/CE se incluye un listado de entidades e instrumentos jurídicos de terceros países o jurisdicciones a los que afecta esta medida.

**2. Mejora en la información sobre los beneficiarios efectivos.** La Directiva 2014/48/CE, en su artículo 3, mejora las señas de identificación de los beneficiarios efectivos, incrementando la información sobre su identidad y el lugar de su residencia. El agente pagador deberá utilizar la fecha, el lugar de nacimiento del beneficiario efectivo y su número de identificación fiscal o equivalente, si existe y figura en los documentos presentados para la identificación. Asimismo, se mejora la información con relación a las cuentas conjuntas y otros supuestos de propiedad usufructuaria compartida.

**3. Incremento del ámbito objetivo de aplicación: definición de pago de intereses.** El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2003 se extendía a un amplio catálogo de productos financieros detallados en su artículo 6, los cuales se albergaban bajo la definición de «pago de intereses». Aunque así fuera, escapaban de este concepto un gran número de instrumentos. Se podía eludir fácilmente la aplicación de Directiva 2003/48/CE mediante la contratación de instrumentos financieros de características parecidas al «pago de intereses» pero no catalogados normativamente como tales. Por este motivo, la Directiva del 2014 incluye nuevos productos financieros en el concepto de pago de intereses ampliando su ámbito objetivo a otros mecanismos equivalentes. Asimismo, se incorpora en la definición de pago de intereses, determinadas categorías de contratos de seguro de vida con garantía de rendimiento o de rentabilidad superior al 40% y que esté vinculada a las rentas procedentes de créditos o rendimientos equivalentes a los cubiertos en la Directiva 2003/48/CE. Finalmente, se extiende el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/48/CE a todos los fondos y sistemas de inversión colectiva en valores mobiliarios, tanto los establecidos o registrados en la Unión Europea o en cualquier Estado del Espacio Europeo, como los no establecidos. Y ello con independencia de la forma jurídica que revistan.

**4. Clarificación del concepto de agente pagador.** El nuevo concepto de beneficiario efectivo exige una nueva configuración del concepto de agente pagador con el objeto de evitar que las personas físicas puedan evadirse de la aplicación de la Directiva comunitaria mediante la intermediación de una entidad o instrumento jurídico. La Directiva 2014/48/CE, en su artículo 4, incluye en el concepto de agente pagador no sólo al operador económico establecido en un Estado miembro y que efectúa el pago de intereses o atribuye dicho pago para el disfrute inmediato de la persona física no residente. También se incluye en este concepto a aquella entidad e instrumento jurídico que tenga su lugar de administración efectiva en un Estado miembro y que no esté sujeto a tributación efectiva ni en dicho Estado miembro, ni en el Estado miembro en el que esté establecido, ni en el país en el que sea residente a efectos fiscales. A las anteriores entidades se les considera agente pagador en el momento de la percepción de un pago de intereses o de la atribución de dicho pago. El anexo II de la Directiva recoge un catálogo de entidades e instrumentos jurídicos no sujetos a tributación efectiva. Asimismo, se considera agente pagador al operador económico establecido en

un Estado miembro que efectúa o atribuye el pago de intereses a otro operador económico establecido fuera del territorio de aplicación de la directiva comunitaria y de los acuerdos suscritos con terceros países en los que se establecen medidas equivalentes a las previstas por la Directiva 2014/48/CE, cuando ese primer operador económico tenga razones para suponer, por la información de la que dispone, que el segundo operador económico efectuará el pago o lo atribuirá para el disfrute inmediato a una persona física, residente en otro Estado miembro.

**5. Opción del beneficiario efectivo que percibe el pago de intereses en Luxemburgo y Austria.** Luxemburgo y Austria durante un período transitorio no están obligados a aplicar el sistema de intercambio automático de información previsto en la Directiva comunitaria, pudiendo sustituirlo por un sistema de retención en origen. No obstante, la Directiva 2014/48/CE permite a los beneficiarios efectivos sustituir el anterior sistema de retención por un procedimiento de «certificación» o por la comunicación voluntaria al Estado de su residencia.

Las citadas modificaciones deben ser objeto de transposición a la legislación interna de los Estados miembros antes del 1 de enero de 2016, para ser aplicables a partir del 1 de enero de 2017.

Isabel GIL RODRÍGUEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[isabelgil@usal.es](mailto:isabelgil@usal.es)

**Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales  
que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro,  
y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición)  
[DOUE L 159, de 28-V-2014]**

### **RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES**

El 28 de mayo de 2014 se publicó la presente Directiva, cuya entrada en vigor se produjo el 17 de junio de 2014, a los veinte días de su publicación en el *DO*, tal y como establece su artículo 21, teniendo los Estados miembros, como plazo para su transposición a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el 18 de diciembre de 2015 (art. 19); a partir de dicha fecha serán directamente aplicables las disposiciones de la Directiva que se mencionan en su artículo 21.

El objetivo perseguido por este instrumento es la restitución de aquellos bienes que, siendo clasificados como culturales o definidos por un Estado miembro como patrimonio nacional, hayan salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro (art. 1). La restitución se llevará a cabo conforme al procedimiento y condiciones establecidas en la Directiva (art. 3): el Estado miembro del que salió el bien en cuestión está legitimado para ejercitar la acción de restitución ante los tribunales del Estado miembro en el que tal bien se halle, contra el poseedor o tenedor del mismo, debiendo ir acompañada la demanda de determinada documentación que se menciona en el artículo 6. Si se demuestra que el bien fue objeto de un traslado ilícito y que, efectivamente, es un bien cultural, el tribunal del Estado requerido ordenará su restitución inmediata (art. 9) acordando el pago de una indemnización al poseedor de buena fe del bien, siempre y cuando dicho poseedor hubiese actuado con la diligencia debida cuando adquirió el bien (art. 10). Corresponderá al Estado requirente correr con los gastos derivados tanto de la restitución del bien, como de las medidas que se adopten para su localización y conservación (art. 11); no obstante, tales gastos, así como la indemnización, podrán ser reclamados al responsable del traslado ilícito del bien (art.12).

En cualquier caso, no se verán afectadas por la Directiva las acciones civiles y penales que correspondan, conforme a la legislación nacional de los Estados miembros, tanto al Estado requirente como al propietario del bien cultural robado (art. 16). El procedimiento previsto por la Directiva no va dirigido a dirimir a quién corresponde la propiedad sobre el bien cultural, sino únicamente a obtener la restitución del mismo; la propiedad deberá determinarse, una vez producida la restitución, conforme al Derecho del Estado requirente (art. 13).

Como su propio título indica, este texto es una refundición de directivas anteriores, puesto que ya en 1993 se adoptó la [Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro](#) [DOUE L 74, de 27-III-1993: 74], que ha sido modificada en sucesivas ocasiones [[Directiva 96/100/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de febrero de 1997, por la que se modifica el anexo de la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro](#) (DOUE L 60 de 1-III-1997: 59) y [Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por la que se modifica la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro](#) (DOUE L 187, de 10-VII-2001: 43)], lo que hacía necesario su refundición en un único texto en el que se incorporan algunas novedades importantes.

Los informes relativos a la aplicación de la Directiva 93/7/CEE han puesto de manifiesto su escasa aplicación, fundamentalmente, por las limitaciones que impone respecto de los bienes culturales incluidos en su ámbito de aplicación: el nuevo texto lo ha ampliado incluyendo también aquellos bienes que poseen un interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico, pese a que no formen parte de ninguna colección pública o de cualquier otro tipo, y con independencia de cuál sea su origen, antigüedad o valor financiero, bastando con que se considere «patrimonio nacional» conforme al artículo 36 TFUE (art. 2.1); además, los Estados miembros pueden aplicar la Directiva a bienes distintos de los que ésta define como «bienes culturales» (art. 15.1). Por otro lado, el nuevo texto no sólo hace referencia a los bienes incluidos en inventarios de entidades eclesiásticas, sino que extiende su aplicabilidad a los inventariados por otras instituciones religiosas distintas de las eclesiásticas (art. 8.1, inc. 3.º). Asimismo, aunque la aplicabilidad de la Directiva se limita a los bienes que han salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro antes del 1 de enero de 1993 (art. 14), los Estados miembros también pueden aplicarla respecto de bienes que han salido de forma ilegal del territorio de otros Estados miembros con anterioridad a dicha fecha (art. 15.2).

Dado que el plazo previsto para verificar si el bien cultural descubierto en otro Estado miembro es realmente un bien cultural, ha resultado ser demasiado corto, la nueva Directiva amplía dicho plazo a seis meses (art. 5.3), con la pretensión de evitar que se eluda el procedimiento de restitución y permitir a los Estados miembros adoptar las medidas de conservación del bien cultural que sean necesarias. Asimismo, se amplía a tres años el plazo para ejercer la acción de restitución; dicho plazo comenzará a contar a partir de la fecha en la que el Estado miembro del que salió el bien cultural tiene conocimiento del lugar en que dicho bien se halla y de quién es su poseedor o tenedor (art. 8.1). No obstante, la acción de restitución sólo se admite mientras que sea ilegal la salida del bien cultural del territorio del Estado miembro requirente (art. 8.2).

El plazo general de treinta años para la prescripción de la acción de restitución se mantiene en la nueva Directiva (art. 8.1). En cuanto al plazo especial de prescripción respecto de bienes que forman parte de colecciones públicas o de inventarios de instituciones eclesiásticas, se hace ahora extensivo a bienes incluidos en inventarios de instituciones religiosas distintas de las eclesiásticas; si tales bienes se hallan sujetos a un régimen especial de protección, el plazo de prescripción de la acción será de 75 años, salvo en dos excepciones: si con arreglo a la ley nacional de ese Estado la acción es imprescriptible, o si resulta aplicable un Convenio bilateral vigente entre Estados miembros que prevea un plazo superior de prescripción (art. 8.1, inc. 3.º).

La orden de restitución inmediata del bien, dictada por el tribunal competente del Estado requerido, no conlleva una desprotección absoluta del poseedor de buena fe del bien en cuestión, ya que se prevé el pago de la correspondiente indemnización; la nueva Directiva, con el objetivo de prevenir y disuadir el tráfico de bienes culturales, incluye la exigencia de que, para poder ser indemnizado, el poseedor del bien deberá demostrar que actuó «con la diligencia debida» en el momento de la adquisición del bien (art. 10, inc. 1.º). El concepto de «diligencia debida» requiere una interpretación uniforme en todos los Estados miembros, por lo que se indican ciertos criterios no exhaustivos que deberán tenerse en cuenta (art. 10, inc. 2.º). La diligencia exigida al adquirente del bien alcanza igualmente a aquellos que se hallan en posesión de dicho bien por donación o sucesión (art. 10, inc. 3.º).

La Directiva 93/7/CEE ya establecía un procedimiento de cooperación administrativa entre los Estados miembros que se complementó con el [Reglamento \(CE\) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales](#) (DOUE L 39, de 10-II-2009: 1); no obstante, una aplicación eficaz y uniforme de la nueva Directiva exige intensificar la cooperación administrativa entre los Estados miembros, por lo que se establece la obligación, para los Estados miembros, de designar una o varias Autoridades Centrales (art. 4) que deberán cooperar entre sí y fomentar la cooperación entre las demás autoridades de los Estados miembros (art. 5, inc. 1.º), desempeñando las funciones que se detallan en el propio texto de la Directiva (art. 5, inc. 2.º y art. 7).

Asimismo, se prevé que las Autoridades Centrales de los distintos Estados miembros intercambien información relativa a los bienes culturales que hayan salido ilícitamente de su territorio, utilizando para ello el Sistema de Información del Mercado Interior («IMI») establecido por el [Reglamento \(UE\) n.º 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE de la Comisión \(«Reglamento IMI»\)](#) (DOUE L 316, de 14-XI-2012: 1)], sin perjuicio de que se utilicen otros medios de comunicación (art. 7); por ello, resulta necesario incluir en el sistema IMI un módulo específicamente diseñado para los bienes culturales (art. 5) y, dado que el anexo del Reglamento (UE) n.º 1024/2012 contiene

una lista de las disposiciones relativas a la cooperación administrativa en los actos de la Unión que se aplican mediante el IMI, es precisa su modificación para incluir en el mismo la nueva Directiva (art. 18).

Los Estados miembros únicamente tienen la obligación de transponer a sus respectivos ordenamientos jurídicos las disposiciones de la nueva Directiva que modifican la anterior regulación. Es conveniente que el Estado español no exceda esta vez el plazo establecido: la fecha de transposición de la Directiva 93/7/CEE era el 15 de diciembre de 1993 y fue transpuesta en 1994 [[Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE](#) (BOE n.º 307, de 24-XII-1994)]; la Directiva 96/100/CE, cuya fecha límite de transposición era el 1 de septiembre de 1997, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en 1998 [[Ley 18/1998, de 15 de junio, de modificación parcial de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea](#) (BOE n.º 143, de 16-VI-1998)] y la Directiva 2001/38/CE, que debería ser transpuesta antes del 31 de enero de 2001, no se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2002 [[Real Decreto 211/2002, de 22 de febrero, por el que se actualizan determinados valores incluidos en la Ley 36/1994, de 23 de diciembre](#) (BOE n.º 52, de 1-III-2002)].

M.<sup>a</sup> del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Salamanca*  
[marv@usal.es](mailto:marv@usal.es)

### Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 [BOE n.º 27, de 31-I-2014]

El tercer Protocolo Optativo a la Convención de los Derechos del Niño, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entró en vigor el 14 de abril de 2014, tres meses después de que se hubiera recibido el décimo instrumento de ratificación (Albania, Alemania, Bolivia, Costa Rica, Eslovaquia, España, Gabón, Montenegro, Portugal y Tailandia), de conformidad con lo previsto en su art. 19.

A partir de este momento pueden presentarse ante el Comité de los Derechos del Niño comunicaciones individuales «por, o en nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de un Estado parte que afirmen ser víctimas de una violación por el Estado parte» (art. 5), con respecto a cualquiera de los derechos en la Convención de los Derechos del Niño; del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Las condiciones de admisibilidad de las quejas resultan similares a las existentes en otros Tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos, en particular, que no resulten manifiestamente infundadas, no estén sometidas a otros tribunales internacionales y se hayan agotado los recursos internos.

Desde una perspectiva procedimental, el conjunto de los Tratados principales sobre derechos humanos tienen en común disponer de un órgano de control, cuyo procedimiento está desarrollado en el propio Tratado o en un Protocolo facultativo. La primera función de estos comités es recibir los informes periódicos que deben presentar los Estados partes. De igual forma que el resto de los comités previstos en el resto de los Tratados internacionales principales sobre derechos humanos, el Comité de los Derechos del Niño tiene la función de recibir los informes presentados periódicamente por los Estados parte. Los derechos reconocidos en estos instrumentos se encuentran, así, en una posición privilegiada dentro del sistema de garantía de los derechos humanos desarrollado en el seno de las Naciones Unidas, en el núcleo de los Tratados fundamentales –en terminología inglesa se refieren a estos Tratados «centrales» («Core Conventions»)– relativos a los derechos humanos se encuentra, en primer lugar, el Pacto sobre los derechos civiles y políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales, ambos adoptados en 1966, que desarrollan el mandato de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; completados a través de una serie de convenios «sectoriales», dirigidos a salvaguardar los derechos humanos

de ciertos grupos o en ciertas condiciones o circunstancias (*vid.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los principales Tratados internacionales de Derechos Humanos; nuevos Tratados*. 2007: United Nations Publications, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/newCoreTreatiesen.pdf>; ohchr, así como, en general, la página de Naciones Unidas <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>).

En el Protocolo sobre la Convención de los Derechos del Niño también está prevista la posibilidad de iniciar investigaciones (art. 13), en el supuesto de que se considere que existen infracciones graves o sistemáticas; y a pesar de que es un instrumento escasamente utilizado en otros ámbitos internacionales, comunicaciones interestatales (art. 12). A ese respecto, R. A. ALIJA FERNÁNDEZ señala que las denominadas «comunicaciones», peticiones o, de forma más directa, quejas o denuncias interestatales parecerían a primera vista, a la luz de la práctica internacional, «un instrumento más hipotético que real» (Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿un mecanismo útil en situaciones de crisis?» [22]. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2011, [www.reei.org](http://www.reei.org), 3 y ss.). Con todo, desde un punto de vista dogmático pondría de relieve la creación de una «garantía colectiva» en la aplicación del Tratado, a través de la cual se expresaría el interés de todos los Estados en la aplicación efectiva de las disposiciones reconocidas en el acuerdo, reafirmando el carácter procedimental «erga omnes» de sus disposiciones.

En última instancia, la facultad recogida en el Protocolo de admitir las comunicaciones individuales convierte a los derechos reconocidos en la Convención en auténticos derechos subjetivos, invocables por los particulares ante una instancia internacional.

Javier LASO PÉREZ  
Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca  
[jilasop@usal.es](mailto:jilasop@usal.es)

**Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado**  
**[BOE n.º 74, de 26-III-2014]**

**ACCIÓN Y SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO**

El pasado marzo de 2014 entró en vigor la presente Ley (en adelante, LASEE), colmando un vacío normativo que se había vuelto clamoroso. Las dificultades de elaborar una norma como ésta –se escribieron casi cuarenta borradores– explican que en más de treinta años de democracia ningún Ejecutivo hubiera podido sacar adelante un proyecto así, produciéndose un déficit crónico de regulación que ahora, por fin, ha sido resuelto. Cuando se apruebe finalmente el Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, España dispondrá de una normativa coherente y completa para regular sus relaciones exteriores, por vez primera desde la transición.

La norma objeto de nuestro análisis se articula en cuatro títulos con sesenta artículos, amén de varias disposiciones adicionales, derogatorias y finales. El Título Preliminar está encaminado a recoger el objeto de la ley, así como una serie de definiciones y principios que permitan entender el resto del cuerpo de la norma. Lo primero que destaca en la LASEE es su espíritu europeísta, fruto de nuestras coordenadas geográficas y políticas. Así, los principios y objetivos de la Política Exterior española (art. 2 de la Ley) se inspiran ampliamente en aquellos que rigen la Política Exterior y de Seguridad Común europea, tal como se recogen en los artículos 3.5 y 21 del Tratado de la Unión Europea.

La Ley distingue idealmente en su artículo 1 los conceptos de «política exterior» y «acción exterior del Estado». La primera sería propiamente la acción del Gobierno en sus relaciones internacionales, mientras que la segunda, más amplia, comprendería también las actuaciones de otros órganos –como las comunidades autónomas– en el exterior. La distinción, que ha sido criticada por algún sector doctrinal (*cf.* PONS RA-FOLS, Xavier. 2013: «El proyecto de ley de la acción y del servicio exterior del Estado: algunas reflexiones». *Revista Catalana de Derecho Público/gencat blog*, 4.11. 2013 [en línea] <<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/04/el-proyecto-de-ley-de-la-accion-y-del-servicio-exterior-del-estado-algunas-reflexiones---xavier-pons/>> [6 septiembre 2014]), pretende diferenciar las competencias que la Constitución confiere en exclusiva al Gobierno de la Nación –en particular, el *ius contrahendi*, el *ius legationis* y la posibilidad de asumir obligaciones e incurrir en responsabilidad internacional– de aquellas otras que han asumido otros entes, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional.

El Título I de la Ley se refiere a los sujetos y ámbitos de la acción exterior. Entre los primeros, *inter alia*, la Corona, el Gobierno, las Cortes Generales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Consejo General del Poder Judicial o las comunidades autónomas. Los artículos 14 a 32, por su parte, están dedicados a concretar principios y objetivos para distintos ámbitos de la acción exterior.

El Título II regula los instrumentos de planificación, seguimiento y coordinación de la acción exterior. Estos instrumentos son, fundamentalmente, los siguientes: la Estrategia de Acción Exterior, el Informe anual de la Acción Exterior y la labor de dos órganos, a saber, el Consejo de Política Exterior y su Consejo Ejecutivo. Se trata de entes ya existentes desde hace casi quince años, pero que han estado prácticamente durmiendo el sueño de los justos desde su misma creación, por lo que la intención de la LASEE es reactivarlos. La función de estos órganos colegiados es prestar apoyo y asesoramiento al presidente del Gobierno en su función directora de la política exterior. Por cuanto a lo que se refiere a la Estrategia y al Informe, ambos se aprueban por el Gobierno, pero recabando también las aportaciones de otros entes, como los autonómicos o locales.

El Título III y último de la ley reglamenta el Servicio Exterior del Estado, buscándose primordialmente la unidad de acción de todos los órganos de la Administración en el exterior. Para ello, se supera la actual regulación dispersa e imperfecta en beneficio de una ordenación unitaria en el cuerpo legal. El texto dedica atención específica a la acción exterior en el marco de la Unión Europea y a la Comunidad Iberoamericana de Naciones, como no podía ser de otra manera por nuestro entorno legal y nuestros lazos históricos y culturales.

Dentro de la ley tiene un interés especial la regulación dedicada a normar la acción de las comunidades autónomas en el exterior, así como sus relaciones con los otros órganos constitucionales que tienen voz y voto en la actividad de internacional, y muy señaladamente, el Gobierno (*vid.* [GARCÍA PÉREZ, Rafael. 2014: «La proyección internacional de las comunidades autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado \[LAESE\]: Autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior». \*Revista Electrónica de Estudios Internacionales\*, 2014, 27: 30 pp.](#)). La intención de la norma es sujetar esa interacción al principio de lealtad institucional, ínsito en sistemas territorialmente compuestos como el español. Un principio aún más necesario en estos tiempos, donde los acontecimientos en determinadas comunidades autónomas rayan en la deslealtad, cuando no en la más abierta rebeldía. Lo cierto, con todo, es que la ley se limita a codificar la prolija jurisprudencia constitucional sobre esta materia (entre otras, las SSTC 153/1989, 165/1994 o 31/2010), sin recortar ni suprimir las competencias autonómicas que se han venido ejerciendo al albur de esa misma jurisprudencia. De este modo, se subordina la acción exterior autonómica a los instrumentos de planificación del Gobierno, que serán los que determinarán las prioridades para cumplir los objetivos de la política exterior –como no podía ser de otro modo, a tenor de la competencia directora del Ejecutivo en esa materia–.

Por lo que se refiere a la celebración de acuerdos internacionales por las comunidades autónomas, la Ley intenta racionalizar la muy abundante práctica existente hasta el momento. Así, las comunidades autónomas sólo podrán celebrar acuerdos en ejecución y concreción de un tratado internacional que así lo prevea, y acuerdos no

vinculantes con órganos análogos de otros sujetos de Derecho internacional, que en ningún caso tendrán carácter jurídicamente vinculante. El derecho de firmar auténticos tratados internacionales les queda, pues, totalmente vedado. *Nihil novum sub solem!*

Por lo que se refiere a las oficinas autonómicas de representación en el exterior –asimismo muy numerosas–, su apertura deberá ir precedida de notificación al Gobierno con carácter previo, que informará al respecto, si bien nada indica la norma sobre las consecuencias de un informe negativo sobre esa eventual apertura, lo que no deja de crear interrogantes jurídicos.

Es evidente que el espíritu y la letra de la LASEE persiguen dotar de racionalidad, coherencia y eficacia a la acción exterior del Estado, así como responder a los retos de una política exterior que nada tiene que ver con la existente hace treinta años, con la implantación del reciente Servicio Europeo de Acción Exterior, y la cada vez más frecuente práctica internacional de las comunidades autónomas. En este sentido, se trata de una norma absolutamente necesaria y muy positiva, a pesar de que su regulación presenta algunas deficiencias, en no menor medida debido a la necesidad de conciliar intereses diferentes –encontrados– durante su tramitación parlamentaria. Está por ver, empero, si su aplicación estará a la altura de las altas expectativas que genera la proyección internacional de España en la Sociedad Internacional globalizada del siglo XXI.

Daniel GONZÁLEZ HERRERA

*Doctorando en el Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global  
Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca*  
[danielgh20@hotmail.com](mailto:danielgh20@hotmail.com)

Acuerdo de diálogo político y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra parte, hecho en Roma el 15 de diciembre de 2003  
[BOE n.º 117, de 14-V-2014]

La cooperación política ha estado presente desde el inicio de las relaciones entre ambas regiones, que se remontan al Proceso o Diálogo de San José, firmado en Costa Rica en 1984, a través del cual se facilitó la estabilización política de la región después de los conflictos internos. En la actualidad, se dirige a alcanzar acuerdos (beneficioso para la posición internacional de ambas partes), en cuestiones relevantes para la sociedad internacional, como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Durante la II Cumbre de la UE-América Latina y Caribe, celebrada en Madrid en mayo de 2002, la UE y seis países de Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá), acordaron celebrar un Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación, suscrito finalmente en Roma el 15 de diciembre de 2003. El diálogo político y de cooperación se regulaba, así como el conjunto de sus relaciones, en términos genéricos, a través del Acuerdo Marco de Cooperación (adoptado en 1993, en vigor en 1999).

La UE ha sido la última parte en prestar el consentimiento a este Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación, celebrado entre la Comunidad Europea (a la que, como se sabe, la UE sucede en todos sus derechos y obligaciones internacionales después de la entrada en vigor del Tratado de reforma de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009) y seis Estados de la región centroamericana.

De conformidad con su artículo 54, apartado 1, entraría en vigor el primer día del mes siguiente a aquel en el que las Partes se hubieran notificado mutuamente el cumplimiento de sus procedimientos de ratificación internos. Finalmente, la entrada en vigor del Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación (ADPPC) se produjo el primero de mayo de 2014, después de que la UE prestara su consentimiento (*vid.* Decisión del Consejo de 14 de abril de 2014, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra, por lo que respecta a su artículo 49, apartado 3 [DOUE, L111/2, 15.4.2014] Decisión 2014/211/UE del Consejo; el Acuerdo se publicó en el DOUE L 111 de 15.4.2014, junto con la Decisión 2014/211/UE).

La entrada en vigor del ADPC debe, asimismo, enmarcarse dentro de las relaciones entre la UE y los países de Centroamérica, que se encuentran en un momento de impulso de sus relaciones económicas, políticas y de cooperación. Las relaciones birregionales se regulan por el acuerdo de Asociación entre la UE y Centroamérica, firmado el 29 de junio del 2012 en Tegucigalpa, después de que las negociaciones

concluyeran en mayo del 2010. El Acuerdo de Asociación marca un momento importante en las relaciones entre ambas partes, desde una perspectiva global, en la medida en que reúne de forma global un componente comercial, otro de cooperación y, por último, una vertiente de cooperación política (*vid.* MORÁN BLANCO, S. 2014: «El Acuerdo de Asociación de la UE con Centroamérica y el acuerdo multipartito del a UE con Colombia y Perú: objetivos y logros». *RGDE*, 2014, n.º 33, iustel.com).

El ADPC complementa la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación en el ámbito comercial. El pilar comercial del Acuerdo de Asociación tiene un componente de comercio muy ambicioso, en el ámbito de las mercancías, contratación pública, servicios e inversiones en ambas partes. Se trata, además, de un acuerdo birregional, que abre un modelo de cooperación en el ámbito internacional. Desde la perspectiva del diálogo político, el Acuerdo de Asociación entre la UE y Centroamérica sustituirá, cuando entre en vigor, al Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación en el ámbito de materias de las que se ocupa.

En definitiva, en tanto no entre en vigor el Tratado de Asociación la vertiente política de esta relación se regula a través del Acuerdo de Diálogo Político y de Cooperación, celebrado en Roma el 15 de diciembre de 2003, reforzando este ámbito de las relaciones entre ambas partes.

Javier LASO PÉREZ  
Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Salamanca  
[jjlasop@usal.es](mailto:jjlasop@usal.es)

### Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial [BOE n.º 58, de 8-III-2014]

#### REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EMPRESARIAL

El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, *por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, tiene como objetivo declarado en su Exposición de Motivos facilitar la adopción de acuerdos de refinanciación que permitan crear vías que salvaguarden la continuidad empresarial favoreciendo el alivio de su carga financiera o «desapalancamiento». Este RD-L fue convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados en su resolución de 20 de marzo de 2014, de la Presidencia del Congreso de los Diputados (BOE n.º 74 de 26 de marzo) y tramitado y publicado como parte de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, *por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* [BOE n.º 238, de 1-X-2014]. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la elaboración de esta crónica nos referimos específicamente a las modificaciones que el RD-L4/2014 incorpora a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

Puede comprobarse que, pese a la apuesta del legislador por la solución convencional del concurso de acreedores –ratificada recientemente atendidas las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, *de medidas urgentes en materia concursal* cuya tramitación parlamentaria como proyecto de ley está teniendo lugar–, lo cierto es que la mayoría de los concursos se cierran con la ejecución de las operaciones de liquidación y la subsiguiente extinción empresarial. Atendida esta circunstancia, en el precitado RD-L 11/2014 no sólo se introducen disposiciones tendientes permitir la extensión de los efectos de los convenios concursales a los acreedores disidentes, incluidos privilegiados y ordinarios, sino que también se introducen reformas en sede de liquidación. Y, de este modo, se instauran mecanismos orientados a la continuidad de la actividad empresarial facilitándose la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas.

El RD-L 4/2014 en su parte dispositiva consta de un artículo único al objeto de modificar varios preceptos de la LC. El legislador incide en una idea ya conocida que no es otra que el reconocimiento de la incidencia negativa que el régimen de las acciones rescisorias concursales tiene en la negociación de acuerdos de refinanciación empresarial. El riesgo de que en un eventual concurso de acreedores se proceda a la rescisión de los acuerdos de refinanciación, con el subsiguiente lastre que ello supone

para su adopción, resultó en la configuración de un régimen especial en el que ahora se insiste. En efecto, con anterioridad al RD-L cuya presentación justifica estas líneas, se habían introducido ya normas tendentes a blindar determinados acuerdos de refinanciación. Los denominados «escudos protectores». Así se había procedido a través de normas incorporadas por el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, *de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica* y por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*. A través del RD-L 4/2014 se pretende ofrecer una regulación más completa y eficaz de estos acuerdos de refinanciación, tanto en lo que hace a sus presupuestos (requisitos), como contenidos posibles y efectos (homologación).

Atendidos estos fines, el RD-L 4/2014 modifica el contenido del artículo 5 bis LC. Se trata de compaginar el deber de instar el concurso que pesa sobre el deudor con la posibilidad de negociar un acuerdo de refinanciación. Se atiende a la incidencia negativa que sobre la negociación del acuerdo pueden tener las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las referidas ejecuciones se suspenden durante la tramitación de los acuerdos de refinanciación *colectivos* tal y como quedan configurados en la redacción que se da al art. 71 bis 1 LC. Durante la negociación de acuerdos de refinanciación de eficacia exorbitante en los términos propios de la disp. adic. 4.<sup>a</sup> LC, se prevé la suspensión de las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51% del referido pasivo ha apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación.

Se insiste, igualmente, en otras medidas cuyos efectos se despliegan en el concurso, si bien tienen por objeto incentivar la reordenación y reestructuración preconcursal de la deuda empresarial. Se mantiene la consideración de créditos contra la masa para el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería a resultas de un acuerdo de refinanciación –tanto *colectivo* como *singular*– (art. 71 bis LC) u homologado judicialmente (disp. adic. 4.<sup>a</sup> LC). Esta norma, artículo 84.2.11.º LC, debe ser puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 91.6.º LC que prevé que el 50% de *fresh money* que no se repute crédito contra la masa en el concurso del deudor ha de clasificarse como crédito con privilegio especial. Ahora bien, en el RD-L 4/2014 se ahonda en este trato favorable que se reserva en el concurso para el crédito resultante de un acuerdo de refinanciación que genere nuevos ingresos de tesorería. Así la disp. adic. 2.<sup>a</sup> RD-L 4/2014 suspende temporalmente las previsiones acogidas en los arts. 84.2.11.º y 91.6.º LC durante dos años siguientes a su entrada en vigor. Durante este período de tiempo, los créditos que resulten de acuerdos de refinanciación que se beneficien de los «escudos protectores» en el concurso y que resulten en nuevos ingresos de tesorería tendrán la consideración en su totalidad de créditos contra la masa.

En relación a la determinación de quiénes han de reputarse personas especialmente relacionadas con el concursado, el RD-L 4/2014 detrae de esta categoría a quienes participan en operaciones de recapitalización. Se configura un trato particular para los acreedores de la sociedad deudora que hubieran capitalizado en todo o en parte sus créditos en ejecución de acuerdos de refinanciación blindados frente al ejercicio de acciones rescisorias concursales. Con esta modificación que se incorpora al artículo 92.5.º LC se resuelven las dudas que se suscitan sobre la situación en que en el posterior concurso del deudor pudieran encontrarse quienes hubieran participado en operaciones de capitalización de deuda (*debt-equity swap*).

Sin perjuicio de que la voluntad del legislador pudiera ser la de conjurar el riesgo de que alguno de los intervinientes en la negociación y ejecución del acuerdo de refinanciación pudiesen llegar a tener la consideración de administradores de hecho en el concurso de la sociedad posteriormente insolvente, lo cierto es que la previsión que incorpora el artículo 93.2.2.º LC no contribuye a disipar las dudas en relación al acogimiento normativo de esta eventualidad. El legislador se limita a sancionar que «salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación previsto por el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad».

Centrándonos ahora propiamente en los acuerdos de refinanciación y su eficacia, el RD-L 4/2014 incorpora una nueva categoría y modifica el régimen jurídico de las modalidades de acuerdos de refinanciación ya contemplados en la LC. Se mantiene la genérica diferenciación entre los acuerdos con eficacia relativa y los acuerdos susceptibles de homologación judicial con eficacia exorbitante. En lo que se refiere a los primeros, los acuerdos de refinanciación que pudiéramos denominar colectivos y que con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 4/2014 se regulaban en el artículo 71.6 LC se contemplan en un primer apartado del artículo 71 bis LC. Recuérdese que la configuración legal de estos acuerdos de refinanciación se sujetaba a la concurrencia de ciertas exigencias materiales, de quórum y formales. El régimen jurídico de estos acuerdos se corresponde, en esencia, con el resultante del previgente artículo 71.6 LC. Así pues sólo serán rescindibles en los términos que establece la redacción que el RD-L 4/2014 da al artículo 72.2 LC aquellos acuerdos que resulten, al menos, en una ampliación significativa del crédito disponible o en la modificación o extinción de obligaciones mediante el aplazamiento de la deuda preexistente, habiendo de insertarse estos acuerdos en un plan de viabilidad razonable para resolver la situación del deudor.

Se mantiene la exigencia de que el acuerdo haya de ser refrendado por acreedores cuyos créditos representen, al menos, tres quintos del pasivo del deudor a la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. Y, del mismo modo, la exigencia formal de que el acuerdo se formalice en escritura pública a la que han de unirse todos los documentos

que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los anteriores requisitos persiste. El RD-L 4/2014 elimina, sin embargo, la necesidad del control externo que supone el informe de experto independiente sobre el cumplimiento de los presupuestos materiales a que se sujeta el acuerdo de refinanciación. Ahora bien, se exige certificación de auditor de cuentas acreditativa de la concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo.

El contraste entre la concepción del concurso como un proceso universal y el reconocimiento concursal de efectos a acuerdos celebrados entre el deudor y determinados acreedores se hace más evidente atendida la incorporación del artículo 71 bis.2 LC. Se introduce aquí un nuevo supuesto de acuerdo de refinanciación inmune al ejercicio de las acciones rescisorias concursales en que no se requiere alcanzar determinadas mayorías de pasivo. Se permite de esta manera una negociación directa del deudor con uno o más acreedores, y se incide en el contenido de estos acuerdos para asegurar la simultánea mejora de la posición patrimonial del deudor y prevenir la merma de los derechos de los demás acreedores no intervinientes en el acuerdo.

El RD-L 4/2014 revisa el régimen de homologación judicial que se regula en la disp. adic. 4.ª LC. Se amplía su ámbito subjetivo, permitiéndose que este acuerdo sea suscrito por todo tipo de acreedores financieros, con exclusión de los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de Derecho público. Se acoge igualmente la posibilidad de que los acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo resulten afectados no sólo de las esperas que se pacten, sino también, concurriendo un pasivo superior, de otras medidas resultantes del acuerdo tales como quitas, capitalización de deuda y cesión de bienes en pago o para pago. Se prevé asimismo la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a determinados acreedores con garantía real y se simplifica el procedimiento para su homologación.

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[ignacio.moralejo@unizar.es](mailto:ignacio.moralejo@unizar.es)

**Real Decreto 149/2014, de 7 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1335/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes de inscripción de las denominaciones de origen protegidas y de las indicaciones geográficas protegidas en el registro comunitario y la oposición a ellas [BOE n.º 77, de 29-III-2014]**

**DENOMINACIÓN DE ORIGEN**

En el *BOE* n.º 77 del sábado 29 de marzo de 2014 se publicó el RD 149/2014, de 7 de marzo, al objeto de modificar una norma anterior (el RD 1335/2011) que regulaba aspectos procedimentales del reconocimiento de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas.

La razón fundamental que justifica esta reforma se encuentra en la progresiva sustitución de las normas comunitarias que regulan las diferentes indicaciones geográficas, en especial las recogidas en el *Reglamento (UE) n.º 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios*.

Las modificaciones afectan a diversas disposiciones del RD 1335/2011 (artículos 1, 8, 9, 10, 12, 16 y 17), relativas al objeto de la norma, la comprobación de las solicitudes y su publicación, el plazo para la presentación de las declaraciones de oposición, la petición de informes, la oposición a las solicitudes presentadas por agrupaciones de otros Estados miembros o de terceros países y la protección nacional transitoria. Este último es el aspecto más afectado, ya que esta norma pretende aclarar que la protección nacional transitoria se concederá sólo a las nuevas solicitudes de DOP o IGP de productos agrícolas y alimenticios, pero no a las solicitudes que pretendan una modificación del pliego de condiciones una vez que aquellas han sido ya reconocidas.

El artículo 8 se modifica, de una parte, para incluir las nuevas referencias a las normas comunitarias y el cambio de unidad orgánica competente para la comprobación y publicidad de las solicitudes (apartados 1, 2 y 3). Y de otra, en este artículo 8 se produce una modificación en el apartado 5 (que elimina la frase «si la resolución es favorable se iniciará el procedimiento de oposición») y se añade un nuevo apartado 6, que regula ya de forma específica los efectos de la resolución que sea favorable. Este último apartado incluye el contenido del artículo 9 del RD 1335/2011, por lo que en la nueva redacción este ha sido suprimido.

El artículo 12 modifica no sólo la referencia a la unidad orgánica sino el sentido del plazo que se menciona. En la nueva redacción el plazo de 25 días hábiles se fija para que el Ministerio solicite informe a las comunidades autónomas, lo que supone un cambio sustancial frente al contenido anterior de esta disposición, que fijaba un

plazo de 30 días naturales para que las afectadas territorialmente emitieran el informe solicitado. Ha quedado así suprimida la fijación de un plazo a efectos de la evacuación del informe autonómico.

La modificación del artículo 16 contiene las nuevas referencias a las normas comunitarias, la adecuación a la estructura orgánica y una nueva modificación de plazos. Así, en este caso, el plazo fijado para presentar una «notificación de oposición» (antes «declaración de oposición») es de 35 días hábiles. La notificación ha de acompañarse ahora de «una sucinta explicación de los motivos de oposición». En el apartado 2 del artículo 16, además de la adecuación orgánica, se han sustituido los dos plazos de «15 días naturales» por «15 días hábiles».

En el artículo 17, que hace referencia a la protección nacional transitoria, no sólo se modifica la adecuación orgánica, sino que se ajustan los requisitos. Así, ya no se exige la publicación en el *BOE* del contenido completo del pliego de condiciones, sino únicamente la publicación de la página web donde se encuentra el pliego de condiciones. La más importante modificación que se ha llevado a cabo en esta disposición, que incluye un nuevo apartado 2, afecta a la exigencia de esta publicación únicamente para las nuevas solicitudes de registro que se presenten al amparo del *Reglamento (UE) 1151/2012, de 21 de noviembre, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios* y no para las modificaciones de pliegos. Y, por último, el nuevo apartado 3 (anterior 2) incluye la exigencia de que la publicación del pliego en el *BOE* para el caso de las indicaciones geográficas cuyo ámbito territorial no exceda de una comunidad autónoma se hagan informando al Ministerio de la citada concesión.

Hay dos disposiciones cuya reforma se justifica únicamente por ajustes de la nueva numeración de los artículos del Real Decreto (artículo 1) y por adecuación a la nueva nomenclatura de la unidad orgánica (artículo 10).

Como ejemplo de norma por la que se concede la protección nacional transitoria conforme a las prescripciones de la reforma operada en el Real Decreto 1335/2011 por el Real Decreto 149/2014, puede citarse la *Orden Foral 330/2014, de 19 de septiembre, del Departamento de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se concede la protección nacional transitoria a la Denominación de Origen Protegida Vino de Pago «Larrainzar»* (*BOE* n.º 253, de 18 de octubre de 2014) de la Comunidad Foral de Navarra.

Aunque no afecta a las cuestiones procedimentales propias del reconocimiento de una indicación geográfica (o de su modificación), dada la novedad de la cuestión, procede añadir que el viernes 19 de septiembre el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del *Proyecto de Ley de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas cuyo ámbito territorial se extiende a más de una Comunidad Autónoma*, que ya ha tenido entrada en la Cámara para su tramitación (ver

BOCG, n.º 116-1, de 26 de septiembre de 2014). Estamos por tanto ante un importante proceso de adecuación de nuestra regulación interna en materia de indicaciones geográficas conforme a las modificaciones previstas en las nuevas normas comunitarias, por lo que esta iniciativa merece una valoración muy positiva.

M.<sup>a</sup> del Mar GÓMEZ LOZANO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Almería*  
[margomez@ual.es](mailto:margomez@ual.es)

Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión  
[DOUE L 173, de 12-VI-2014]

**ABUSO DE MERCADO**

La transparencia y la integridad constituyen presupuestos para un eficiente y correcto funcionamiento de los mercados financieros. Ambos presupuestos se ven comprometidos por los denominados abusos de mercado, expresión que se utiliza para referirse a un conjunto de conductas ilegales en estos mercados que incluyen la realización de operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de la misma y la manipulación de mercado. El presente Reglamento, junto a la Directiva n.º 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado) [DOUE de 12 de junio de 2014, n.º L 173: 179], pretenden establecer un marco jurídico uniforme y fuerte sobre estas conductas que garantice la integridad de los mercados financieros de la Unión y refuerce la protección de los inversores y su confianza en esos mercados (artículo 1 del Reglamento).

El actual marco jurídico de la Unión para prevenir y reprimir las conductas contrarias a la integridad del mercado, incluido el abuso de mercado, tiene su origen en la armonización llevada a cabo por la Directiva n.º 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado), cuyas disposiciones se transpusieron en el Ordenamiento jurídico español a través de una modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores [véanse también las Directivas de aplicación de la Comisión n.º 2003/124/CE, de 22 de diciembre de 2003; n.º 2003/125/CE, de 22 de diciembre de 2003; y n.º 2004/72/CE, de 29 de abril de 2004].

La disciplina resultante de la Directiva n.º 2003/6/CE, estaba desfasada y no cumplía las funciones pretendidas con su adopción. En primer lugar, la armonización no consiguió suprimir las divergencias nacionales en el tratamiento jurídico de esas conductas, debido a los diferentes enfoques seguidos por los Estados miembros al transponer la Directiva. Estas diferencias obstaculizaban el comercio y propiciaban el arbitraje regulador, dando lugar a distorsiones significativas de la competencia. En segundo lugar, los cambios producidos en los mercados financieros, favorecidos en parte por el desarrollo de nuevas tecnologías, aconsejaban modificar el ámbito de aplicación de las normas para ampliarlo a nuevos instrumentos y a nuevas conductas. En tercer lugar, el contexto económico reciente había puesto de manifiesto la conveniencia de reforzar desde un planteamiento común la eficacia de la supervisión,

investigación y sanción de las malas conductas en el ámbito financiero. Y, en cuarto lugar, este mismo contexto aconsejaba realizar un esfuerzo por reducir la complejidad reguladora y los costes de cumplimiento para las empresas, en especial para aquellas que operan con carácter transfronterizo. Estas razones llevaron a la Comisión a presentar una Propuesta de reglamento que fue adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 16 de abril de 2014.

El nuevo marco normativo común que instituye el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, que entró en vigor a los 20 días de su publicación en el *DOUE*, sustituirá al establecido por la Directiva n.º 2003/6/CE a partir del 3 de julio de 2016, salvo para algunos instrumentos financieros cuya aplicabilidad se retrasa hasta el 3 de enero de 2017 (artículos 37 y 39). No obstante, determinados preceptos del Reglamento son aplicables desde el 2 de julio de 2014 (véase la relación en el artículo 39.2), y los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para cumplir con lo dispuesto en otros preceptos a más tardar el 3 de julio de 2016. La disposición consta de 39 artículos y se divide en siete capítulos.

La Unión Europea ha optado por establecer el nuevo marco a través de un Reglamento. La elección de este instrumento garantiza un régimen uniforme de la disciplina en todos los Estados miembros, dado que esta disposición es por naturaleza directamente aplicable en todos sus elementos, y se evitan las divergencias entre requisitos nacionales que podrían producirse con la transposición de una directiva.

El Reglamento amplía el elenco de instrumentos financieros sometidos a la disciplina sobre el abuso del mercado con relación a la Directiva 2003/6/CE, al incluir los negociados en los nuevos ámbitos de negociación que han emergido durante los últimos años (véase el artículo 2 del Reglamento). Así, las disposiciones del Reglamento van a aplicarse no sólo a los instrumentos financieros admitidos a negociación en los mercados regulados, sino también a los negociados en un sistema multilateral de negociación (SMN) o en un sistema organizado de contratación (SOC), así como a aquellos cuyo precio o valor dependa de los instrumentos financieros mencionados o tengan un efecto sobre el precio o el valor de los mismos, incluidos las permutas de riesgo de crédito y los contratos por diferencias. También se aplica a las conductas y operaciones relativas a las subastas en una plataforma de subasta autorizada como mercado regulado de derechos de emisión u otros productos subastados basados en ellos, aun cuando los productos subastados no sean instrumentos financieros, y a los contratos de contado sobre materias primas que no sean productos energéticos al por mayor. Y todo ello, con independencia de que las conductas o las actuaciones relativas a cualquiera de los instrumentos financieros mencionados se realicen o no en un centro de negociación.

Están excluidos del ámbito de aplicación de la disciplina la negociación con acciones propias en programas de recompra y la negociación de valores o de instrumentos asociados para la estabilización de valores, las operaciones, órdenes o conductas que

respondan a fines de política monetaria, de tipos de cambio o de gestión de la deuda pública, las actividades relacionadas con los derechos de emisión que se realicen en aplicación de la política climática de la Unión y las actividades que se realicen en aplicación de la política agrícola común de la Unión y de la política pesquera común de la Unión (artículos 5 y 6 del Reglamento).

El Reglamento también amplía el alcance de las conductas prohibidas que son, como se ha señalado, las operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación del mercado (véanse artículos 7-16).

A efectos de valorar la existencia de las dos primeras conductas prohibidas, se señalan los tipos de información que se consideran información privilegiada, en general en relación con los instrumentos financieros o sus derivados, y en particular en relación con los instrumentos derivados sobre materias primas y con los derechos de emisión o con los productos subastados basados en esos derechos (artículo 7). Se prevé que la Autoridad Europea de Valores y Mercados adopte directrices sobre el alcance de la información privilegiada concerniente a los derivados sobre materias primas. Asimismo, el precepto incluye unas pautas para determinar el carácter privilegiado de la información que haya podido transmitir un cliente a las personas encargadas de la ejecución de las órdenes relativas a instrumentos financieros en relación con las órdenes pendientes, relativas a instrumentos financieros, de este cliente.

Los actos y conductas que constituyen operaciones con información privilegiada son los realizados por determinadas personas que disponen de la información privilegiada y la utilizan, bien para adquirir, transmitir o ceder los instrumentos financieros a los que se refiere la información, o bien para cancelar o modificar una orden que hubieran formulado antes de conocer la información privilegiada. La prohibición también alcanza a las operaciones que se efectúan siguiendo recomendaciones o inducciones de personas que poseen información privilegiada, cuando la persona que sigue la recomendación o la inducción sabe o debe saber que están basadas en información privilegiada (artículo 8). En el Reglamento se especifican algunas conductas legítimas que no cabe considerar operaciones con información privilegiada (artículo 9).

La comunicación ilícita de información privilegiada que prohíbe el Reglamento se produce cuando determinadas personas que poseen información privilegiada la revelan a terceros, excepto cuando la revelación se produce en el normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones. La prohibición también incluye la revelación de recomendaciones e inducciones cuando la persona que la hace sabe o debe saber que están basadas en información privilegiada (artículo 10). Se dedica una especial atención a las prospecciones de mercado y las condiciones que deben cumplir para no incurrir en abuso de mercado (artículo 11).

Las conductas que suponen manipulación de mercado incluyen las operaciones, órdenes de negociación o cualquier otra actividad o conducta que indebidamente pueden afectar a la oferta, la demanda o el precio de uno o varios instrumentos financieros

o de un contrato de contado sobre materia primas relacionado con ellos (artículo 12). El Reglamento establece un nuevo supuesto de manipulación de mercado consistente en transmitir información falsa o engañosa o suministrar datos falsos en relación con un índice de referencia o cualquier otra conducta que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia. No se consideran manipulación de mercado aquellas conductas acerca de las cuales el autor pueda demostrar haberlas efectuado por razones legítimas y de conformidad con una práctica de mercado aceptada con arreglo al Reglamento (artículos 12 y 13).

Según el nuevo marco, la prohibición de las conductas que constituyen abuso de mercado afecta no solo a la realización de las conductas, sino que alcanza también en algunos supuestos a la tentativa y a la inducción (artículos 14 y 15). Por ello, determinados organismos y personas están obligados a notificar sin demora a la autoridad competente de la plataforma de negociación las operaciones sospechosas, que no solo incluyen las operaciones ejecutadas, sino también las órdenes formuladas que pueden constituir una operación con información privilegiada, una manipulación del mercado o una tentativa de cualquiera de ellas.

La difusión pública de la información privilegiada por parte de los emisores contribuye a prevenir algunos abusos de mercado y a promover la transparencia. Por ello, el Reglamento obliga a los emisores y a los participantes del mercado de derechos de emisión a hacerlo tan pronto como sea posible (artículo 17, apartados 1 y 2). No obstante, el aplazamiento de la difusión se admite en determinadas situaciones que se detallan en el Reglamento (artículo 17.4), por ejemplo, cuando puede afectar a legítimos intereses del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, o para proteger el interés público si la difusión es susceptible de perturbar la estabilidad del sistema financiero (artículo 17.5). No obstante, se requiere que los emisores notifiquen a la autoridad competente el aplazamiento y los motivos del mismo (artículo 17.6). Además, se prevén medidas para facilitar a las pequeñas y medianas empresas el cumplimiento de la obligación de difundir públicamente la información privilegiada.

Otras medidas previstas en el Reglamento para prevenir los abusos de mercado son la obligación de los emisores de elaborar las listas de iniciados y de tenerlas debidamente actualizadas a disposición de la autoridad competente (artículo 18); la obligación de las personas con responsabilidades de dirección, y de las personas estrechamente vinculadas con ellas, de notificar al emisor o al participante del mercado de derechos de emisión y a la autoridad competente todas las operaciones ejecutadas por cuenta propia relativa a determinados instrumentos, derechos de emisión o productos vinculados o relacionados con ellos (artículo 19); la obligación de quienes elaboran o difunden recomendaciones de inversión, así como de los organismos públicos que facilitan estadísticas o previsiones, de actuar diligentemente para garantizar la objetividad de su actuación (artículo 20); y determinadas cautelas dirigidas a asegurar

que la publicación o difusión de información en los medios de comunicación se realiza por motivos estrictamente periodísticos o de expresión (artículo 21).

Para garantizar la supervisión de los mercados, el Reglamento obliga a los Estados miembros a designar una autoridad administrativa única dotada de amplias facultades y poderes de investigación (véanse artículos 22 y 23), que incluyen la realización de inspecciones e investigaciones *in situ* y la facultad de solicitar grabaciones de conversaciones telefónicas o comunicaciones electrónicas, todo ello de conformidad con la legislación nacional. Las autoridades nacionales de supervisión han de cooperar con la Autoridad Europea de Valores y Mercados (artículo 24); y, cuando sea necesario, deben hacerlo entre sí y con la Autoridad Europea de Valores y Mercados y, en su caso, con las autoridades de supervisión de terceros países con los que concluyan acuerdos de colaboración (artículos 25 y 26).

Asimismo, para promover la persecución de las infracciones, el Reglamento dispone que los Estados miembros establezcan mecanismos eficaces de denuncia que garanticen una protección adecuada de los denunciantes.

El Reglamento introduce importantes novedades en el régimen sancionador aplicable a los abusos de mercado (artículo 30). Entre otras medidas, se prevé la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias equivalentes al triple del importe de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas con la infracción, en caso de que puedan determinarse; o de multas que pueden llegar hasta los 5.000.000 euros para las personas físicas, y hasta 15.000.000 o el 15% del volumen de negocios anual total para las personas jurídicas. También se prevén consecuencias administrativas adicionales diferentes de las pecuniarias.

Por último, hay que recordar que la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo obliga a los Estados miembros a establecer que, al menos, los casos graves de operaciones con información privilegiada, manipulación de mercado y comunicación ilícita de información privilegiada constituyan infracciones penales cuando se hayan cometido intencionalmente.

Juan ARPIO SANTACRUZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[arpio@unizar.es](mailto:arpio@unizar.es)

Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 [DOUE L 173, de 12-VI-2014] y Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE [DOUE L 173, de 12-VI-2014]

**EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LOS MERCADOS DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS**

**1. Introducción: el marco normativo de los mercados de instrumentos financieros en la UE**

El 15 de mayo de 2014 se adoptaron el Reglamento 600/2014/UE, del PE y del Consejo, relativo a los mercados de instrumentos financieros (conocido por sus siglas en lengua inglesa *Markets in Financial Instruments Regulation [MiFIR]*), y por el que se modifica el Reglamento 648/2012/UE, del PE y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (DOUE L 201, de 27 de julio de 2012), de derivados extrabursátiles, entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, y la Directiva 2014/65/UE, del PE y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como *Markets in Financial Instruments Directive [MiFID 2]*), y por la que se modifican las Directivas 2002/92/CE, del PE y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002 (DOUE L 9, de 15 de enero de 2003), sobre la mediación en los seguros, y 2011/61/UE, del PE y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos (DOUE L 174, de 1 julio de 2011). Ambas se publicaron en el DOUE L 173, de 12 de junio de 2014 (disponibles en «<http://europa.eu>»).

*MiFIR* y *MiFID 2* están llamados a constituir el nuevo marco jurídico de los instrumentos financieros en la UE cuando comience su aplicación efectiva, prevista para el 3 de enero de 2017. Concretamente, esta es la fecha en la que, de una parte, concluirá el periodo de suspensión de esta aplicación establecido en el segundo párrafo del artículo 55 *MiFIR*, y en la que, de otra, y conforme al primer párrafo del artículo 94 *MiFID 2*, se verá derogada la regulación previa en esta materia, a saber, la famosa y todavía vigente a día de hoy Directiva 2004/39/UE, del PE y del Consejo, de 21 abril de 2004 (DOUE L 145, de 30 abril de 2004), relativa a los mercados de instrumentos financieros (*MiFID 1*), que se verá sustituida tanto por *MiFIR* como por *MiFID 2*. Pese a ello, la entrada formal en vigor de ambas normas tuvo lugar el pasado 3 de julio de 2014, esto es, a los veinte días de su publicación en el DOUE, tal y como se dispone en los arts. 55.1 *MiFIR* y 96 *MiFID 2*. En otro orden de cosas, los Estados miembros habrán de haber incorporado a sus respectivos ordenamientos nacionales el régimen de *MiFID 2* antes del 3 de julio de 2016, según su artículo 93.1. No obstante, existen otros plazos transitorios adicionales de transposición en otras cuestiones puntuales hasta el 3 de julio de 2020, a tenor del artículo 95.1 *MiFID 2*. Por ende, algunos de

los preceptos de *MiFIR* habrán de verse aplicados desde su misma entrada en vigor, como se desprende de su artículo 55.3, y algunos otros no se aplicarán hasta el 3 de enero de 2019 (artículo 55.4 *MiFIR*).

Esta marcada diversidad de plazos de aplicación efectiva y de incorporación de las diferentes disposiciones establecidas en *MiFIR* y *MiFID 2* dan buena muestra de la amplitud y complejidad de ambas normas, que han sido resultado de un arduo y prolongado *iter* legislativo iniciado a partir de los contenidos vertidos en el famoso Consejo Europeo de 18 y 19 de junio de 2009 en torno a la futura arquitectura de la supervisión financiera en la UE, siguiendo las consideraciones al respecto del Grupo de Expertos de Alto Nivel en esta materia, presidido por M. De Larosière, y que propició la presentación de las primeras Propuestas de la Comisión de la UE, ambas de 20 de octubre de 2011 (Doc. [COM] 651 y 656 final, respectivamente, disponibles en «<http://ec.europa.eu>»). Los objetivos generales perseguidos con la adopción de este Reglamento y de esta Directiva han sido incrementar la eficiencia, flexibilidad y transparencia de los mercados de instrumentos financieros, aumentar el rigor en su supervisión y control y fortalecer la protección de los inversores, además de actualizar la estructura y configuración de dichos mercados a los cambios a los que han dado lugar, por un lado, su propia evolución, y de otro, la crisis económica y financiera de los últimos años. En consecuencia, se ha llevado a cabo una profunda reforma del marco normativo de estos mercados, comparable e incluso superior en muchos aspectos a la que representó en su momento *MiFID 1*, y al igual que lo fuera esta última no hace tanto tiempo, se trata de un hito de la máxima importancia dentro del ya vasto entramado legal existente en el Derecho de la UE en materia de valores negociables.

## 2. Estructura, contenidos y principales innovaciones introducidas mediante el Reglamento 600/2014/UE

Los objetivos generales antes enumerados se han visto desarrollados mediante otros objetivos más puntuales, así, el incremento de la transparencia y el refuerzo de la supervisión y control de los mercados de instrumentos financieros requería de una mayor uniformidad en la ordenación de dichos mercados, que fuese más allá de la mera armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre el particular y que representase asimismo una base y un complemento de dicha armonización. De ahí que haya sido necesario alcanzar este logro mediante una norma de aplicación directa que no precisase de una incorporación a tales legislaciones, es decir, de un Reglamento como el que nos ocupa, hecho que viene a constituir en sí mismo toda una novedad de primer orden y un notable avance nada desdeñable en la regulación de este sector. Pues bien, a esta finalidad concreta es a la que viene a responder *MiFIR* y, por ello, sus disposiciones se hallan esencialmente orientadas a determinar el estatuto o las normas de conducta de los operadores económicos que actúan en estos mercados, y las potestades de las autoridades competentes para

intervenir en los mismos, especialmente en materias tales como, entre otras, la comunicación de las operaciones e informaciones relevantes y el control de la gestión sobre los valores objeto de negociación.

El texto articulado de *MiFIR* consta de 55 preceptos, ordenados en diez títulos, a saber: I.- Objeto, ámbito de aplicación y definiciones, II.- Transparencia para los centros de negociación, III.- Transparencia para los internacionalizadores sistemáticos y las empresas de servicios de inversión que negocien en mercados extrabursátiles, IV.- Comunicación de operaciones, V.- Derivados, VI.- Acceso no discriminatorio a la compensación para los instrumentos financieros, VII.- Medidas de supervisión sobre intervención de productos y posiciones, VIII.- Prestación de servicios y realización de actividades por empresas de terceros países, con arreglo a una decisión de equivalencia, con o sin sucursal, IX.- Actos delegados y de ejecución, y X.- Disposiciones finales. Se trata, pues, de una estructura ya habitual en la normativa comunitaria, consistente en comenzar delimitando los aspectos básicos, abordar a continuación los contenidos específicos a regular en la norma en cuestión, para concluir con temas claramente más técnicos, tales como los poderes de la Comisión de la UE para adoptar actos de delegación y de ejecución y la entrada en vigor de este Reglamento. Por lo demás, la estrecha e imprescindible ligazón entre la armonización y la uniformidad de la regulación comunitaria de los mercados de instrumentos financieros se deja sentir en la evidente y notable coordinación entre el régimen tipificado en *MiFIR* y en *MiFID 2*.

Uno de los aspectos en los que se observa con mayor claridad esta coordinación es en la delimitación del ámbito de aplicación de *MiFIR*, establecida en su artículo 1, y en la que son frecuentes las remisiones a conceptos determinados en *MiFID 2*, por ejemplo en lo referente a las empresas de servicios de inversión (art. 1.2 *MiFIR*), entre otros muchos puntos. Esta delimitación se ha llevado a cabo tanto en un plano netamente objetivo como en una perspectiva subjetiva.

Desde este primer punto de vista objetivo, las cuestiones objeto de este Reglamento aparecen enumeradas en su artículo 1.1, a saber, publicación de datos sobre la negociación, comunicación de operaciones a las autoridades competentes, negociación de derivados en centros organizados, acceso no discriminatorio a los mecanismos de compensación y a la negociación con índices de referencia, poderes de intervención de las autoridades competentes y poderes en materia de controles de la gestión de posiciones y límites de las mismas, y prestación de servicios de inversión o realización de actividades de inversión por empresas de terceros países con arreglo a una decisión aplicable de la comisión en materia de equivalencia con o sin sucursal. Por lo demás, este ámbito objetivo se extenderá parcialmente, en cuanto a la aplicación de las exigencias de transparencia establecidas en el Título III *MiFIR*, a la negociación de instrumentos financieros por parte de una ESI por cuenta propia cuando ejecuta órdenes de sus clientes al margen de un mercado regulado, de un sistema multilateral de negociación (SMN) o un sistema organizado de contratación (SOC), o de

un internacionalizador sistemático, y a la conclusión de operaciones con instrumentos financieros fuera de sistemas multilaterales o internacionalizadores sistemáticos, según lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.7 *MiFID 2*, en una nueva muestra de la referida coordinación entre ambas normas.

La delimitación subjetiva comprende, con carácter general, a las referidas empresas de servicios de inversión (ESI) autorizadas de acuerdo con *MiFID 2* y a las entidades de crédito autorizadas conforme a la normativa comunitaria aplicable (la Directiva 2013/36/UE, del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013 [*DOUE* L 176, de 27 de junio de 2013], relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su supervisión prudencial y de las ESI, conocida como Directiva bancaria) cuando presten servicios de inversión o realicen una o varias actividades de inversión y los organismos rectores del mercado, incluidos los centros de negociación que gestione (art. 1.2 *MiFIR*); con carácter especial, este Reglamento será igualmente de aplicación a las contrapartes financieras y no financieras (tal y como se definen en los arts. 2.8 y 10.1 b del Reglamento 648/2012/UE, del PE y del Consejo, de 4 de julio de 2012 [*DOUE* L 201, de 27 de julio de 2012], relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones), a las Entidades de Contrapartida Central (ECC) y a las personas con derechos de propiedad sobre los índices de referencia, y asimismo a las empresas de terceros países que presten servicios de inversión o realicen actividades de inversión en la UE con arreglo a una decisión aplicable de la Comisión en materia de equivalencia con o sin sucursal (arts. 1.3 a 1.5 *MiFIR*). A modo de excepción, se han visto parcialmente excluidos de esta delimitación subjetiva (en concreto, de la aplicación de los arts. 8, 10, 18 y 21 *MiFIR*) los mercados regulados, los organismos rectores del mercado y las ESI en relación con una operación, si la contraparte es miembro del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y dicha operación tiene lugar en el ejercicio de la política monetaria, cambiaria y en materia de estabilidad financiera que este miembro del SEBC esté legalmente facultado para ejercer, y siempre que dicho miembro haya notificado previamente a la contraparte que esa operación está exenta (art. 1.6 *MiFIR*). El ejercicio del resto de operaciones de inversión por parte de los miembros del SEBC se verá sometido sin más a este Reglamento (art. 1.7 *MiFIR*).

A estas operaciones y a estos sujetos les resultarán de aplicación las diferentes exigencias establecidas en *MiFIR* en cuanto a transparencia, normas de conducta, supervisión y control de las autoridades competentes, y demás materias reguladas en este Reglamento. A tales efectos, se determinan unos requisitos y principios de carácter general y omnicompreensivo en cada uno de estos puntos, y luego se precisan obligaciones más específicas en función de cada operación y cada sujeto más en concreto. Así, el régimen general de la transparencia incluye (art. 3 *MiFIR*) no sólo la información que debe ser divulgada (cotizaciones, precios de compra y venta, profundidad de las posiciones negociables a estos precios, etc.), sino el modo en que debe

hacerse pública (de manera continua en los horarios habituales de negociación, en condiciones comerciales razonables y de forma no discriminatoria), y debe ir referida a todas las fases de la negociación, antes, durante y después de la misma (arts. 12 y 13 *MiFIR*). Sobre esta base, se fijan a continuación regímenes especiales de transparencia según los tipos de instrumentos financieros (distinguiendo entre los de renta fija y renta variable, y los distintos de las acciones e instrumentos asimilados a las mismas [arts. 5 a 11 *MiFIR*]) y las clases de operadores (haciendo especial hincapié en los que actúen en mercados extrabursátiles [arts. 14 a 23 *MiFIR*], y a sus deberes de transparencia en lo relativo a la ejecución de las órdenes de sus clientes y al acceso a las cotizaciones, deberes cuyo cumplimiento habrá de ser supervisado y controlado por parte de las autoridades competentes, lo que, como ya se ha indicado, será de aplicación incluso a algunos supuestos de negociación de instrumentos financieros fuera de un mercado regulado, un SMN, un SOC o un internacionalizador sistemático, en virtud del reiterado artículo 1.7 *MiFID 2*). A mayor abundamiento, se garantiza esta transparencia mediante los deberes fijados en las normas de conducta de los operadores en estos mercados, que les obligan a tener registros de sus actividades durante un plazo de cinco años y a comunicarlas a las autoridades competentes (arts. 24 a 26 *MiFIR*); en particular, los centros de negociación y los internacionalizadores sistemáticos de órdenes deberán facilitar los datos de referencia sobre los instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado regulado, o negociados en un SMN o en un SOC, tal y como se definen en *MiFID 2* (art. 27 *MiFIR*). Estas autoridades de supervisión son la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM, creada mediante Reglamento 2010/1095/CE, del PE y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010 [*DOUE* L 331, de 15 de diciembre de 2010]) y la Autoridad Bancaria Europea (ABE, creada mediante el Reglamento 2010/1093/CE, del PE y del Consejo, de la misma fecha y publicado en el mismo *DOUE* que el anterior), en relación con el seguimiento e intervención de productos financieros (arts. 39 a 43 *MiFIR*), y la AEVM y las autoridades nacionales competentes (en España, obviamente, sería la CNMV, de conformidad con la Ley 24/1988, de 28 de julio [*BOE* 181, de 29 de julio de 1988], del Mercado de Valores [LMV], con todas sus numerosas modificaciones, y que, sin duda, deberá volver a serlo en un futuro no lejano para la incorporación de *MiFID 2*), en lo tocante a las medidas nacionales de gestión y limitación de posiciones (arts. 44 y 45 *MiFIR*). Es importante destacar la necesaria coordinación que debe existir entre tales autoridades, y que se encomienda a la AEVM y a la ABE en lo referente a las autoridades nacionales competentes (arts. 43 y 44 *MiFIR*).

Finalmente, otras materias más singulares (pero asimismo relevantes) que también se han visto ponderadas en este Reglamento han sido la negociación de instrumentos financieros derivados, que sólo podrá tener lugar en un mercado regulado, en un SMN o en un SOC (arts. 28 a 34 *MiFIR*); la supresión de barreras de entrada y de actuación en los mercados de instrumentos financieros a través del acceso no discriminatorio a

los mecanismos de compensación de los instrumentos financieros, a las ECC y a los centros de negociación, a los índices de referencia de los instrumentos financieros y a las licencias de consulta de determinadas informaciones (arts. 35 a 38 *MiFIR*), y los servicios y actividades en la UE prestados o desarrollados por empresas de terceros países, que requieren que la Comisión adopte respecto de los mismos la llamada decisión de equivalencia, es decir, que se dan en esos terceros países condiciones regulatorias y de supervisión que garanticen que las empresas allí autorizadas se ven sometidas a requisitos y exigencias de efectos equivalentes a los de este Reglamento (art. 47 *MiFIR*); a su vez, ello permitirá a tales empresas ser inscritas en el registro llevado por la Comisión (arts. 48 y 49 *MiFIR*) y, así, operar en la UE (art. 46 *MiFIR*).

### **3. Estructura, contenidos y principales innovaciones introducidas mediante la Directiva 2014/65/UE**

Las ya expuestas amplitud y complejidad de *MiFIR* corren parejas e incluso se ven superadas por las de *MiFID 2*, lo cual marcará la impronta de su necesaria incorporación a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, en el evidente (y desde luego ambicioso) afán de las Instituciones de la UE de lograr la mayor homogeneidad posible en la regulación de los mercados de instrumentos financieros en sus diferentes aspectos objetivo, subjetivo y funcional, más allá de lo que podría esperarse en general de una actuación de armonización.

El texto de *MiFID 2* se compone de 77 artículos, estructurados en siete títulos, a saber: I.- Ámbito de aplicación y definiciones, II.- Condiciones de autorización y funcionamiento de las empresas de servicios de inversión, III.- Mercados regulados, IV.- Limitación de las posiciones y controles de la gestión de posiciones en derivados sobre materias primas y comunicación, V.- Servicios de suministro de datos, VI.- Autoridades competentes, y VII.- Actos delegados (en el que se contemplan asimismo los informes que la Comisión de la UE debe elaborar y presentar ante el PE y el Consejo previa consulta a la AEVM, las Disposiciones finales y las modificaciones introducidas en las Directivas 2002/92/CE y 2011/61/UE, ya citadas); además, a todo ello se añaden cuatro Anexos en los que se desarrollan en detalle algunas de las cuestiones comprendidas en tales títulos. De este modo, y al igual que en *MiFIR*, se han abordado de antemano los conceptos fundamentales (especialmente importantes, por ser los mismos que informan también el Reglamento 600/2014/UE), se han regulado luego los contenidos objeto de armonización mediante esta Directiva, y se han dejado para el final la adopción de actos de delegación por parte de la Comisión de la UE, la entrada en vigor y los plazos de incorporación de los distintos mandatos de *MiFID 2* a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Por último, sólo queda recalcar una vez más la necesaria puesta en relación de las previsiones fijadas en *MiFID 2* y en *MiFIR*, sobre todo en cuanto a las definiciones de los elementos básicos en este sector, aunque también en otros temas más puntuales, lo que confiere aun mayor importancia, si cabe, a la delimitación del ámbito de aplicación de esta Directiva, que

no afecta sólo a dicho ámbito, sino en general al régimen de los mercados de instrumentos financieros en la UE, que se ve integrado por ambas normas a modo de partes indisolubles del mismo.

El reiterado ámbito de aplicación de esta Directiva ha sido llevado a cabo de la manera más vasta posible, en una triple perspectiva, objetiva, subjetiva y de ordenación.

Desde un punto de vista objetivo, la armonización en esta materia versará sobre la autorización y las condiciones de funcionamiento de las ESI, la prestación de servicios o la realización de actividades de inversión por parte de empresas de terceros países estableciendo una sucursal; la autorización y el funcionamiento de los mercados regulados; la autorización y el funcionamiento de los proveedores de servicios de suministro de datos, y la supervisión, cooperación y ejecución efectiva por parte de las autoridades competentes (art. 1.2 *MiFID 2*). Además, también se concretan con mayor exactitud las actividades y servicios de inversión contemplados en esta Directiva (a saber, recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros, ejecución de órdenes por cuenta de clientes, negociación por cuenta propia, gestión de carteras, asesoramiento en materia de inversión, aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de los mismos sobre o sin la base de un compromiso firme y gestión de SMN o de SOC) en las Secciones A, B y D de su Anexo I, incluyendo en la segunda los servicios auxiliares (es decir, custodia y administración de instrumentos financieros por cuenta de clientes; concesión de créditos o préstamos a un inversor para permitirle la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros cuando la empresa prestamista participa en dicha operación; asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines; y asesoramiento y servicios en relación con las fusiones y la adquisición de empresas, servicios de cambio de divisas relacionados con la prestación de servicios de inversión, informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones en instrumentos financieros, servicios relacionados con el aseguramiento, y servicios y actividades de inversión y servicios auxiliares relativos al subyacente de determinados derivados cuando éstos se hallen vinculados a la prestación de servicios de inversión o de servicios auxiliares) y en la tercera los servicios de suministro de datos (esto es, gestión de un agente de publicación autorizado [APA], gestión de un proveedor de información consolidado [PIC] y gestión de un sistema de información autorizado [SIA]). En particular, se enumeran en la Sección C de dicho Anexo de la forma más exhaustiva y omnicomprendensiva posible las distintas modalidades de instrumentos financieros, de entre las que, obviamente, destacan los valores negociables, pero llevando mucho más allá esta categoría, que abarca también los instrumentos del mercado monetario; las participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva; los contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), contratos a plazo y otros contratos derivados relacionados con materias primas, variables, climáticas, gastos de transporte, tipos de inflación u otras estadísticas

económicas oficiales; instrumentos derivados para la transferencia del riesgo del crédito; contratos financieros por diferencias, y los derechos de emisión consistentes en unidades reconocidas a los efectos de la conformidad con los requisitos de la Directiva 2003/87/CE, del PE y del Consejo, de 13 de octubre de 2003 (*DOUE* L 275, de 25 de octubre de 2003), sobre el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (con sus sucesivas y numerosas modificaciones, una de las más recientes introducida mediante el Reglamento 421/2014/UE, del PE y del Consejo, de 16 de abril de 2014 [*DOUE* L 129, de 30 abril 2014]). A mayor abundamiento, la vertiente objetiva del ámbito de aplicación de *MiFID 2* comprende igualmente los sistemas de negociación de estos instrumentos financieros, como son los mercados regulados (entre otros, arts. 36 y 37 y 44 a 56 *MiFID 2*), los SMN y los SOC (entre otros, arts. 1.7, 18 a 20 y 31 *MiFID 2*). Obviamente, las negociaciones de instrumentos financieros fuera de dichos sistemas quedan excluidas *per se* de esta armonización; por ello y para garantizar una mínima transparencia al respecto, se establece en los reiterados párrafos segundo y tercero del artículo 1.7 *MiFID 2* que determinados supuestos de tales negociaciones (en concreto, y como ya se indicó, la negociación de instrumentos financieros por cuenta propia por parte de una ESI cuando ejecuta órdenes de sus clientes al margen de un mercado regulado, un SMN, un SOC o un internacionalizador sistemático, y a la conclusión de operaciones con instrumentos financieros fuera de sistemas multilaterales o internacionalizadores sistemáticos), se verán sometidas a lo dispuesto en el Título III *MiFIR*, lo que confirma e incrementa la repetida coordinación entre estas normas.

Asimismo, resulta sumamente amplia la delimitación subjetiva del ámbito de esta Directiva, que se ha realizado atendiendo a todos los partícipes en los mercados de instrumentos financieros: de un lado (art. 1.1 *MiFID 2*), están los sujetos activos o, lo que es lo mismo, los prestadores de los diversos y numerosos servicios en estos mercados, a saber, ESI (definidas en el artículo 4.1.1 *MiFID 2* como «toda persona jurídica cuya profesión o actividad habitual consisten en prestar uno o más servicios de inversión o en realizar una o más actividades de inversión con carácter profesional a terceros»), organismos rectores del mercado, proveedores de servicios de suministro de datos (es decir, APA, PIC y SIA, cuyo régimen y estatuto se determinan en los arts. 59 a 66 *MiFID 2*) y empresas de terceros países que presten servicios o ejerzan actividades de inversión mediante el establecimiento de una sucursal en la UE. Además (arts. 1.3 y 1.4 *MiFID 2*) se incluyen parcialmente en la aplicación de algunos de los preceptos de esta Directiva a las entidades de crédito autorizadas con arreglo a la Directiva bancaria ya citada cuando presten o realicen uno o varios servicios o actividades de inversión (en concreto, los arts. 2.2, 9.3, 14, 16 a 20, los capítulos II y III del Título II [excepto los arts. 29.2.2, 34.2, 34.3, 35.2 a 35.6 y 35.9], 67 a 75, 80, 85, 86 *MiFID 2*), o cuando vendan a sus clientes depósitos estructurados o les asesoren al respecto (en concreto, los arts. 9.3, 14, 16.2, 16.3 y 16.6, 123 a 26, 28 y 29 [excepto su ap. 2,

párrafo 2], 30 y 67 a 75 *MiFID 2*), y a los miembros o participantes en SMN que no estén obligados a obtener autorización (en concreto, los arts. 57 y 58 *MiFID 2* en todo caso, y los arts. 17.1 a 17.6 de esta Directiva en ciertos supuestos). Con ello, se está reconociendo que algunos operadores se ven expresamente excluidos de la aplicación de esta Directiva (art. 2 *MiFID 2*), tales como, entre otros, las empresas de seguros, de reaseguro y de retrocesión autorizadas en los términos de la Directiva 2009/138/UE, del PE y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (*DOUE* L 335, de 17 de diciembre de 2009), sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (con sus sucesivas modificaciones, una de las más recientes introducida mediante la Directiva 2014/51/UE, del PE y del Consejo, de 16 de abril de 2014 [*DOUE* L 153, de 22 de mayo de 2014]), cuando ejerciten las actividades contempladas en esta última Directiva, las personas que presten servicios de inversión exclusivamente a sus empresas matrices, filiales o a otras filiales de sus empresas matrices, o de manera accesoria en el marco de una actividad profesional reglada o sometida a un código deontológico que no excluyan dichos servicios, o cuando tales servicios consistan sólo en la gestión de sistemas de participación de los trabajadores, instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones, gestores de la red de transporte, depositarios centrales de valores (DCV), etc. A mayor abundamiento, se enumeran (art. 3 *MiFID 2*) otras excepciones adicionales de carácter facultativo para los Estados miembros cuando incorporen a sus ordenamientos nacionales las disposiciones de esta Directiva en lo tocante a cualquier persona respecto de la cual sea el Estado miembro de origen y sus actividades se hallen reguladas y regladas a escala nacional (art. 3.1 *MiFID 2*). Del otro lado, se encuentran los sujetos pasivos de estos mercados, esto es, el cliente (definido en el artículo 4.1.9 *MiFID 2* como «toda persona física o jurídica a quien una ESI presta servicios de inversión o servicios auxiliares», y distinguiendo entre clientes profesionales [los que se ajusten a los criterios establecidos en el Anexo II *MiFID 2*] y clientes minoristas [todos los demás que no sean clientes profesionales]).

En cuanto a la ordenación de los mercados de instrumentos financieros, la misma conlleva, como es obvio, la necesaria supervisión y control de estos mercados por parte de las autoridades competentes, que forma parte asimismo de las materias armonizadas por esta Directiva, a tenor de su Título VI (arts. 67 a 88 *MiFID 2*), puesto en relación con el Reglamento 2010/1095/CE, de creación de la AEVM, ya citado. En el plano nacional, tales autoridades serán las que designe cada Estado miembro (art. 67.1 *MiFID 2*), si bien deberá ser comunicada esta designación a la Comisión de la UE, a la AEVM y a las demás autoridades competentes en el resto de los Estados miembros, y la actuación de estas autoridades deberá someterse a los arts. 67 a 78 *MiFID 2*, en los que se regulan cuestiones tales como las competencias de supervisión (art. 69 *MiFID 2*), las infracciones y sanciones (art. 70 *MiFID 2*), el derecho de recurso y los mecanismos extrajudiciales de reclamación de los consumidores (arts. 74 y 75 *MiFID 2*), el secreto profesional y el deber de información a las autoridades competentes por

parte de los auditores de determinadas infracciones (arts. 77 y 78 *MiFID 2*), etc. Estas autoridades nacionales deberán cooperar e intercambiar información no sólo entre sí y con la AEVM (arts. 79 a 81 y 87 *MiFID 2*), sino también con terceros países (art. 88 *MiFID 2*). Una de las competencias de supervisión más inmediatas será la autorización administrativa previa de los operadores y prestadores de actividades y de servicios de inversión, de evidente carácter obligatorio para comenzar a actuar en estos mercados (art. 5 *MiFID 2*). Tal autorización se concederá o denegará mediante el procedimiento del artículo 7 de esta Directiva, y se verá condicionada al cumplimiento de un amplio elenco de requisitos, referentes tanto a la estructura interna y al gobierno corporativo de las ESI (a saber, en lo que hace a los órganos de dirección, a los accionistas y socios con participaciones cualificadas y a las propuestas de adquisición de tales participaciones [arts. 9 a 11 *MiFID 2*]), como a su financiación mediante su capital inicial (art. 15 *MiFID 2*), e igualmente a su funcionamiento (esto es, en lo tocante a su adhesión a un sistema de indemnización de los inversores autorizado [art. 14 *MiFID 2*], y a comercialización de instrumentos financieros, continuidad y regularidad de funciones, registros de operaciones, custodia de instrumentos y fondos de los clientes, sucursales, gestión de riesgos, servicios de inversión por negociación algorítmica o en el marco de un SMN o un SOC [arts. 16 a 20 *MiFID 2*]), siempre con la finalidad de garantizar la gestión sana, prudente y transparente de estas entidades. Estos requisitos deben verse satisfechos no sólo en el momento inicial de acceso a los mercados, sino durante toda su vida activa, lo que supone que la autorización pueda ser revocada de no ser así (art. 8 *MiFID 2*) y que debe producirse una revisión periódica y una supervisión continua para verificar este cumplimiento (arts. 21 y 22 *MiFID 2*). Las actuaciones de las ESI en los mercados de instrumentos financieros deberán respetar las normas de conducta tipificadas en esta Directiva, partiendo de los principios generales de honestidad, imparcialidad y profesionalidad (art. 24.1 *MiFID 2*), siempre en aras de la protección del inversor, principios que se ven desarrollados mediante la prevención de conflictos de intereses (art. 23 *MiFID 2*) y el establecimiento de reglas mucho más concretas en lo relativo a temas tales como la evaluación de idoneidad y conveniencia e información a los clientes (art. 25 *MiFID 2*), prestación de servicios a través de otras ESI (art. 26 *MiFID 2*), gestión de las órdenes de los clientes y ejecución de las mismas en las condiciones más ventajosas para aquéllos (arts. 28 y 29 *MiFID 2*), designación de agentes vinculados (art. 29 *MiFID 2*), etc. Además, se deberán cumplir las normas y obligaciones legales específicas propias de los SMN o SOC a efectos de mantener la transparencia e integridad del mercado (arts. 30 a 32 *MiFID 2*), y se introduce la posibilidad de registrar un SMN como mercado de PYME en expansión (art. 33 *MiFID 2*). Correlativamente, se enumeran los derechos de las ESI de la UE (arts. 34 a 38 *MiFID 2*), a saber, libertad de prestación de servicios y actividades de inversión, de establecimiento de sucursales, acceso a los mercados regulados por parte de ESI de otros Estados miembros, etc., a lo que se añade el régimen de prestación de servicios y actividades de inversión por

parte de ESI de terceros países, con sucursal (como suele ser lo más habitual) o sin ella, por iniciativa exclusiva de un cliente establecido o situado en la UE (arts. 39 a 43 *MiFID 2*). Del mismo modo, la admisión y el funcionamiento de los mercados regulados se ven sometidos a la supervisión de las autoridades competentes, por lo que habrán de ser autorizados por éstas, siempre que se verifiquen las exigencias a tales efectos, en especial respecto de su organización y de sus sistemas de negociación, de un lado, y de la estructura interna de sus organismos rectores y de los sistemas, de otro, y se comunicará la lista de mercados regulados en cada Estado miembro a la AEVM y al resto de autoridades nacionales (arts. 44 a 56 *MiFID 2*). Finalmente, las posiciones y controles de la gestión de posiciones en derivados sobre materias primas se ven sujetas a los límites del artículo 57 *MiFID 2* y a la obligación de comunicación de tales posiciones por categoría de titulares de posiciones del artículo 58 de esta Directiva.

#### 4. Reflexiones finales

*MiFIR* y *MiFID 2* se enmarcan en un amplio y ambicioso movimiento legislativo de respuesta por parte de la UE a la crisis financiera mundial iniciada en 2008, en una actuación todavía en curso, como se desprende, por ejemplo, de otras normas en tramitación como la Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo de 29 de enero de 2014 (Doc. [COM] 40 final, disponible en «<http://ec.europa.eu>»), sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia. Su puesta en práctica efectiva no ha hecho sino comenzar, y supondrá sin duda un importante y prolongado esfuerzo de adaptación por parte de los Estados miembros y de los diversos partícipes en los mercados de instrumentos financieros, por lo que sólo resta quedar a la expectativa de cómo se lleve a cabo esta tarea a corto y medio plazo.

Luis Alberto MARCO ARCALÁ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[lmarco@unizar.es](mailto:lmarco@unizar.es)

**Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos**  
**[DOUE L 173, de 12-VI-2014]**

**GARANTÍA DE DEPÓSITOS**

La interminable crisis financiera que acusan nuestros mercados ha dibujado en los últimos tiempos un panorama complejo, en el que las entidades de crédito y su solvencia están siendo objeto de continuo análisis, poniéndose de relieve situaciones en las que algunas de ellas se ven obligadas a su desaparición. Consciente de estas dificultades y en busca de una armonización encontramos la Directiva 2014/49/UE con la que se pretende, a través de la refundición y la modificación, solventar las dificultades que plantea la Directiva 94/19/CE, estableciendo la libertad de establecimiento y prestación de servicios financieros en el ámbito de la Unión.

En esta idea, el texto europeo de 2014 pretende una armonización de los mecanismos de financiación de los Sistemas de Garantía de Depósitos (en adelante SGD) que partiendo de la heterogeneidad existente en el momento actual trata de imponer un régimen mínimo y uniforme de protección para los depositantes de la Unión. En este punto, no solo se reconoce la libertad de elección del SGD, sino que se articula un sistema más o menos completo en torno al tratamiento de los depósitos y su reembolso. En este punto, el artículo 6 del texto indica, con carácter general, que el nivel de cobertura de cada depositante sea de 100.000 euros, estableciendo de forma adicional una cobertura específica. Un límite mínimo que plantea distintas situaciones derivadas de las variantes de la titularidad de los mismos y que el legislador comunitario resuelve en el artículo 7 de la Directiva con soluciones como la posibilidad de división entre los depositantes, o la acumulación en los supuestos en los que los titulares sean dos o más personas pertenecientes a una misma sociedad o agrupación de índole similar, aun cuando carezca de personalidad jurídica.

De la misma forma, y como no podía ser de otro modo, el intento armonizador no se agota en la determinación del importe correspondiente a cada depositante, sino que también fija reglas para el reembolso, para las cuales el texto muestra, sin embargo, cierta flexibilidad, ya que partiendo de un régimen general de siete días laborables a partir de la fecha en que la autoridad administrativa competente proceda a realizar la determinación, se permite hasta el año 2023 que los Estados que así lo consideren puedan establecer plazos máximos que van desde los 20 días laborables permitidos hasta 2018 a los 10 días establecidos para el 31 de diciembre de 2013. Un reembolso que se garantiza con el reconocimiento a los depositantes de un derecho de indemnización, al estilo anglosajón, mediante una acción legal contra el Sistema de Garantía de Depósitos.

Una vez reembolsado el depósito, los SGD podrán subrogarse en los derechos de los depositantes, pudiendo, en consecuencia, reclamar a la entidad de crédito de

que se trate el importe igual a sus desembolsos, en los términos que el tratamiento concursal de cada Estado prevea para los depósitos con cobertura.

Ahora bien, como no podía ser de otro modo, el texto comunitario, junto al reconocimiento del derecho a los depositantes, establece normas de armonización en lo que a la financiación de los SGD se refiere, el criterio que se sigue y que se plantea en el artículo 13 es el de nivel de riesgo afrontado por los respectivos miembros. Tal y como indica la norma el cálculo de las aportaciones podrá ser proporcional al riesgo de sus miembros y tendrá en cuenta el perfil de riesgo de los distintos modelos empresariales, si bien los Estados miembros podrán decidir que las entidades de crédito realicen una aportación mínima independiente de la cuantía de sus créditos con cobertura...

Las aportaciones que realicen los miembros deberán hacerse al menos una vez al año, en un régimen acumulativo que garantice que en el año 2024 se haya alcanzado el nivel objetivo de un 0,8% del importe de los depósitos con cobertura de sus miembros. En principio, los SGD se nutrirán de las aportaciones de sus miembros, si bien la Directiva contempla la posibilidad de que exista financiación complementaria procedente de otras fuentes.

Se conformarían así unos recursos financieros cuya utilización ha de ser, a tenor de la Directiva, fundamentalmente empleada para el reembolso de los participantes, si bien cabe la utilización para otros fines, si los Estados miembros lo consideran oportuno. Así pues, como medida preconcursal, se podrán utilizar los fondos para impedir la quiebra de una entidad de crédito, si bien esta utilización viene sometida a la concurrencia de una serie de condiciones que trata de salvaguardar la solvencia del SGD, incidiendo en el riesgo asociado.

En la misma línea, se permiten préstamos entre la SGD de la Unión, si bien estos serán siempre de carácter voluntario y sometidos a una serie de condicionantes relativos tanto a la situación patrimonial del SGD como al destino del préstamo solicitado, ya que este ha de ir dirigido a satisfacer los créditos al amparo del artículo 9.1 y no a los destinos adicionales que permite la Directiva. Un préstamo que deberá ser devuelto en un plazo de 5 años y sometido al interés que determine el SGD prestamista.

Presta igualmente especial atención la Directiva a la cooperación de los SGD dentro de la Unión. Esto supone una importante tutela de los depositantes, toda vez que da tratamiento a los supuestos de que estos hayan abierto el depósito en una sucursal de una entidad de crédito de otro Estado. En estos casos, el reembolso lo practicará el SGD del Estado de acogida, esto es, donde está la sucursal, pero siempre se hará por cuenta del SGD del Estado de origen donde se encuentra la entidad de crédito matriz. Esto garantiza que la entidad de crédito beneficiaria en su caso de los depósitos será la que reembolse a los depositantes en el supuesto de que concurren las circunstancias para ello. Idea esta que se refuerza en el supuesto de que la entidad de crédito se adhiera a otro SGD, en cuyo caso se transferirán fondos aportados al anterior SGD durante los doce meses anteriores a la transferencia, o bien, se transfieran depósitos,

siendo entonces la transferencia de fondos igualmente determinada por las aportaciones de los últimos doce meses, de forma proporcional a los fondos transferidos.

Mayor complejidad plantea el supuesto en el que la sucursal pertenezca a una entidad de crédito perteneciente a un Estado no miembro y en consecuencia no adherida a ningún SGD de la Unión. En estos casos, la Directiva prevé que los Estados miembros articulen un sistema de control conforme al cual, bien se les obligue a las sucursales a adherirse al SGD existente en el territorio de la Unión, o bien a un deber de información pertinente relativo a los sistemas de garantía para los depositantes actuales y potenciales de dicha sucursal.

Finalmente se cierra el contenido normativo de la Directiva imponiendo un deber a los Estados miembros de velar por que las entidades de crédito informen a sus depositantes sobre todo lo necesario para identificar el SGD al que pueden estar adheridos, lo cual incluye la información sobre cualquier circunstancia que altere el régimen inicialmente previsto.

Se dibuja así un panorama regulatorio que siguiendo lo previsto en la Directiva debería ser objeto de transposición el 3 de julio de 2015, plazo que, en realidad, se extiende hasta el 31 de mayo de 2016, para los supuestos en los que los SGD no estén en condiciones de cumplir las aportaciones previstas. Confiamos en que esta medida, tal y como prevé la propia Directiva, no solo facilite la libertad de establecimiento, sino que realmente sirva para reforzar la estabilidad del sistema bancario y la protección de los depositantes, tan necesarias en el momento presente.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE  
*Catedrático EU de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[aadlt@usal.es](mailto:aadlt@usal.es)

**Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L 173, de 12-VI-2014]**

**REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO**

La crisis financiera puso de manifiesto que la Unión Europea y sus países miembros carecían de herramientas adecuadas para hacer frente a los problemas de solidez y viabilidad de sus entidades de crédito. Esas carencias constituyeron un factor trascendental que obligó a los Estados miembros a rescatar entidades con dinero público.

Transcurridos más de seis años desde la bancarrota de Lehman Brothers y, con ella, del inicio de la crisis financiera internacional, han visto la luz innumerables iniciativas legislativas derivadas de la misma.

En este sentido, la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito, considera que tanto la Unión como los Estados integrantes deben contar con los instrumentos adecuados para intentar evitar llegar a una situación de insolvencia o, para que si esta se produce, se puedan minimizar los efectos negativos sobre las entidades afectadas.

La crisis financiera ha tenido una dimensión sistémica, en el sentido de que ha afectado al acceso de un gran número de entidades de crédito a la financiación. Así las cosas, y con el fin de evitar la inviabilidad, la Directiva diseña distintas medidas destinadas a asegurar el acceso a la financiación en condiciones equivalentes para todas las entidades de crédito que sean solventes. Dichas medidas exigen un apoyo general a la liquidez por parte de los bancos centrales y, en su caso, garantías de los Estados a los valores emitidos por esas entidades de crédito solventes.

La Directiva exige que las entidades de crédito elaboren y mantengan un «plan de reestructuración» encaminado a posibilitar la adopción de medidas, con vistas a restablecer su posición financiera tras un deterioro importante.

Esos planes deben contemplar un abanico de escenarios hipotéticos de tensión financiera y macroeconómica graves y de tensión financiera relevante para la situación específica de la entidad. Se indican, a título de ejemplo: fenómenos que afecten a todo el sistema, situaciones de tensión específicas de la persona jurídica individual y trastornos a nivel del grupo. Es lo que coloquialmente se conoce como «test de estrés».

Como quiera que en la Unión Europea no están armonizados los procedimientos para resolver las crisis de entidades de crédito, la Directiva 2014/59/UE ha venido a establecer el marco legal que dote a las autoridades de una serie de instrumentos

creíbles para intervenir, con suficiente rapidez, en una entidad con problemas de solidez o inviable.

El régimen previsto en esta norma subraya que, en primer lugar, deben ser los propios accionistas quienes soporten las pérdidas ocasionadas. La Directiva también contempla que las autoridades deben tener competencia para mantener un acceso ininterrumpido a los depósitos y a las operaciones de pago. Además, y en caso de ser necesario, se establece que esas autoridades puedan enajenar las partes viables de una entidad de crédito.

Como quiera que sólo algunos Estados han promulgado legislación ad hoc para la resolución de entidades inviables, la Directiva sanciona una serie de condiciones, competencias y procesos comunes de resolución de entidades de crédito. Los instrumentos de «resolución» específicos desarrollados en la norma son: la venta del negocio, la creación de una «entidad puente», la segregación de activos y, por último, la recapitalización.

Amén de los cuatro instrumentos mencionados, se recoge la posibilidad de recurrir en última instancia a «instrumentos gubernamentales de estabilización financiera», incluyendo el capital público «temporal».

Cualquiera de los instrumentos señalados tiene un coste económico significativo, motivo por el cual la Directiva establece que los Estados miembros crearán uno o varios «mecanismos de financiación» para garantizar la aplicación efectiva de los instrumentos y competencias de resolución. A tal efecto, los Estados deberán «recaudar contribuciones», con carácter anual, y de todas las entidades autorizadas en su territorio, con el fin de llegar –en el año 2024– al 1% del importe de los depósitos garantizados.

Como quiera que el Reino de España cuenta con legislación específica sobre la materia –Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito– y que la misma se ocupa de muchos de los aspectos a los que se refiere la Directiva 2014/59, es previsible que la adaptación de nuestro Derecho interno se realice mediante la modificación de dicha Ley. Por tal motivo, no sería descabellado inferir que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria –FROB–, cuyo objeto no es otro que la gestión de «los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito» art 52.1, podría ser el encargado de algunas de las tareas encomendadas en la Directiva.

El voluntarismo de esta Directiva es encomiable, sin embargo, no podría finalizar este breve comentario sin apuntar que todos los costes en los que incurrirán las entidades de crédito, tanto de carácter administrativo como financiero, acabarán trasladándose a sus clientes vía costes de servicio.

José Ramón BUITRAGO RUBIRA  
*Profesor Asociado de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca. Abogado*  
[rubira@usal.es](mailto:rubira@usal.es)

## Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [BOE n.º 156, de 27-VI-2014]

### **ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO**

La Ley 10/2014, de 26 de junio, que pasamos a comentar en forma de crónica es actualmente la norma interna básica del régimen jurídico aplicable a las entidades de crédito en nuestro país, sin perjuicio de la existencia de otras normas especiales que regulan aspectos concretos de su actividad o el régimen jurídico particular de cada tipo de entidad de crédito. Se ha convertido pues en el núcleo de la regulación de las entidades de crédito, en sustitución de la norma que desde el año 1988 había venido teniendo tal carácter, la *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, que ha sido derogada expresamente por aquella. Junto a esta norma interna de junio de 2014, debe considerarse igualmente como norma básica de ordenación y disciplina el *Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012* (relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones).

Además de la Ley 26/1988, la Ley 10/2014 ha derogado otras normas de tanta relevancia en el sector del crédito como la *Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946*, que estaba parcialmente en vigor; la *Ley 31/1968, de 27 de julio, de incompatibilidades y limitaciones de los Presidentes, Consejeros y altos cargos ejecutivos de la Banca privada*; la *Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros*, y el *Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea*. También han resultado derogados el apartado 2 del artículo 29 de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, y el apartado g) de la disposición final decimotercera de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, en aspectos relativos, respectivamente, a la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros y a la cifra mínima de capital social desembolsado de las sociedades de garantía recíproca. El contenido de todas estas disposiciones legales ha quedado integrado, *mutatis mutandi*, en la nueva ley.

Una de las cosas que ha hecho la Ley 10/2014 ha sido, así pues, refundir en un único texto las principales normas de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, lo cual se veía por los operadores del sector y los estudiosos de la materia como una necesidad, debido a que las sucesivas modificaciones operadas en ellas, especialmente en los últimos años, las habían convertido en normas confusas y desordenadas, de difícil asimilación por la dispersión normativa y el deterioro del rigor

sistemático, todo lo cual dificultaba su correcta aplicación, e incluso su interpretación, con el riesgo que esta situación supone tratándose de normativa prudencial –además de funcional–, normativa que fue inaugurada en España hace casi un siglo por la *Ley Relativa a la Ordenación Bancaria de 1921* (Ley Cambó), viniendo sucedida años después por las leyes de ordenación de 1946 y de 1962.

Sin embargo, aun siendo muy importante, no es la refundición de normas la verdadera misión de la Ley 10/2014. El objeto principal de esta Ley ha sido adaptar el ordenamiento interno español a los cambios normativos operados en el Derecho de la Unión Europea, continuando la transposición normativa iniciada por el *Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras*. En este sentido, el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, citado anteriormente, y la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE*, han representado una alteración sustancial de la normativa aplicable a las entidades de crédito, toda vez que han venido a modificar aspectos esenciales tales como el régimen de supervisión, los requisitos de capital y el régimen sancionador, normativa bancaria en materia de solvencia necesaria de cara a que el BCE tome las riendas de la supervisión europea como eje del *Mecanismo Único de Supervisión* a comienzos de noviembre de este año, siguiendo el calendario marcado por el *Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito* (el BCE supervisará directamente las entidades europeas consideradas sistémicas –en España quince, sólo detrás de Alemania– y el resto indirectamente, en colaboración con las autoridades nacionales de supervisión). Ambas normas UE tienen su origen en gran medida en el «Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios» acordado en diciembre de 2010 por el *Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (Acuerdos de Basilea III)*, que a través del reforzamiento de las exigencias de capital de los bancos y de la cooperación internacional trata de evitar futuras crisis en un sector tan globalizado como es el sector bancario.

Podemos concluir por todo lo anterior que estamos ante una Ley de reforma, adaptación y refundición de la normativa de ordenación, solvencia y supervisión bancaria en España; ello sin perjuicio, por un lado, del marco regulatorio uniforme y armonizador de la Unión Europea y las futuras funciones del BCE y, por otra parte, de las competencias que tienen atribuidas las comunidades autónomas en materia de supervisión de entidades de crédito.

Por lo que se refiere a la estructura y contenido de la Ley 10/2014, tiene organizada su parte articulada en cuatro títulos, regulando en el primero algunos aspectos generales del régimen jurídico de las entidades de crédito (arts. 1 a 38), en el segundo el régimen de solvencia de tales entidades (arts. 39 a 49), en el tercero el régimen de supervisión (arts. 50 a 88) y en el cuarto y último título el régimen sancionador (arts. 89 a 118).

El Título I está conformado por cinco capítulos. El primero de ellos recoge unas disposiciones generales donde se contiene una definición de entidad de crédito y los tipos de entidades de crédito, la reserva de actividad y de denominación, siendo de elogiar la inclusión en este primer capítulo de una previsión referente a la protección del cliente de entidades de crédito, habilitando al ministro de Economía y Competitividad para dictar normas sobre la protección de la clientela de las entidades de crédito por servicios o productos bancarios, teniendo tales normas la consideración de normativa de ordenación y disciplina, correspondiendo su supervisión al Banco de España. El capítulo II regula la autorización y registro de entidades de crédito, así como la revocación, renuncia y caducidad de la autorización; también regula la apertura de sucursales y la libre prestación de servicios en la Unión Europea así como los agentes de entidades de crédito. El capítulo III se dedica a las participaciones significativas, el deber de su notificación, su evaluación, la colaboración entre autoridades supervisoras al respecto, su reducción; es loable que el Banco de España pueda adoptar diversas medidas cuando existan razones fundadas y acreditadas para considerar que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera. El capítulo IV se refiere a la idoneidad, las incompatibilidades y el registro de altos cargos y el capítulo V al gobierno corporativo y a la política de remuneraciones.

Merece una mención especial el artículo 1 de la Ley, que recoge una nueva definición legal de entidad de crédito y los tipos de entidades de crédito. En realidad la definición actual lo que hace es simplificar la que daba el *RD Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas*. En la regulación actual son entidades de crédito «las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia». Entre otras cosas, se omite el hecho de que ésta deba ser «su actividad típica y habitual», la intermediación crediticia, por lo que habrá que estar atentos a las consecuencias prácticas de ello. En todo caso sigue tratándose de una intermediación indirecta, pues no ponen en contacto directamente a oferentes y demandantes de fondos, sino que cuando aplican los fondos recibidos del público en la concesión de créditos lo hacen por cuenta propia y no por cuenta de quienes les han entregado los fondos. Por otra parte, en la nueva ley tienen la consideración de entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorros,

las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial, con lo que dejan de tener dicha consideración los establecimientos financieros de crédito (E.F.C.) –que mantenían transitoriamente esa condición en virtud de la disp. transitoria 2.<sup>a</sup> del RD-Ley 14/2013– y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), entidades que sí tenían dicho carácter en el RD Legislativo 1298/1986. En cuanto a las entidades de dinero electrónico (EDE), dejaron de ser entidades de crédito tras la modificación operada por la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, en el citado RD Legislativo 1298/1986.

El Título II, sobre solvencia de entidades de crédito, está integrado por tres capítulos que contienen una disposiciones generales, normas sobre capital interno y liquidez, y una amplia regulación de los «colchones» de capital (distinguiendo entre colchón de conservación del capital, colchón de capital anticíclico específico, colchón de capital para entidades de importancia sistémica y colchón contra riesgos sistémicos), finalizando con normas sobre restricciones en materia de distribuciones y sobre el Plan de conservación del capital.

El Título III se dedica a la supervisión, estando formado por seis capítulos referidos a la función supervisora del Banco de España, a la colaboración del Banco de España con otras autoridades de supervisión extranjeras y con otras autoridades financieras nacionales, a las medidas de supervisión prudencial, a las medidas de intervención y de sustitución del órgano de administración y a las obligaciones de información y de publicación, sin perjuicio del carácter reservado de la información y de la obligación de secreto.

El Título IV recoge el régimen sancionador, haciéndolo en cuatro capítulos que recogen unas disposiciones generales, las infracciones, las sanciones y las normas de procedimiento para su imposición, siendo estas últimas normas especiales, resultando de aplicación con carácter general el procedimiento y los principios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sólo por situar el tema, digamos que las infracciones muy graves llevan aparejadas una o varias de las siguientes sanciones: a) Multa, de entre el triple y el quintuplo del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o de entre el 5% y el 10% del volumen de negocios neto anual total; o de entre 5.000.000 y 10.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra. b) Revocación de la autorización de la entidad. Además, pueden imponerse como medidas accesorias el requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla, la suspensión de los derechos de voto del accionista o accionistas responsables, la amonestación pública, con publicación en el *BOE* de la identidad del infractor, la naturaleza de la infracción y las sanciones impuestas.

Tras la parte articulada, se recogen veinte disposiciones adicionales, nada menos que dieciséis disposiciones transitorias, una derogatoria y catorce disposiciones

finales. Mediante estas últimas se modifican la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, la *Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito*; la *Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca*; la *Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores*; la *Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica*; el *Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre*; la *Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero*; el *Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio*; el *Real Decreto-Ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito*, y la *Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*.

De todas estas modificaciones, es de destacar la muy amplia modificación de la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* (quedan afectados 51 artículos y 3 disposiciones), que obedece a la extensión del régimen de supervisión prudencial previsto para las entidades de crédito en la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio, a aquellas ESI cuyo ámbito de actividad no se limite únicamente a la prestación de servicios de asesoramiento en materia de inversión o a la recepción y transmisión de órdenes de inversores sin mantener fondos o valores mobiliarios que pertenezcan a clientes. Así, por ejemplo, los miembros del consejo de administración de estas ESI quedan sometidos al mismo régimen de idoneidad e incompatibilidades y de gobierno corporativo que sus homólogos de las entidades de crédito; por otra parte, se obliga a estas ESI a llevar a cabo un proceso de autoevaluación de sus niveles de capital y liquidez con objeto de determinar si resulta preciso mantener unos niveles de recursos propios o de liquidez superiores a los establecidos en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio; se refuerza la coordinación de la CNMV con otros supervisores nacionales y extranjeros y se modifica el régimen sancionador para incluir las infracciones y sanciones pertinentes derivadas del incumplimiento de la normativa de solvencia.

Al final del texto legal se recoge un Anexo que contiene la lista de actividades objeto de reconocimiento mutuo, listado que podrá ser modificado por el ministro de Economía y Competitividad para adecuarse al Derecho de la Unión Europea, dictando las disposiciones que sean necesarias en virtud de la habilitación concedida en el apartado segundo de la disposición final decimotercera.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS  
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

## Crónica normativa de Banca y del Mercado de Valores (1.º semestre de 2014)

La normativa sobre banca y mercado de valores ha sido muy numerosa en el primer semestre de 2014, tanto en el ámbito del derecho de la Unión Europea como en el ámbito interno, continuando la línea de los semestres anteriores. En este número de A/S se realizan crónicas de todas las disposiciones comunitarias, tanto de los Reglamentos como de las Directivas, y por lo que se refiere al derecho interno se hace una crónica de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, la cual ha venido a modificar más aún el panorama normativo del sector de crédito en nuestro país. Además de estas crónicas, se ha considerado conveniente continuar con la realización de una crónica general en que se recogiera todo el elenco de disposiciones, incluyendo circulares y resoluciones, con sus respectivos enlaces a los diarios y boletines oficiales, como se ha hecho en números anteriores. La finalidad de esta crónica general no es otra que dar cuenta de forma sistematizada de tan copiosa normativa. También se recogen otras disposiciones con especial incidencia en los sectores del crédito y del mercado de valores.

### 1. Derecho de la Unión Europea

- Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].
- Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado) [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].
- Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].
- Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].
- Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/

UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].

- Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos [[DOUE L 173, de 12-VI-2014](#)].

## 2. Legislación estatal

- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [[BOE n.º 156, de 27-VI-2014](#)].
- Corrección de errores de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [[BOE n.º 58, de 8-III-2014](#)].
- Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo [[BOE n.º 110, de 6-V-2014](#)].
- Orden ECC/2515/2013, de 26 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 86.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores [[BOE n.º 9, de 10-I-2014](#)].

## 3. Legislación autonómica

- Cataluña. Ley 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito [[BOE n.º 98, de 23-IV-2014](#)].
- Extremadura. Decreto-Ley 2/2014, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de crédito cooperativo [[BOE n.º 142, de 12-VI-2014](#)].

## 4. Banco de España

- Circular 1/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, por la que se modifica la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros [[BOE n.º 31, de 5-II-2014](#)].
- Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 [[BOE n.º 31, de 5-II-2014](#)].
- Resolución de 15 de enero de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2 - Banco de España [[BOE n.º 21, de 24-I-2014](#)].
- Resolución de 1 de abril de 2014, del Banco de España, por la que se publica la relación de participantes directos en TARGET2 - Banco de España [[BOE n.º 89, de 12-IV-2014](#)].

- Resolución de 14 de mayo de 2014, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de su Resolución de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España [[BOE n.º 125, de 23-V-2014](#)].
- Resolución de 18 de junio de 2014, del Banco de España, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la misma fecha, en relación a la entidad NCG Banco, S. A. [[BOE n.º 154, de 25-VI-2014](#)].

#### **5. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)**

- Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión [[BOE n.º 81, de 3-IV-2014](#)].
- Circular 2/2014, de 23 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias en materia de solvencia para las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables [[BOE n.º 157, de 27-VI-2014](#)].
- Resolución de 12 de marzo de 2014, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica el anexo I de la Resolución de 16 de noviembre de 2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [[BOE n.º 80, de 2-IV-2014](#)].

#### **6. Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)**

- Resolución de 14 de enero de 2014, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda ordenar la transmisión de las aportaciones al capital social de Caja Rural de Mota del Cuervo, Sociedad Cooperativa de Crédito de Castilla La Mancha en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 26.1 y 64.c) de la Ley 9/2012 [[BOE n.º 14, de 16-I-2014](#)].
- Resolución de 23 de junio de 2014, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda la transmisión de seiscientos tres millones seiscientas setenta y una mil ciento sesenta acciones (603.671.160 millones) de NCG Banco SA, titularidad del Fondo de Garantía de Depósitos [[BOE n.º 153, de 24-VI-2014](#)].

#### **7. Otras disposiciones con incidencia en banca y mercado de valores**

- Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas [[DOUE L 158, de 27-V-2014](#)].

- Resolución de 20 de diciembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la Norma de Control de Calidad Interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría [[BOE n.º 20, de 23-I-2014](#)].
- Resolución de 20 de diciembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento [[BOE n.º 20, de 23-I-2014](#)].
- Resolución de 28 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que modifica el modelo establecido en la Orden JUS/1698/2011, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas, y se da publicidad a las traducciones de las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma [[BOE n.º 32 de 6-II-2014](#)].
- Resolución de 28 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se modifican los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009, de 28 de enero, por la que se aprueban nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, y se da publicidad a las traducciones a las lenguas cooficiales propias de cada Comunidad Autónoma [[BOE n.º 32, de 6-II-2014](#)].
- Orden ECC/243/2014, de 20 de febrero, por la que se adoptan exenciones de aplicación hasta el 1 de febrero de 2016 sobre determinados requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros [[BOE n.º 46, de 22-II-2014](#)].
- Orden HAP/313/2014, de 28 de febrero, por la que se aprueba la relación de valores negociados en mercados organizados, con su valor de negociación medio correspondiente al cuarto trimestre de 2013, a efectos de la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio del año 2013 y de la declaración informativa anual acerca de valores, seguros y rentas [[BOE n.º 53, de 3-III-2014](#)].
- Resolución de 20 de marzo de 2014, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre auditoría de un solo estado financiero, resultado de la adaptación de la Norma Internacional de Auditoría 805, para su aplicación en España (NIA-ES 805) [[BOE n.º 81, de 3-IV-2014](#)].
- Resolución de 20 de marzo de 2014, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre relación entre auditores [[BOE n.º 81, de 3-IV-2014](#)].
- Resolución de 10 de enero de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la

reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual [[BOE n.º 20, de 23-I-2014](#)].

- Resolución de 10 de abril de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la lista de entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual [[BOE n.º 92, de 16-IV-2014](#)].

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS  
*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

### Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal [DOUE L 130 de 1-V-2014]

#### **ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL (OEI): LA INVESTIGACIÓN Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

La promulgación de la Directiva relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI), objeto de este comentario, requiere su contextualización en el más amplio marco del denominado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», cuyo mantenimiento y desarrollo constituye uno de los objetivos prioritarios de la Unión y una constante línea de actuación desde que el 14 de junio de 1985, el Acuerdo Europeo relativo a la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes (Acuerdo Schengen) previera, en su artículo 9, el refuerzo de la cooperación entre las autoridades aduaneras y policiales.

Solo un año más tarde, el Acta única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros de la Unión Europea y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, afianza la idea nuclear de un «Espacio Judicial Europeo», sustituyendo íntegramente el Título VI del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea por una serie de normas bajo la rúbrica común de «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal».

Concretamente en el artículo K.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (inserto en el mencionado Título VI, modificado por el Acta Única Europea) se subraya, como objetivo de la Unión, el de elaborar una Acción Común entre los Estados miembros de la Unión en los ámbitos de la cooperación policial y judicial mediante la lucha y prevención de la delincuencia (organizada o no), de naturaleza transfronteriza, a través de una reforzada cooperación, de un lado, entre las autoridades policiales y, de otro, entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros.

Lejos está el Acta Única Europea de apostar firmemente por un sistema de reconocimiento mutuo, anclada en su articulado en un sistema puro de asistencia judicial basado en instrumentos internacionales caracterizados por el «principio de solicitud», un modelo inspirado en formas básicas de derecho convencional «rogatorio», consistente, en síntesis, en que un Estado soberano presente una solicitud de cooperación a otro Estado que es libre de dar o no curso a esta demanda.

Con el Tratado de Unión Europea de 7 de febrero de 1992 las cuestiones relativas a la cooperación judicial penal se sitúan en el Tercer Pilar (Asuntos de Justicia e Interior, concretamente en el Título VI, artículos K a K.9), lo que implica que las instituciones

europas no producen normas propias en esta materia, sino que se limitan a fomentar una cooperación intergubernamental.

En este contexto, el 2 de octubre de 1997 se aprueba el Tratado de Ámsterdam por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos teniendo como especial consecuencia la asunción por parte de la Unión Europea de competencias normativas en materia de cooperación civil y algunos aspectos relativos a la persecución de delitos (lo que supone una comunitarización de estas materias que pasan de situarse en el Tercer Pilar a insertarse en el Primer Pilar). Aunque, sin duda, lo más trascendental al respecto es, de un lado, la previsión expresa de un «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», y, de otro, el deseo de lograr una aproximación entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico de estupefacientes.

A raíz de la aprobación del Tratado de Ámsterdam ya en el Consejo Europeo de Cardiff, celebrado los días 15 y 16 de junio de 1998, se reconoce la necesidad de aumentar la capacidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de cooperar estrechamente y de un mayor reconocimiento mutuo de las respectivas resoluciones judiciales en materia penal.

Pero es en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, adoptado el 3 de diciembre de 1998, en el que se apuesta firmemente por reforzar la cooperación judicial en materia penal logrando la aproximación de las normas de Derecho penal, abordando la resolución de problemas concretos que afectan a este ámbito, y acordando, específicamente en la letra f) del punto 45, que se inicie un proceso destinado a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en materia penal en un plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor del mencionado Tratado.

Así las cosas, se celebra el Consejo Europeo de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, con el objetivo prioritario de que «La Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam», para lo cual proclama expresamente que

El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros.

Es en el Consejo de Tampere en el que no solo se ratifica que el «principio de solicitud» debe ser sustituido por el «principio de reconocimiento mutuo», estando llamado

a convertirse este último en la «piedra angular» de la cooperación judicial en materia civil y penal, sino también que ha de aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones judiciales, haciendo, en este sentido, expresa referencia en la Conclusión 36 a «los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad».

Obviamente, este principio de reconocimiento mutuo adquiere especial importancia en relación con el espinoso tema que constituye el núcleo de la Fase de investigación o instrucción de todo proceso penal: la práctica de diligencias de investigación, máxime cuando se aspira a un sistema de libre circulación de pruebas en el ámbito de la Unión Europea y, por consiguiente, a diseñar una suerte de «Derecho Probatorio Europeo» (sobre todo en materia penal).

En este contexto, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, recogiendo expresamente las conclusiones del Consejo de Tampere, establece que la Cooperación judicial en materia penal ha de basarse en el principio del mutuo reconocimiento no solo de las sentencias sino también de las resoluciones anteriores a ella, y de conformidad, de un lado, con el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo (de 29 de noviembre de 2000) y, de otro, con el Programa de La Haya (incluido en las Conclusiones del Consejo de los días 4 y 5 de noviembre de 2004), el Consejo adopta dos importantes Decisiones Marco: de un lado, la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; y, de otro, la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al Exhorto Europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, que pretenden constituirse en el embrión de ese Derecho «Probatorio Europeo», basado en el principio de reconocimiento mutuo, al que aspiran las Instituciones de la Unión Europea.

Solo un año después de la promulgación de la última de las mencionadas Decisiones Marco, la Comisión publica (el 11 de noviembre de 2009) el Libro Verde sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad, y elabora el denominado Programa de Estocolmo de 11 de diciembre de 2009 «relativo a un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», en los que se apuesta, decididamente, por proseguir la creación de un sistema general para obtener elementos de prueba en los casos de dimensión transfronteriza, aplicando el principio de reconocimiento mutuo, pero teniendo en cuenta, también, la flexibilidad del sistema de la asistencia judicial en materia penal. Para ello, se propone sustituir todos los instrumentos existentes (sean de asistencia judicial o de reconocimiento mutuo) por un régimen general de obtención de elementos de prueba, que cubra, en la medida de lo posible, todos los tipos de medidas de investigación, al que denomina «mandato europeo de obtención de pruebas».

Con este panorama que dificulta, a la postre, la aspiración a instaurar un Derecho Probatorio Europeo, 7 países de la Unión Europea (Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia) encabezan en el año 2010 una Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al denominado «Exhorto Europeo de Investigación en materia penal» (EEI), que aspira a sustituir todos los instrumentos que regulan la práctica de diligencias de investigación en el marco de un proceso penal por un Régimen General que cubra todos los tipos de diligencias.

Sin embargo, el texto original de la Propuesta de Directiva sobre el EEI de 2010 comienza pronto a suscitar dudas entre los organismos de la Unión Europea. Tanto es así que en el mismo año de su presentación, en 2010, el Supervisor Europeo de Protección de Datos emite un Dictamen poniendo de manifiesto la escasa protección que la Propuesta de Directiva dispensaba a los datos personales cuando el Exhorto tenía como finalidad obtener pruebas en casos, por ejemplo, relativos a información sobre cuentas corrientes, transacciones bancarias, videoconferencias o comunicaciones telefónicas.

Asimismo, en 2011 tanto la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, como la Comisión Europea, en sendos informes, reprochan a la Propuesta de Directiva la ausencia de referencia expresa, entre otros aspectos, a principios básicos en la obtención de elementos de prueba, como el principio de proporcionalidad o el principio *ne bis in idem*, y también la nula referencia a disposiciones europeas de obligado cumplimiento en materia de Derecho Probatorio, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ante estas y otras objeciones de gran calado se elabora un nuevo texto de Proyecto de Directiva relativa al EEI en materia penal que incorpora todas estas sugerencias y garantías. Este texto, de 9 de diciembre de 2011, fue posteriormente examinado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo elaborándose un Proyecto de Informe el 10 de febrero de 2012 en el que se recogen una serie de Enmiendas al mismo.

Este Proyecto de Directiva quedó paralizado como consecuencia del grave conflicto surgido entre la Comisión y el Parlamento Europeo el 7 de junio de 2012, momento en que los Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de los Estados miembros decidieron modificar la base legal de una propuesta de la Comisión Europea relativa a un nuevo mecanismo de evaluación para Schengen. De tal forma que según el acuerdo alcanzado por el Consejo, ya no sería necesario el visto bueno de la Eurocámara para la entrada en vigor de proyectos legislativos. A la vista de ello, la Conferencia de Presidentes decidió el 13 de junio 2012 que el Parlamento Europeo suspendía la cooperación con el Consejo en 5 dossiers legislativos entre los que se encontraba el Proyecto de Directiva sobre el EEI en materia penal.

Dos años más tarde, salvados todos estos obstáculos y retomado el Proyecto de Directiva con el oportuno cambio de nomenclatura (Exhorto Europeo de Investigación por Orden Europea de Investigación), el 1 de mayo de 2014 (*DO L 130/1*) se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, en la que se recogen las objeciones que ya habían puesto de relieve tanto el Supervisor Europeo de Protección de Datos como la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo.

Son varias las novedades que introduce la Directiva de 2014 (para todos los Estados miembros a los que vincula), siendo una de las más destacadas que la misma sustituye desde su entrada en vigor, por un lado, a la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al Exhorto Europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal y, por otro, a la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (art. 34.2), con objeto de salvar el ámbito limitado de la primera y la escasa frecuencia de aplicación de la segunda. Aunque, no obstante, y dado que la fecha límite de trasposición de la Directiva se fija en el 22 de mayo de 2017 (arts. 34.1 y 36), hasta entonces seguirán siendo de aplicación en los países vinculados por la Directiva las disposiciones relativas a asistencia judicial en materia penal contenidas en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos Protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su artículo 26, el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo.

La sustitución de ambas Decisiones Marco por la Directiva de 2014 facilita que la OEI pueda ser dictada por la autoridad competente (juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción o fiscal) tanto en fase de investigación como en fase de enjuiciamiento (arts. 2 y 5), siendo que la finalidad de la resolución judicial que así la ordene puede consistir tanto en practicar en el Estado de ejecución una o varias diligencias de investigación «con vistas a obtener pruebas» como la obtención de pruebas «que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución» (art. 1), salvando así el obstáculo que implicaba la emisión de un Exhorto europeo de obtención de pruebas previsto en la Decisión Marco de 2008 que únicamente era aplicable a las pruebas ya existentes que obraban en poder de una autoridad del Estado de ejecución.

En cuanto al ámbito de aplicación de la OEI, y aun cuando en su Considerando (8) se señala que «debe tener un ámbito horizontal y por ello se debe aplicar a todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas», lo cierto es que, por un lado, en su art. 3 la Directiva de 2014 excluye aquellas pruebas obtenidas en el marco de un equipo conjunto de investigación que quedan sujetas a las normas sobre

asistencia judicial mutua en materia penal y, por el otro, en su Considerando (9) señala que no debe aplicarse a la vigilancia transfronteriza a la que se refiere el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Asimismo, el reconocimiento y ejecución de una OEI queda condicionado a que la misma sea emitida para la práctica de diligencias de investigación o para la obtención de pruebas en relación con un catálogo cerrado de delitos (art. 11) que aparecen relacionados en el Anexo D de la Directiva de 2014 y que comprende conductas delictivas tanto de dimensión transfronteriza como no transfronteriza como, a modo de ejemplo y entre otros, la pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, asesinato, lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, violación o incendio.

Además de ello, el Capítulo IV de la Directiva prevé disposiciones específicas aplicables a determinadas diligencias de investigación en relación no solo a los requisitos a observar en su práctica, sino también a los motivos de denegación del reconocimiento y/o ejecución de una OEI relativa al traslado temporal de detenidos al Estado de emisión o al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación (arts. 22 y 23), a la comparecencia de testigos y/o peritos por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual o por conferencia telefónica (arts. 24 y 25), a la obtención de información sobre cuentas bancarias u otro tipo de cuentas financieras, operaciones bancarias u otro tipo de operaciones financieras (arts. 26 y 27), a la obtención de pruebas en tiempo real mediante, por ejemplo, el seguimiento de operaciones bancarias o una entrega vigilada (art. 28), a las investigaciones encubiertas (art. 29) y a la intervención de telecomunicaciones (arts. 30 y 31).

Por otro lado, es de destacar que la OEI ha de ser adoptada mediante resolución dictada en todo caso por una autoridad judicial o fiscal (arts. 1 y 2) no solo de oficio o a instancias del Ministerio Público o Fiscal, sino también, y en ello radica la novedad, a instancias de «una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre)» (art. 1.3), en aplicación del derecho de defensa que la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea reconocen y garantizan en el marco de un proceso penal (tanto en la fase de instrucción como en la fase de enjuiciamiento).

En cuanto al procedimiento a seguir para la adopción de una OEI, de lo dispuesto en los arts. 6 a 13 de la Directiva, y al igual que ocurría con los instrumentos que la preceden regulados en las Decisiones Marco de 2003 y 2008, es necesario distinguir entre una fase de emisión y transmisión de la OEI cuya competencia corresponde a la autoridad judicial o fiscal del Estado emisión y una fase de reconocimiento y ejecución de la OEI cuya competencia se atribuye a la autoridad judicial o fiscal del Estado de ejecución.

En la fase de emisión, la autoridad competente del Estado de emisión ha de ajustarse formalmente al formulario que acompaña a la Directiva debiendo hacer constar, necesariamente, en la OEI la información a que se refiere el artículo 5 y con específica descripción de la medida o medidas de investigación solicitadas y/o de las pruebas a obtener.

Cuida especialmente la Directiva en esta fase de emisión la observación por parte de la autoridad judicial o fiscal, por un lado, de los principios de necesidad y proporcionalidad a los fines del proceso y, de otro, de garantizar el respeto y preservación de los derechos del imputado o acusado (art. 6) al objeto de dar pleno cumplimiento tanto a los arts. 48 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como a las Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE del Parlamento y del Consejo relativas a derechos procesales en procesos penales. Y es, asimismo, escrupulosa la Directiva a la hora de exigir que la transmisión de la OEI a la autoridad de ejecución se lleve a cabo por cualquier medio que permita al Estado de ejecución dejar constancia escrita o telemática de su autenticidad (art. 7).

En la fase de reconocimiento y ejecución ya en el largo proceso de elaboración de la Directiva se puso de manifiesto desde distintas instancias que el éxito de esta clase de instrumentos de cooperación judicial penal habría de radicar en la restricción de los motivos de denegación de órdenes europeas por parte de las autoridades de ejecución que, a la postre, convierten al principio de reconocimiento mutuo en una suerte de presunción *iuris tantum*. Sin embargo, por el contrario, de los excesivamente amplios motivos de denegación o de aplazamiento del reconocimiento o ejecución de una OEI (arts. 11 y 15) se deduce que el legislador europeo pone de manifiesto la reticencia existente en los Estados miembros a aplicar con plenitud el principio de reconocimiento mutuo en asuntos penales.

Se regulan, no obstante, pormenorizadamente, los límites temporales que las autoridades del Estado de ejecución han de observar para emitir la resolución de reconocimiento o ejecución de la OEI. Pero, aun cuando inicialmente el plazo para dictar la resolución de reconocimiento o ejecución se fija en un máximo de 30 días desde su recepción por la autoridad competente del Estado de ejecución, se autorizan aplazamientos y prórrogas, unos de hasta 90 días y otros de hasta 30 días (art. 12), que, a la luz del artículo 15, pudieran prolongarse en el tiempo más allá de estos límites si se tiene en consideración que la autoridad del Estado de ejecución puede aplazar el reconocimiento o la ejecución de la OEI si, por un lado, «su ejecución puede perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que el Estado de ejecución lo considere razonable» o, por el otro, «los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin».

Por último, incorpora la Directiva disposiciones específicas relativas a la emisión de una OEI relacionada y complementaria de una OEI anterior (art. 8), a las garantías de los recursos a interponer contra la emisión de una OEI (art. 14), a la confidencialidad de la investigación (art. 19), a la observación de la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (art. 29) y a la posibilidad de que la autoridad de emisión pueda dictar una OEI «con vistas a la adopción de cualquier medida de investigación destinada a impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como pruebas» (art. 32).

M.<sup>a</sup> Paula DÍAZ PITA  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal*  
*Universidad de Sevilla*  
[pdp@us.es](mailto:pdp@us.es)

### Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal [BOE n.º 63, de 14-III-2014]

#### REFORMA JUSTICIA UNIVERSAL

La promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, supuso establecer unos criterios de atribución de jurisdicción a los tribunales españoles que venían a delimitar la extensión y límites a los que debía restringirse la actividad jurisdiccional de los órganos españoles, siempre de manera subsidiaria a lo que establecieran en cada caso los tratados internacionales que estuvieran vigentes y fueran aplicables.

Por lo que se refiere al orden jurisdiccional penal el artículo 23 LOPJ acogió cuatro de los nexos que permiten a los juzgados y tribunales españoles actuar válidamente respecto a alguna infracción penal. Por supuesto, el criterio fundamental en materia penal responde al principio de territorialidad y así se reflejó desde el principio en el artículo referido: todas las infracciones penales cometidas en el territorio español –entendido como es usual en sentido amplio, incluyendo el mar territorial, los buques y aeronaves de bandera española–.

Pero asimismo se amplió considerablemente en los apartados siguientes el ámbito de conocimiento con el reconocimiento de tres nexos que implican el enjuiciamiento extraterritorial, con sus consiguientes dificultades.

Se incluyó, así, el principio de nacionalidad activa, en el sentido de que si quien comete la infracción es un español o, entre el momento de la comisión y el momento del inicio del proceso hubiere adquirido la nacionalidad española, siempre que se dieran una serie de circunstancias concretas (la doble tipificación, el inicio del proceso por el agraviado o por el Ministerio Fiscal, así como una serie de previsiones para limitar las consecuencias del *non bis in idem* que este criterio puede suponer). Nada se dispone expresamente –sólo de manera indirecta a través de la remisión a los tratados internacionales–, sobre otro criterio cercano a este que es el relativo a la nacionalidad de las víctimas, también conocido como principio de nacionalidad pasiva.

Por otro lado, la cercanía de determinados bienes jurídicos con la soberanía española hace que el legislador añada un elenco de infracciones que implican la inclusión del llamado principio real o de protección. Con ello el legislador viene a decirnos que interesa a la jurisdicción española, sea quien sea el imputado y sea cual sea el lugar donde se han cometido los hechos, si el delito –quedan aquí descartadas las faltas– se refiere a materias como la traición, la sedición, la corona, la falsificación de sellos públicos u oficiales, la falsificación de moneda española, atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles, entre algunos otros, habrá nexo suficiente como

para que de manera válida el juez o tribunal competente español pueda iniciar su investigación y, en su caso, el órgano jurisdiccional que quede determinado también en las leyes españolas deberá proceder al juicio de cognición correspondiente.

Nótese que estos casos que hemos mencionado, así como el que centra la exposición de este comentario, suponen excepciones al principio del juez natural o, lo que es lo mismo, excepciones a que sea el juez del lugar de los hechos quien tenga atribuciones sobre ese asunto penal. En nuestro ordenamiento tal principio no está expresamente reflejado en la Constitución, pues no es lo mismo el juez natural en el sentido que se acaba de exponer que el «juez ordinario predeterminado por la ley», este último sí reconocido como derecho fundamental en nuestro Texto Fundamental.

Tales casos tienen sus órganos jurisdiccionales perfectamente predeterminados por la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que la extraterritorialidad no implica necesariamente infracción de este derecho. Pero sí, por la mera naturaleza de las cosas, implica dificultades inherentes a la comisión de los hechos en un lugar lejano, tal vez la necesidad de aplicar procedimientos de extradición o por lo menos de detención y entrega en otro Estado, y con gran probabilidad la necesidad de poner en marcha mecanismos de asistencia judicial para la obtención de material probatorio sin los cuales, por supuesto, será imposible la condena, pero en ocasiones también la adecuada investigación de los hechos con el fin de construir una acusación suficientemente fundada.

El supuesto que nos queda, contenido en el apartado cuarto del artículo 23 de la LOPJ, quedó largo tiempo en letargo hasta que a finales del siglo XX un conocido Juez Central de Instrucción, sin duda competente para el caso, a instancia de parte –lo cual a veces se olvida– quiso iniciar la historia de la aplicación del principio de justicia universal en nuestro sistema procesal en los casos de los graves acontecimientos cometidos en la Argentina de los años setenta. Pero fue sobre todo el azaroso caso contra el general Pinochet, convaliente en Londres, lo que hizo saltar a los más sobresalientes titulares de los medios de comunicación de todo el mundo las potencialidades de nuestros criterios extraterritoriales de atribución de la jurisdicción española, y también las delicadas consecuencias políticas que todo ello suele llevar consigo.

Es sabido que el proceso penal, como decía GOLDSCHMIDT, está siempre directamente relacionado con la perspectiva política de un Estado. Pero pocos aspectos de la realidad procesal penal muestran una relación tan estrecha entre la política y la jurisdicción como el que estamos tratando. El peso de las relaciones internacionales, como se verá, de la política internacional, e incluso, si se nos permite, de las presiones políticas –y económicas– internacionales marcará el desarrollo práctico y la evolución normativa del precepto al que nos estamos refiriendo.

Los problemas no han venido, por supuesto, por los casos de nacionalidad activa ni por los supuestos en que están implicados bienes jurídicos como los anteriormente

referidos. La cuestión se plantea de manera explícita con la aplicación del principio de justicia universal al que se refiere el apartado cuarto del artículo 23 LOPJ, en su redacción originaria, sin limitación alguna.

¿De qué se trata? En realidad se trata de varias cosas a la vez, todas ellas coincidentes en que hay determinados delitos para los cuales, cualquiera que sea el lugar de comisión y cualquiera que sea la nacionalidad de su autor, interesan a los órganos jurisdiccionales penales españoles. El origen de este criterio parece estar curiosamente en supuestos más bien de carácter patrimonial: en la persecución de la piratería cometida en alta mar. Pero con el tiempo el principio de justicia universal se fundamenta en la existencia de crímenes internacionales cuya persecución, por razones políticas, no interesa con frecuencia a los Estados directamente implicados, normalmente aquellos en cuyo territorio se han cometido, propiciándose la impunidad, e incluso la protección descarada de los sospechosos. Se entiende que debe repugnar a la conciencia de cualquier ser humano dejar sin castigo acciones abominables que implican con frecuencia violaciones masivas de derechos humanos. Así el legislador español en 1985 vino a decir que la jurisdicción española no debía permanecer indiferente ante la comisión de estas gravísimas infracciones penales.

La cuestión difícilmente puede ser más polémica, porque como es evidente se entremezclan en ella perspectivas y valoraciones de política internacional con consideraciones jurídicas sobre hechos extremadamente graves, a los que suelen incluso añadirse acusaciones de quijotismo y también de incoherencia, que tampoco se pueden dejar de lado –por un lado, la afirmación de «quién nos manda convertimos en los gendarmes del planeta» y, por otro, «cómo nos atrevemos a enjuiciar actuaciones criminales de lejanos continentes cuando tenemos sin resolver del todo las terribles consecuencias de una guerra civil y de una larga dictadura, con algunos de sus muertos todavía en las cunetas»–.

Este es un breve resumen de la base del problema planteado, aunque, para entender bien el contexto en el que se produce la reforma operada por la Ley 1/2014, es imprescindible añadir algunos datos más. Se multiplicaron los procesos en casos sensibles, tales como el genocidio maya en Guatemala, la persecución de la secta Falung Gong y el genocidio tibetano por China, las atrocidades israelíes en Gaza, el asesinato de periodistas en Bagdad por militares norteamericanos o los abusos criminales del presidente tutsi de Ruanda, entre otros.

El primero de los casos referidos dio lugar a una interesante jurisprudencia de la que todavía se observan consecuencias en las nuevas normas. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se escindió en dos al tratar el tema y dictó una de las sentencias más controvertidas de los últimos tiempos (S. núm. 327/2003, de 25 de febrero). La mayoría entendió que no podía aplicarse un principio de justicia universal sin condiciones y propuso una serie de limitantes que implicaban vaciar en buena parte de contenido de lo que hasta entonces conocíamos como principio de justicia universal.

La minoría pretendía seguir con la aplicación incólume de este criterio desvirtuando dialécticamente las argumentaciones de la mayoría. El caso llegó al Tribunal Constitucional, que vino a corregir la conclusión de la Sala Segunda con el elemental razonamiento de que donde la ley no distinguía no cabe al intérprete añadir prevenciones y límites jurídicamente inexistentes (STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005), lo cual a su vez dio lugar a un amago de un nuevo episodio de lo que por otro lado se ha denominado «choque de trenes» o «guerra de altas Cortes»: la Sala Segunda en una singular sentencia en la que vuelve a argumentar prolijamente en contra de lo decidido por el Alto Tribunal aunque no le queda más remedio que plegarse y obedecer.

Ante esta tesitura el legislador se puso en marcha para restringir la amplitud del apartado cuarto del artículo 23 LOPJ, aunque lo hizo de modo paulatino. En la primera ocasión en que procedió a ello no se atrevió siquiera a tocar una coma del texto de este apartado. Sin embargo, la intención fue limitarlo muy considerablemente a través de la introducción de un apartado segundo al artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que fue con diferencia el precepto más discutido durante la elaboración parlamentaria de esta Ley.

A partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, los crímenes internacionales atribuidos a la Corte Penal Internacional, si los hechos no han ocurrido en España y sus autores no son nacionales españoles, no pueden ser investigados en España. Es más, se establece que los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Fiscal o los departamentos ministeriales (¿?) que reciban una denuncia o una querrela sobre esos hechos «se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia». Como resulta obvio tampoco podrán proceder de oficio en estos casos los órganos jurisdiccionales ni el Ministerio Fiscal. Es obvio que los crímenes internacionales de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o de agresión, que constituyen el ámbito material de cognición de los órganos de la Corte Penal Internacional, coinciden con el núcleo central de lo que venía regulando el apartado cuarto del artículo 23 LOPJ.

Lo sorprendente fue, sin embargo, que se añadió un apartado tercero, como enmienda transaccional que demuestra el escaso entendimiento de nuestro legislador del sistema de la Corte Penal Internacional, pues lo que establece es una aplicación del principio de complementariedad de la Corte, justo al revés de lo que contempla el Estatuto de Roma. Mientras este tratado internacional pretende que los Estados sigan conociendo, según sus propias reglas de atribución de la jurisdicción, sobre los crímenes internacionales, también sobre los previstos en el catálogo de tipificaciones del Estatuto, y pretende que los órganos de la Corte sólo intervengan cuando los Estados no sean capaces de enjuiciar genuinamente esos crímenes internacionales, el legislador español pretende que sea el Fiscal de la Corte quien en

primera instancia acuerde o no la apertura de una investigación y la Sala de Cuestiones Preliminares acuerde la admisibilidad del asunto, y sólo en los casos en que así no se haga se podrá admitir la denuncia, querrela o «solicitud» (¿?) presentada de nuevo ante las autoridades españolas. Téngase en cuenta que el motivo más claro para inadmitir un asunto ante la Corte es la aplicación más elemental del principio de cosa juzgada material: no se inadmite porque ha sido adecuadamente juzgado el asunto por alguna jurisdicción de un Estado.

Esto nos lleva a recordar que la Corte Penal Internacional tal y como quedó configurada en el Estatuto de Roma de 1998, y en su reforma posterior, dista mucho de ser un órgano de justicia universal. Los debates sobre la jurisdicción de la Corte en el verano de ese año fueron duros y, a pesar de propuestas muy amplias, como la de Alemania o incluso, con mayor complejidad, la de Corea del Sur, no pudo llegarse más allá de lo que estuvieron dispuestos a admitir los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, con la incoherencia además de que los más potentes de entre ellos se negaron a firmar y, por supuesto, a ratificar el texto resultante.

Por si no fuera bastante esta limitación tácita del artículo 23.4 LOPJ, algunos años después el legislador español se decidió por una reforma expresa, en la que se recogieran los argumentos de la posición mayoritaria en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2003, aunque con una técnica jurídica bastante desafortunada. Fue la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la que incorpora categorías delictivas hasta ese momento no incluidas como los de lesa humanidad y los crímenes de guerra y, por otro lado, según afirma interesadamente el preámbulo «permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que pudieran conocer los tribunales españoles en casos de justicia universal, según esa reforma, deberían quedar acreditadas algunas condiciones de carácter alternativo: o bien que quedara acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España (lo cual hasta ahora no era imprescindible, pues existe la extradición o la orden de detención y entrega para los que deban ser juzgados en España y se encuentren en otro territorio), bien que existen víctimas de nacionalidad española (lo cual no tiene que ver con el principio de justicia universal, sino con el de nacionalidad pasiva, como antes se ha dicho), o bien constatarse algún vínculo de conexión relevante con España (lo cual introduce un criterio discrecional con el que todo lo anterior y, sobre todo, las intenciones restrictivas del legislador quedaban en agua de borrajas: naturalmente, parece que la intención de legislador era limitar la aplicación del criterio que comentamos a los países históricamente relacionados con España,

básicamente los de la América hispana, pero quién es, por ejemplo, el valiente que niega la conexión relevante de China con España, no sólo conociendo la abundancia de población china en territorio español, con sus numerosos negocios, sino también la relevancia del Gobierno chino a la hora de comprar deuda pública de los países occidentales). Ese parámetro, por tanto, se convierte en realidad en una paradoja no querida por el legislador.

En todo caso, se añadía, con buen criterio para evitar dobles enjuiciamientos de los mismos hechos, que no podían aplicarse estos nexos de atribución de la jurisdicción si en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional se hubiera iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. De modo que el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se debería sobreseer provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal internacional mencionado.

En poco tiempo el legislador se dio cuenta de que la anterior reforma había sido en buena parte frustrada, y que para evitar problemas internacionales debía dar una nueva vuelta de tuerca con una reforma más, teniendo claro que «la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional». De este modo se produce el que probablemente sea el último golpe de gracia contra el principio de justicia universal en España, pues los argumentos esgrimidos son del tipo siguiente: «La extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional». Son argumentos inanes que pretenden inútilmente encubrir la tremenda restricción que se opera; y entendemos que son inanes, pues los tratados internacionales ya forman parte de nuestro ordenamiento y no precisan de transcripción alguna en una Ley Orgánica para su plena vigencia prioritaria.

La intención proclamada es la claridad y la precisión, inspiradas por la legalidad y la seguridad jurídica, en la precisión de los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española, apuntando a la excepcionalidad de los casos de extraterritorialidad, con lo cual lo que se produce en realidad es un cambio de paradigma en la regulación de la justicia universal en nuestro ordenamiento y una mera clarificación. Como veremos, además, ya se ha demostrado ante la propia jurisdicción que la nueva legislación está lejos de tener las características que la propia exposición de motivos promete; y no se necesita más que una lectura rápida del nuevo texto para comprobar que la simplificación es inexistente.

Para entrar en detalle debemos empezar diciendo que, en realidad, esta Ley Orgánica 1/2014 modifica no sólo el apartado cuarto del artículo 23 LOPJ, aprovecha también para introducir matizaciones sobre la exigencia de la doble tipificación para

el caso de aplicación del principio de nacionalidad activa. Pero incurre en un error, por otro lado muy común, al hacer referencia a la existencia de actos normativos de organizaciones internacionales de las que sea parte España por los que «no resulte necesario dicho requisito». Lo que no resulta necesario en los casos de aplicación del reconocimiento mutuo a los que se refiere este apartado uno del artículo único de la ley de reforma que comentamos es el control de ese requisito, pero ese requisito es tan necesario que se da por supuesta su existencia, y como se da por supuesta es innecesario su control.

Seguidamente, el apartado cuarto queda con dieciséis apartados, cada uno de ellos relativo a un amplio grupo de delitos y con la novedad de que se establecen los requisitos específicamente en cada caso, sin más explicaciones de por qué en ciertos casos son más las exigencias que en otros. Se ha dicho que lo que hace el legislador es comprobar cuáles son los casos de los que se está investigando en los Juzgados Centrales de Instrucción y precisamente la regulación está hecha a medida para frenar problemas internacionales.

En efecto, cuando se trata de delitos de genocidio, por ejemplo, se establece como nexo que activa la jurisdicción española que el procedimiento se dirija contra un español (supuesto que no sería de justicia universal) o contra un extranjero que resida habitualmente en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas (es la concreción del principio *aut dedere aut iudicare* del Derecho extradicional clásico: si se deniega la extradición de este último existe el compromiso de enjuiciar a ese extranjero). Pero cuando se habla de torturas o de desapariciones forzadas ya interesa que la víctima pueda ser española y que el imputado esté en territorio español. De nuevo desaparece el criterio general que había sido el fundamento de la introducción del principio de justicia universal en nuestro ordenamiento en 1985. Como han señalado varios Jueces Centrales de Instrucción, en todo caso, debe tener preferencia lo que establecen los tratados internacionales que en muchos casos no se ajustan a lo contenido en este nuevo apartado del artículo 24.

Nada añade que uno de los puntos se remita literalmente a «los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o por actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte». Ni se entiende esa remisión inútil, ni tampoco las mayúsculas al hacer referencia a una organización internacional en general.

Llama la atención la amplitud con la que alternativamente se prevén los criterios que atraen los casos de terrorismo. Se incluyen ocho supuestos en los que la vinculación con el territorio español se muestra en alguna de sus múltiples modalidades. De nuevo nos encontramos con que se desvirtúa el principio de justicia universal y se hace aparecer el principio de nacionalidad pasiva, como en los casos anteriormente mencionados, o incluso el principio real o de protección al hablar de delitos cometidos contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

En el caso de represión del apoderamiento ilícito de aeronaves desaparece del todo la justicia universal y se limita a contemplar los casos en que el imputado sea español, o la nave sea española, por tanto nacionalidad y territorialidad sin más. Pero es todavía más curioso el caso de la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, pues en estos supuestos no se tiene empacho en remitir sin más a los «supuestos autorizados por el» Convenio de Montreal y su Protocolo complementario, sin más detalles.

Cuando se trata de delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materias nucleares, se exige que el autor del delito sea español. Por tanto, se produce incluso una inadvertida limitación respecto al apartado dos del mismo artículo 23, pues parecen excluirse los casos en que cometa el delito un extranjero y luego adquiera la nacionalidad española. Tal supuesto estaría excluido según el tenor del punto h) del apartado cuarto del artículo 24 LOPJ. Sencillamente absurdo.

Y la claridad desaparece cuando nos damos cuenta de que en el apartado i) aparecen de nuevo los delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, ya mencionadas en el punto d) y ahora con unos nexos condicionantes que antes no se habían mencionado. Hay que recordar en este punto la polémica entre órganos jurisdiccionales respecto a delitos de tráfico de droga cometidos en aguas internacionales. Por un lado, se procedió a la excarcelación de quienes estaban privados de libertad por esta causa, como consecuencia de la interpretación que hizo la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que llegó a la conclusión de excluir a la jurisdicción española de la investigación y enjuiciamiento de estos casos: la letra d) remite a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convenio de Viena de 1988), cuya interpretación supondría una nueva remisión a las exigencias concretas del apartado i).

Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechazó tal interpretación (STS, Sala 2.ª núm. 592/2014, de 24 de julio de 2014), intentando dar coherencia a las diferencias entre el apartado d) y el apartado i), aunque con toda la razón afirma: «Hay que poner de manifiesto lo confuso de tal regulación, lo que ha originado que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad». Aun así, la Sala Segunda consigue entender que existe «una triple atribución de jurisdicción universal»:

por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera de nuestro espacio territorial de soberanía, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras

a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución nos imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

De este modo, respecto a los dos primeros apartados la Sala «entiende que se trata de dos reglas de atribución de jurisdicción distintas y autónomas», referidas al «mismo tipo de conductas», pero distintas «en un elemento fundamental»: la letra d) se aplica de manera específica cuando se trate de conductas llevadas a cabo en los «espacios marinos» (aguas internacionales), mientras que si no concurre tal circunstancia especial será de aplicación la letra i). De esta manera, no exenta de voluntarismo el Tribunal Supremo consigue enderezar una situación muy lamentable que se había producido en la persecución penal de delitos que el propio ordenamiento considera particularmente graves. Todo ello, por supuesto, al margen de los debates igualmente atendibles acerca de una eventual despenalización del tráfico de tales sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, que cada vez está más presente en el ámbito del debate jurídico.

Hemos citado *supra* el último de los puntos del apartado cuarto del artículo 23 LOPJ, que introduce una cláusula genérica, por la que se remite a cualquier otro delito cuya persecución en España se imponga como obligatoria por un Tratado internacional vigente para nuestro país o en virtud de actos normativos de una «Organización Internacional» de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos. No hace falta añadir que esa vinculación no nace del artículo 23.4.p) sino directamente del tratado internacional vigente para España o del acto normativo obligatorio.

Por último, merece una consideración especial la reforma del apartado quinto, por el que se quiere asegurar la aplicación del principio de subsidiariedad, es decir, aun con todas las limitaciones y exigencias establecidas directa o indirectamente en cada uno de los puntos del apartado cuarto, la jurisdicción española sólo podrá entrar a investigar y a conocer de estas infracciones criminales cuando no quede más remedio. Esta idea sencilla se expresa de un modo algo más complejo.

Se establece que no podrán perseguirse todos esos delitos en España cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional que vincule a España o cuando se hayan iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar de comisión o en el de la nacionalidad del imputado, siempre que tal persona no se encuentre en España o se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país de lugar de comisión de los hechos o al de nacionalidad de las víctimas o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que lo juzgue por los mismos hechos, salvo que la extradición no

fuera autorizada. Pero lo anterior no se aplica cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así lo valore la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Debe conectarse además esta regla con la disposición transitoria única que establece un sobreesimiento automático *ope legis* de todos los procesos sobre estos delitos «hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

Como se ve, un encadenamiento de requisitos y de excepciones que convierte esta materia en un trabalenguas y a todo lo contrario a lo que se anunciaba en la exposición de motivos sobre claridad, precisión y seguridad jurídica. Es realmente complicado determinar en un caso penal concreto del apartado cuarto si finalmente pueden o no válidamente ejercer su jurisdicción los órganos españoles. Por si faltara algo, la desconfianza ante los órganos de la Audiencia Nacional se hace expresa, pues algo que siempre había considerado su Sala de lo Penal o los Juzgados de Instrucción ahora debe ser elevado como exposición razonada a la Sala Segunda.

Pero no acaban aquí las novedades, pues el propio apartado quinto introduce criterios para la valoración de la existencia de disposición o no a actuar en un asunto determinado. Con buen criterio se alude a los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el Derecho Internacional y a unas circunstancias concretas que simplemente copian los criterios de inadmisibilidad del Estatuto de Roma, por los cuales los órganos de la Corte Penal Internacional comprueban si se está produciendo o se ha producido un enjuiciamiento genuino en el Estado originariamente competente.

Se establece, por si faltara algo, una importante limitación del alcance del artículo 125 de la Constitución, al introducir un apartado sexto que impide la iniciación de todos estos procesos de los apartados tercero y cuarto del artículo 23 LOPJ por medio de la acción popular. Sólo por querrela del agraviado o por el Ministerio Fiscal podrán iniciarse válidamente tales investigaciones y enjuiciamientos. Por tanto, se acabaron en España las querrelas de asociaciones heterogéneas, defensoras de derechos humanos, que han luchado impenitentemente contra la impunidad de numerosos criminales y que han llevado adelante con gran esfuerzo numerosos procesos en los últimos años. Compensa, según se ve, al legislador español cerrar los ojos ante la barbarie humana cometida en cualquier lugar del mundo, impidiendo el acceso a la justicia a estos activistas por la dignidad humana, con el fin de salvaguardar otro tipo de intereses, algunos probablemente más respetables que otros, pero sin duda situados todos ellos en un nivel jurídico y moral inferior.

Lorenzo BUJOSA VADELL  
*Catedrático de Derecho Procesal Universidad de Salamanca*  
[lbujosa@usal.es](mailto:lbujosa@usal.es)

**RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA**  
(ENERO-JUNIO 2014)

**COORDINADORA:**

Antonia DURÁN AYAGO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación:**

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL*

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

Mario HERNÁNDEZ RAMOS

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional. USAL*

Javier LASO PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL*

Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Penal. USAL*

Cristina POLO SÁNCHEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL*

Lourdes RUANO ESPINA

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS

*Profesor Titular de EU de Derecho Mercantil. USAL*

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS

*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

Juan SANTOS VARA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. USAL*

Estrella TORAL LARA

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil. USAL*

María del Mar VELÁZQUEZ SÁNCHEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 10 de abril de 2014 (ROJ: STS 1491/2014) - TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL. SUBORDINACIÓN DE ORDENANZA MUNICIPAL DE CIRCULACIÓN DE CICLISTAS A LA LEY DE TRÁFICO. LAS BICICLETAS NO PUEDEN CIRCULAR POR LAS ACERAS, por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 25 de junio de 2014 (ROJ STS 2762/2014) - PRESENCIA DE MAESTROS EN LOS CONSEJOS ESCOLARES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, por Juan José RASTROLLO SUÁREZ
3. Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2014, de 24 de junio - INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN AUTONÓMICA DE LA FRACTURA HIDRÁULICA (FRACKING): LA INNEGABLE REAFIRMACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO, por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

## CIVIL

---

4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de mayo de 2014 (ROJ: STS 1769/2014) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2014 (ROJ: STS 1768/2014) - CONSENTIMIENTO INFORMADO, por Eva María MARTÍNEZ GALLEGO
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 6 de junio de 2014 (ROJ STS 2131/2014) - PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES COMO CAUSA DE PRIVACIÓN. MOMENTO EN EL QUE DEBE CONCURRIR LA CAUSA, por Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

## ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

---

6. Sentencias del Tribunal Constitucional 28/2014, de 24 de febrero (BOE n.º 73, de 25-III-2014) y 41/2014, de 24 de marzo de 2014 (BOE n.º 87, de 10-IV-2014) - OBJECIÓN DE CONCIENCIA A EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA, por Lourdes RUANO ESPINA
7. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12-VI-2014 (Gran Sala), asunto Fernández Martínez c. España (Application n.º 56030/07) - AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, por Ángel LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ

## EXTRANJERÍA

---

8. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de enero de 2014, C-285/12, A. *Daikité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* - APÁTRIDAS, por Elena SHOROKHOVA

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

9. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, Transportes Jordi Besora - CÉNTIMO SANITARIO, por M.ª Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
10. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 71/2014, de 6 de mayo [BOE n.º 135, de 4-VI-2014] - TASAS JUDICIALES Y EURO POR RECETA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA, por Marcos IGLESIAS CARIDAD

## INTERNACIONAL PRIVADO

---

11. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014) - GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA, por Antonia DURÁN AYAGO
12. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014- INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, dictadas el 26 de junio de 2014, por Antonia DURÁN AYAGO

## MERCANTIL

---

13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de febrero de 2014 (ROJ: STS 1623/2014) - ATRIBUCIÓN DE LA CONDICIÓN DE AUTOR AL EDITOR DE UN DIARIO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS ACTIVIDADES DE RECORTES DE PRENSA (*PRESS CLIPPING*), por Fernando CARBAJO CASCÓN
14. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, asunto C-365/12 P, *Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG* - ACCESO A INFORMACIÓN DOCUMENTAL DE INSTITUCIONES EN PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA, por Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS

## PENAL

---

15. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 24 de febrero de 2014 (ROJ: SAN 496/2014) - LA «NO» APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL EN CASOS DE MUTILACIÓN GENITAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 23.4 LOPJ, por María Concepción GORJÓN BARRANCO
16. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014) - GRUPO CRIMINAL, CODELINCUENCIA Y REINCIDENCIA, TRES CONCEPTOS PRÓXIMOS EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, por Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
17. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 10 de junio de 2014 (ROJ: STS 3242/2014) - UN CASO MÁS DE DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES A TRAVÉS DE LAS TIC, por Lina Mariola DÍAZ CORTÉS

## PROCESAL

---

18. Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014 - IMPUTACIÓN, MEDIDAS CAUTELARES Y PERSONAS JURÍDICAS MERAMENTE INSTRUMENTALES, por Ana María NEIRA PENA

## TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

19. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1246/2013, de 3 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1094/2014) - LA CEGUERA TOTAL ES CAUSA VALORABLE COMO DE GRAN INVALIDEZ AUNQUE SE HAYAN DESARROLLADO HABILIDADES PARA REALIZAR LOS ACTOS MÁS ESENCIALES DE LA VIDA, por Justo REGUERO CELADA

20. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D. - LA MATERNIDAD SUBROGADA NO ES EQUIPARABLE A LA MATERNIDAD BIOLÓGICA AL OBJETO DE SOLICITAR PERMISOS POR TAL CONTINGENCIA, por M.<sup>a</sup> Cristina POLO SÁNCHEZ

## UNIÓN EUROPEA

---

21. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* - ANULACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/24 SOBRE LA CONSERVACIÓN DE DATOS GENERADOS O TRATADOS EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE ACCESO PÚBLICO O DE REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES, por João Carlos MAIA NETO
22. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González* - DERECHO AL OLVIDO, por Enrique SALA LEDESMA

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 10 de abril de 2014 (ROJ: STS 1491/2014)

#### TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL. SUBORDINACIÓN DE ORDENANZA MUNICIPAL DE CIRCULACIÓN DE CICLISTAS A LA LEY DE TRÁFICO. LAS BICICLETAS NO PUEDEN CIRCULAR POR LAS ACERAS

La circulación de vehículos y la seguridad vial son dos materias complejas y problemáticas en España y en los países de nuestro entorno, debido al modo de transporte, y de vida, basado esencialmente en los automóviles (*vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2013: «Riesgos, seguridad vial y responsabilidad patrimonial de la Administración por accidentes de tráfico en vías interurbanas». En T. Quintana López (dir.) y otros: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. 2.ª ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, tomo II, 1695-1780). La [legislación](#) en la materia se ha elaborado pensando esencialmente en ellos, pero obviamente no son los únicos vehículos que circulan por nuestras vías (camiones, furgonetas, motocicletas y... bicicletas). Debido a los problemas que ha traído consigo el uso, y abuso, del automóvil, principalmente, en el ámbito de lo que se ha dado en llamar «movilidad sostenible», se pregona cada vez más el uso de la bicicleta, e incluso en España se han construido muchos kilómetros de carriles-bici y otras vías de circulación específicas (en particular al hilo del llamado «plan aceras» aprobado por el Gobierno del presidente Rodríguez Zapatero).

No obstante, esta adecuada promoción del uso de la bicicleta en las ciudades no ha tenido en cuenta los problemas (¿No previstos, no queridos?... ¿O sí?) provocados por la poca educación vial de una gran parte de los usuarios de bicicletas, principalmente por el incumplimiento reiterado de la legislación de tráfico y seguridad vial, aplicable obviamente a las bicicletas, a sus conductores y a la forma de circular con ellas, como vehículos que obviamente son, p. ej., al circular por las aceras, al no circular por los carriles-bici, al no llevar los instrumentos de visibilidad y protección o acústicos y al circular a velocidades no permitidas; todo lo cual está provocando una situación de avasallamiento hacia los peatones digna de criticar.

En relación con esta problemática ciclista, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2014, cuyo ponente es el magistrado D. Luis María Díez-Picazo, que comentamos es muy clara y no deja lugar a duda alguna.

La Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la [Sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón 140/2012, de 17 de febrero](#) que anuló varios artículos de la Ordenanza de Circulación de Peatones y Ciclistas de esa ciudad, de 29 de junio de 2009, al estimar que infringían varios preceptos de

la [Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 1990](#) y del [Reglamento General de Circulación de 2003](#).

El Tribunal Supremo entiende que no ha lugar al recurso de casación, desestimándolo.

La STS de 10 de abril de 2014 analiza primero el ámbito de la potestad reglamentaria de las Entidades Locales, ya que sostiene el recurrente que las Entidades Locales ostentan ciertas competencias en las cuales no puede interferir el legislador estatal; entre las que se hallaría la regulación del tráfico en las vías urbanas, materia sobre la que, afirma, se habría operado una *deslegalización* a favor de las entidades locales, al entender que la Legislación sectorial del Estado en materia de tráfico y circulación no impide ni limita que un Ayuntamiento, en uso de su potestad reglamentaria autónoma, establezca la regulación de la utilización de bicicletas en el espacio urbano que estime más apropiada.

Tal argumento no lo acepta el Tribunal Supremo, al señalar, de forma impecable, que

... esta concepción de la potestad reglamentaria de las entidades locales es errónea. Es verdad que esta Sala ha afirmado en algunas ocasiones que –a diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria de la Administración del Estado o, en su caso, de la Administración autonómica– la potestad reglamentaria de las entidades locales mantiene con la ley una relación menos intensa, como consecuencia precisamente del principio de autonomía local. Dado que las entidades locales gozan de autonomía para el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas y dado que sus órganos plenarios de gobierno disfrutan de innegable legitimidad democrática, hay que entender que disponen de margen para diseñar sus propias políticas en los ámbitos de su competencia; y esa capacidad de tener una propia orientación política no puede por menos de reflejarse en la configuración de su potestad reglamentaria. Dentro de sus ámbitos de competencia, la potestad reglamentaria de las entidades locales puede adoptar, en principio, las normas que estime oportunas siempre que no conculquen otras normas de rango superior; es decir, la ley estatal –lo mismo valdría para la ley autonómica– funciona como un límite a la potestad reglamentaria de las entidades locales. A diferencia de los reglamentos estatales o autonómicos, los reglamentos locales no suelen ser un instrumento auxiliar para actuar opciones ya adoptadas y predeterminadas en sus rasgos esenciales por la ley. Esto es lo que en alguna ocasión, con fórmula sintética, esta Sala ha llamado la «vinculación negativa» a la ley de la potestad reglamentaria de las entidades locales.

Esta vinculación negativa, contrariamente a lo que parece entender el recurrente, no implica que a la ley –estatal o autonómica, según el caso– le esté vedada la entrada en aquellas materias que son competencia de las entidades locales. No hay materias excluidas de la potestad legislativa. El reparto competencial diseñado por el artículo 149 CE y llevado a la práctica por los Estatutos de Autonomía opera entre el legislador estatal y los legisladores autonómicos; nunca con respecto a las entidades locales, que están sometidas a uno y otro. Tan es así que la enumeración de las competencias de

las entidades locales está constitucionalmente atribuida a la ley. Las entidades locales, en suma, no pueden argüir que una norma con rango de ley está viciada de incompetencia por regular cuestiones locales; y lo mismo vale, por supuesto, para una norma reglamentaria estatal o autonómica que tenga suficiente cobertura en la ley. La única defensa que las entidades locales tienen frente al legislador viene dada por el principio de autonomía local, proclamado en el artículo 137 CE; pero éste sólo determinaría la inconstitucionalidad de la ley en el supuesto de que ésta vaciara o perturbara gravemente la libre administración de las entidades locales, algo que no sucede por el mero hecho de que haya legislación –estatal o autonómica– sectorial en los ámbitos de competencia local.

Además, por estas razones, no admite que la utilización de las vías urbanas sea una cuestión que haya sido deslegalizada para su regulación directa por las Ordenanzas municipales.

En base a estos irreprochables argumentos, el Tribunal Supremo concluye con firmeza que

la Ordenanza Municipal de Circulación de Peatones y Ciclistas aprobada por el Ayuntamiento de Zaragoza está subordinada, sin duda alguna, a la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, así como al Reglamento General de Circulación. De aquí que, a la hora de examinar los distintos motivos formulados en este recurso de casación, la cuestión fundamental sea dilucidar si la sentencia impugnada interpretó y aplicó correctamente los correspondientes preceptos de la legislación estatal de tráfico y circulación.

En segundo lugar, se plantean los conceptos de «vehículo» y de «conductor», y su aplicación a las bicicletas y a sus usuarios, sobre lo que el Tribunal Supremo señala, con no menos rotundidad, desestimando el motivo, que

... la inclusión de las bicicletas dentro de la categoría de «vehículo» se ajusta plenamente a lo establecido en el Anexo I de la Ley de Tráfico, que en su apartado 4 define aquél como «artefacto o aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2», sin distinguir según sean o no de motor. Tan es así que, cuando en el apartado siguiente define la categoría de «ciclo» como «vehículo de dos ruedas, por lo menos, accionado exclusivamente por el esfuerzo muscular de las personas que lo ocupan, en particular mediante pedales o manivelas», no cabe ninguna duda de que, a efectos de la legislación estatal de tráfico, la bicicleta es una especie del género vehículo. Por tanto, le son aplicables las normas referidas a los vehículos. Si a ello se añade que, según el apartado 1 del citado Anexo I, «conductor» es quien va al mando de un vehículo, debe concluirse que la premisa de la sentencia recurrida es correcta.

En tercer lugar, se plantea directamente la cuestión del uso de las aceras por los ciclistas, que permite la Ordenanza; concretamente, la utilización de unos mismos espacios por los peatones y las bicicletas: las llamadas «vía ciclista señalizada en la

acera» y las «zonas de prioridad peatonal». El Tribunal Supremo desestima ambos motivos, ya que

los apartados 55 y 56 del Anexo I de la Ley de Tráfico, relativos a las categorías de «acera» y «zona peatonal», no dejan lugar a ninguna duda sobre el destino exclusivo de esos espacios para los peatones. Y a partir de este punto, huelga cualquier discusión sobre la eventual utilización compartida de un mismo espacio por peatones y ciclistas, pues se trata de algo legalmente no permitido.

Finalmente, entre las cuestiones más destacables, se plantea si los ciclistas pueden adelantarse a los pasos de peatones y esperar la luz verde del semáforo (art. 94-Rgto. General de Circulación), como señala el recurrente. Pero el Tribunal Supremo también lo desestima, pues, afirma,

... el precepto invocado prohíbe a todos los vehículos parar, entre otros lugares, «en pasos a nivel, pasos para ciclistas y pasos para peatones». Dado que las bicicletas, como se ha visto, tienen la condición de vehículos, es evidente que no pueden «adelantarse a los pasos de peatones»...

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 25 de junio de 2014 (ROJ STS 2762/2014)

### PRESENCIA DE MAESTROS EN LOS CONSEJOS ESCOLARES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La resolución que analizamos trae causa del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía frente al fallo del recurso contencioso-administrativo n.º 692/2010 resuelto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 14 de julio de 2012. En dicho fallo, el Tribunal Superior decidió estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-CSIF) contra el [Decreto 328/2010, de 13 de julio de la Junta, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de las Escuelas Infantiles de Segundo Grado, de los Colegios de Educación Primaria, de los Colegios de Educación Infantil y Primaria y de los Centros Públicos Específicos de Educación Especial de Andalucía](#). Concretamente, el órgano andaluz anuló el artículo 49.3 del Decreto por considerar que dicho precepto no se ajustaba a Derecho.

El precepto describe la composición de los Consejos Escolares de la Comunidad Autónoma del sur de España, estableciendo que, en aquellos centros que tengan seis o más unidades y menos de nueve, formarán parte de los mismos un total de doce personas (contando con el secretario o secretaria, con voz pero sin voto), de los cuales tan solo ocho tendrían la condición de maestro. El artículo originariamente analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía choca así con las determinaciones del artículo 126 de la [Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación](#), que impone una estructura diferente.

La Ley estatal establece en su apartado d) que formará parte de los Consejos Escolares en todo caso «un número de profesores y profesoras que no podrá ser inferior a un tercio del total de los componentes del Consejo, elegidos por el Claustro y en representación del mismo». Ante esta aparentemente evidente controversia, la Junta de Andalucía responde con el recurso de casación que ha dado lugar a la sentencia que ahora comentamos.

Dicho recurso, atendiendo a lo determinado por el artículo 88 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa](#) se funda en un único motivo. Según la Junta de Andalucía, el Decreto no establece que el número de miembros del Consejo tenga que ser doce y que, con base en ello, el tercio de maestros tenga que ser cuatro. La Ley Estatal impone únicamente que el número de profesores no sea inferior a un tercio del total de los componentes del Consejo (con lo que el total de los componentes del Consejo podría ser de entre once, dado que el secretario del Consejo no puede ser contado como miembro del Consejo, hasta incluso nueve, en el supuesto de que no haya representantes del personal de Administración y Servicios ni jefe de estudios).

Asimismo, la Junta de Andalucía entiende que el fallo del Tribunal Superior de Justicia Autonómico vulnera lo establecido por los apartados 1 y 3 del artículo 25 de la [Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#). Dichos epígrafes establecen que los órganos colegiados «tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente», enunciándose además las funciones que el secretario debe llevar a cabo en el ejercicio de su actividad. No obstante, es preciso recordar en este punto que el epígrafe tercero, dedicado a las funciones, no tiene un carácter básico, siendo contrario al orden constitucional de competencias en función de lo determinado por la Sentencia 50/1999, de 6 de abril de 1999, del Tribunal Constitucional.

Por último, la Junta aduce que el fallo del Tribunal Superior de Justicia Autonómico vulnera lo establecido por el apartado 6 del artículo 126 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que determina que «corresponde a las Administraciones educativas determinar el número total de miembros del Consejo Escolar».

En la Sentencia el Tribunal Supremo se reafirma en la conclusión a la que anteriormente había llegado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Las justificaciones de la Junta no son válidas: la norma cuenta con un carácter rígido y su aplicación solo sería aceptable y respetuosa con la legislación estatal en el hipotético caso de que los Consejos Escolares a los que se refiere el artículo 49. 3 del Decreto Andaluz se constituyeran de forma incompleta.

El correcto funcionamiento de los órganos colegiados que forman parte de la Administración Pública o se encuentran vinculados a la misma, así como el respeto en su estructura al principio democrático y a su funcionalidad representativa de los distintos intereses de forma equilibrada, es fundamental para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho. En esta sentencia, el Tribunal Supremo cumple la función de asegurar las bases para este correcto funcionamiento más allá del contenido de la norma autonómica andaluza.

Juan José RASTROLLO SUÁREZ  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2014, de 24 de junio (BOE n.º 177, de 22-VII-2014)

### INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN AUTONÓMICA DE LA FRACTURA HIDRÁULICA (FRACKING): LA INNEGABLE REAFIRMACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO

El Tribunal Constitucional ha dictado la Sentencia 106/2014, de 24 de junio, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno el pasado 27 de enero contra la [Ley cántabra 1/2013, de 15 de abril, reguladora de la prohibición de la técnica de fractura hidráulica para la extracción de gas no convencional](#) en esa Comunidad, declarando con cierta rotundidad su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad (*vid.* FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2014: «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Diario La Ley*, de 19 de junio de 2014, n.º 8336: 8-16 e *Id.* 2014: «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 21 de julio de 2014, n.º 8358: 9-13).

En efecto, el Parlamento cántabro aprobó la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional. La Ley consta de tres preceptos, una disposición transitoria y otra final únicamente. El artículo 1 prohíbe el uso de la técnica de fractura hidráulica; el artículo 2 obliga a autoridades y funcionarios de las Administraciones regional y local al cumplimiento de la prohibición anterior y a paralizar las actividades referidas, prohibidas, y obliga además a la reposición de la situación alterada a su estado originario; el artículo 3 estima que el uso de tal técnica constituye una infracción urbanística, conforme a la legislación propia en la materia, y la Disposición Transitoria Única se aplica tanto retroactivamente, revocado los permisos y otros títulos habilitantes de tal actividad, ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de la publicación de la Ley en el BOC, según su Disposición Final Única).

Planteado el recurso de inconstitucionalidad de la Ley, el Tribunal Constitucional con fecha de 11 de febrero de 2014 admitió el recurso y, al haber sido invocado por el presidente del Gobierno el artículo 161-2.º-CE, suspendió la Ley impugnada.

Seguidamente, el Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 106/2014, de 24 de junio, que resuelve el recurso declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley cántabra.

La sentencia comienza, de forma muy adecuada, precisando los conceptos técnicos necesarios para enmarcar el problema jurídico-constitucional planteado, señalando sucintamente que

La fractura o fracturación hidráulica (fracking) es una técnica industrial que ya se venía empleando desde 1940 en la investigación y explotación de hidrocarburos convencionales, para aumentar su productividad. En la última década se está produciendo una notable expansión de esta técnica, ligada a la investigación y explotación de las reservas de hidrocarburos no convencionales (gas de esquisto y metano del lecho de carbón), de forma combinada con la técnica de la perforación horizontal. La fractura hidráulica consiste en la inyección a alta presión de agua con arena y aditivos químicos en las fracturas existentes en el sustrato rocoso que encierra el gas, dotando así de gran permeabilidad a la roca madre, lo que facilita su extracción.

Inmediatamente después, la STC constata la existencia de un importante debate técnico y social en relación con el uso de esta técnica por el riesgo ambiental asociado a la misma (refiriéndose concretamente al incremento de contaminantes clásicos en el aire y al empleo de importantes cantidades de agua, con riesgo de contaminación de acuíferos por el empleo de aditivos químicos); si bien se refiere asimismo a los efectos positivos derivados de la extracción del gas no convencional (sustitución de carbón y petróleo por gas; reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; reducción de la dependencia energética; aumento de la tasa de autoabastecimiento e importantes beneficios para la economía nacional, ligados a la seguridad del suministro y a las inversiones en infraestructuras y la creación de empleo, así como una repercusión favorable en la balanza de pagos y en los ingresos fiscales).

A continuación, la Sentencia señala con claridad que el recurso de inconstitucionalidad es de contenido esencialmente competencial; dando a las menciones a los artículos 128 y 130-CE un carácter accesorio y de refuerzo de la alegación de invasión competencial. Contenido competencial que, frente a lo sostenido por el Voto Particular, es obvio pues su esencia es precisamente si la Comunidad de Cantabria tiene competencias constitucionales para dictar la Ley prohibitiva general citada o ha invadido las competencias del Estado.

Para resolver el recurso, el Tribunal Constitucional enmarca la controversia en el ámbito material de la energía, no obstante la incidencia que los recursos mineros y gasísticos, el régimen jurídico de los hidrocarburos líquidos y sólidos y su explotación tienen sobre otras materias, como en especial la protección del medio ambiente; y lo es porque «la fractura hidráulica es una técnica de investigación, exploración y explotación de gas no convencional» (tal como señala la propia Sentencia en las referencias conceptuales). Materia en la que el Estado ostenta la competencia exclusiva para dictar las «bases del régimen minero y energético» (art. 149-1.º-25-CE), y las comunidades autónomas, todas, el desarrollo legislativo y la ejecución.

Teniendo en cuenta que el Estado ha invocado que la regulación del uso de la fractura hidráulica en la investigación, exploración y extracción de hidrocarburos no convencionales se ha realizado, con el carácter de básica, en la [Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la Garantía del Suministro e Incremento de la Competencia en los](#)

[Sistemas Eléctricos Insulares y Peninsulares](#), sobre la base de las competencias nacionales relativas a las bases del régimen minero y energético y sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149-1.ª-25 y 13-CE, respectivamente), la Sentencia reafirma la doctrina sentada por la STC 197/1996, de 28 de noviembre, reiterada por las SSTC 223/2000, de 21 de septiembre; 135/2012, de 19 de junio, y 8/2013, de 17 de enero, y concluye señalando claramente que

Con carácter general cabe pues concluir que –corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las comunidades autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado– (SSTC 135/2012, FJ 2 y 8/2013, FJ 3).

Establecido lo anterior, el paso siguiente es determinar si el régimen jurídico de la técnica de fracturación hidráulica establecido en la citada Ley 17/2013, de 29 de octubre, es formal y materialmente básico conforme a la jurisprudencia constitucional; ya que para que la Ley cántabra haya incurrido en una infracción constitucional es necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado, y, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

A los efectos de la controversia, debe resaltarse, como hace la STC, que la citada Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la Garantía del Suministro e Incremento de la Competencia en los Sistemas Eléctricos Insulares y Peninsulares, en sus DF 2.ª y 3.ª, ha modificado la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998, en concreto su artículo 9-5.º, para mencionar expresamente la técnica de fractura hidráulica, y el Texto Refundido de la ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos de 2008, concretamente su Anexo I-Grupo 2, e, para someter la misma a esa evaluación ambiental. Además, la STC reproduce parte del Preámbulo de la ley 17/2013 citada, que claramente señala que «con el objetivo de clarificar aspectos jurídicos relacionados con técnicas de exploración y producción de hidrocarburos y de garantizar la unidad de criterio en todo el territorio español [...] se hace explícita la inclusión en el ámbito objetivo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de determinadas técnicas habituales en la industria extractiva reconociéndose su carácter básico, en concreto, las técnicas de fracturación hidráulica». Finalmente, el Tribunal también recuerda que la nueva [Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental](#), incluye naturalmente la evaluación ambiental de los trabajos de exploración y extracción de hidrocarburos mediante fracturación hidráulica.

El carácter básico en sentido formal de la Ley 17/2013 es indudable, pues su DF-4.ª le atribuye expresamente tal carácter.

En cuanto al carácter materialmente básico de la Ley citada y, por tanto, de los preceptos que se refieren a la fractura hidráulica, la Sentencia Constitucional recuerda la doctrina en la materia y el sentido de la noción material de las bases, y señala de manera constitucionalmente impecable que

... este precepto ha de considerarse materialmente básico ex artículo 149.1.13 y 25 CE. Constituye un marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional. La fijación por el Estado de unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos constituye una norma básica, con arreglo al artículo 149.1.13 y 25 CE; se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las comunidades autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos. Por otra parte, el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético, muy especialmente en países de acusada y crónica dependencia energética, como es notoriamente el caso de España, justifica también el carácter básico de la autorización de la fractura hidráulica, por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la productividad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional. No puede olvidarse que la garantía del suministro energético tiene inequívocamente carácter básico (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 8, para el sector eléctrico, afirmación trasladable mutatis mutandis al sector gasístico).

Añadiendo que

La regulación de la técnica de la fractura hidráulica para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales que lleva a cabo la citada Ley 17/2013 mediante la adición del apartado 5 al artículo 9 LSH, resulta pues justificada constitucionalmente, tanto por resultar necesaria para preservar lo básico en materia energética (art. 149.1.25 CE), como también por su incidencia para el desarrollo de la actividad económica del país y, por tanto, para la ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE). En consecuencia, las comunidades autónomas pueden asumir las competencias de desarrollo normativo y ejecución, pero respetando siempre las bases establecidas por el Estado en el referido artículo 9.5 LSH.

Seguidamente, el Tribunal afirma, obviamente también, el carácter básico, y la competencia del Estado, de la regulación del sometimiento a evaluación ambiental del uso de esta técnica, según la modificación del Texto Refundido de 2008 por la Ley 17/2013, como hemos visto, señalando que, después de esta modificación, la «finalidad de la exigencia legal de esa previa declaración de impacto ambiental favorable para autorizar los proyectos que requieran la utilización de la técnica de la fractura hidráulica tiene un neto contenido de protección medioambiental».

Una vez establecido lo anterior, que ya nos da una idea clara de la resolución de la controversia, la STC pasa a examinar las tachas de inconstitucionalidad de la Ley cántabra; comenzando por su artículo 1, que establece la prohibición general del uso de la fractura hidráulica, afirmando que

Esta prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria contradice de manera radical e insalvable lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 9 LSH, añadido por la citada Ley 17/2013, en cuya virtud se autoriza la aplicación de la técnica de la fractura hidráulica en el desarrollo de los trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales, precepto formal y materialmente básico ex artículo 149.1.13 y 25 CE. Conforme ya quedó señalado, constituye un marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional, referido al empleo de una técnica habitual en la industria para la investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional. El legislador autonómico no se limita pues a establecer las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto, siempre «respetando las bases establecidas por el Estado» (SSTC 135/2012, FJ 2 y 8/2013, FJ 3); vulnera la competencia estatal al entrar en conflicto con la eficacia de la legislación básica que se dicta al amparo de la misma en el territorio de Cantabria.

Además, el Tribunal Constitucional no admite que la prohibición general referida pueda considerarse una norma adicional de protección en materia ambiental, y por tanto competencia de la Comunidad Autónoma, ya que la legislación básica del Estado en la materia, como ya hemos visto, «ha intentado dar respuesta a las preocupaciones medioambientales que suscita el empleo de esta técnica industrial». Y, después de recordar y reiterar la doctrina constitucional en la materia, de forma contundente, pero impecablemente de acuerdo con la Constitución española, afirma que

La prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma. De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético. La prohibición de la técnica del fracking que establece el artículo 1 de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal ex artículo 149.1.13 y 25 CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales.

Por ello, la STC, ante esta radical e insalvable contradicción entre la normativa básica estatal y el precepto autonómico impugnado, declara que el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013 es inconstitucional y nulo, por invadir la competencia

exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de régimen minero y energético (art. 149-1.<sup>a</sup>-25-CE), así como en materia de ordenación general de la economía (art. 149-1.<sup>a</sup>-13-CE) y de protección del medio ambiente (art. 149-1.<sup>a</sup>-23-CE). Y por relación con ese precepto, el Tribunal declara inconstitucionales y nulos los restantes artículos de la Ley.

En base a la argumentación anterior, la STC de 24 de junio de 2014 concluye que «[e]n definitiva, estamos ante una normativa autonómica que resulta incompatible con la legislación básica estatal sobrevenida, lo que determina la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013 en su integridad a partir de la entrada en vigor de la legislación básica (por todas, SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9, 1/2003, de 16 de enero, FJ 9; y 162/2009, de 29 de junio, FJ 8)»; por lo que el Fallo de la misma declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley cántabra 1/2013, de 15 de abril, referida.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[dgatta@usal.es](mailto:dgatta@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de mayo de 2014 (ROJ: STS 1769/2014) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 9 de mayo de 2014 (ROJ: STS 1768/2014)

#### CONSENTIMIENTO INFORMADO

*Antecedentes de hecho.*- En las sentencias objeto de análisis se aborda el consentimiento informado como presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* en la actuación médica, acercándonos a éste diferenciando los casos de medicina asistencial de la voluntaria o satisfactiva.

De este modo, en la sentencia de fecha 7 de mayo de 2014 nos acercamos a los requisitos del consentimiento informado en sede de medicina satisfactiva, en concreto de dos intervenciones quirúrgico-estéticas en las que no se obtuvieron los resultados esperados. En este caso, la sentencia dictada por la IIma Audiencia Provincial confirma la estimación de la demanda acordada en primera instancia, si bien incrementa la cuantía de la indemnización a que tiene derecho la paciente.

Por su parte, en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2014, se analiza la información ofrecida a un paciente para una prestación asistencial en aras de determinar una eventual responsabilidad por errónea indicación terapéutica, desestimándose en todas las instancias toda pretensión de condena al considerarse que la información ofrecida al paciente fue en todo momento completa y continuada, siendo verbal y escrita, ajustándose así a los criterios legales y jurisprudenciales.

*Cuestiones jurídicas.*- En primer término debemos tener presente que «[l]a responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto» (entre otras STS de 20 de noviembre de 2009 o 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013). De este modo, es claro como bien señala el TS que obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.

Así, son muchas las sentencias que ponen de relieve una obviedad,

los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede

no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo de 2008; 30 de junio de 2009).

Pues bien, lo señalado anteriormente sirve para aquellos casos en los que estamos ante medicina asistencial en sentido estricto, si bien ello no implica que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva comporten por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (entre otras STS de 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013).

A mayores hay que tener presente que, hoy en día, la exigencia de consentimiento debidamente informado por parte de los pacientes constituye el eje central de la normativa sanitaria. La razón de ello la encontramos en que la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asumida por el médico dentro de la obligación a la que se compromete.

De este modo, la información previa tiene como finalidad proporcionar a quien es el titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (STS, Sala Primera, de 18 de junio de 2008).

En este contexto, hay que resaltar por su importancia que nuestro Tribunal Supremo, en sentencias como la de 12 de enero de 2001, ha proclamado la exaltación del consentimiento informado como «un derecho humano fundamental», afirmando que

la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone ningún formalismo sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias...

En este marco, veamos los motivos del recurso extraordinario de casación planteados en ambos casos.

En primer lugar, en la sentencia de fecha 7 de mayo de 2014 se alega falta de legitimación pasiva de los herederos del doctor que practicó la intervención y que fueron condenados solidariamente con la compañía aseguradora. En este punto, es clara la sentencia cuando afirma que la responsabilidad en la que puede incurrir el fallecido, en

este caso, como profesional de la medicina, no es una deuda personalísima de éste y, por tanto, no transmisible a los herederos. A ello añade que derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante forma parte de la herencia de conformidad con el artículo 659 Código Civil, si bien pudieron los herederos utilizar el beneficio de inventario establecido a su favor en el mismo cuerpo legal. Es por ello que desestima dicha alegación.

Igualmente se alega infracción de la doctrina del TS sobre responsabilidad médica con relación a la obligación de medios y de resultado, alegación que de conformidad con la precisión que hemos realizado al inicio de este comentario, conlleva como hizo la Sala su desestimación, y ello porque se reconoce como hecho probado que las intervenciones quirúrgico-estéticas realizadas no obtuvieron los resultados ofrecidos por el médico que las realizó, no siendo informada la paciente de dicha eventualidad. De este modo, siendo esa información previa una exigencia ética y legalmente exigible a cualquier profesional médico, incluida la medicina voluntaria, y acreditada su falta, se vulneró la autonomía de la paciente que, en este tipo de medicina, tiene mayor margen de libertad para optar para su rechazo. Es por ello que dicha alegación es también desestimada por la Sala.

En el caso resuelto por sentencia de fecha 9 de mayo de 2014, se alega falta de información en relación a las alternativas al primer tratamiento llevado a cabo, estimándose que existió una errónea indicación terapéutica, debiendo haber sometido al paciente a cirugía convencional y no radiológica, asumiendo de esa forma un riesgo desproporcionado en relación al beneficio a obtener. Pues bien, la cuestión jurídica se centra en analizar la información proporcionada al paciente antes de la primera intervención a fin de determinar si fue o no completa.

Debemos señalar que el consentimiento que ha de prestar el paciente se encuentra en íntima conexión con la información que ha de recibir con carácter previo, y que se encuentra garantizada en el artículo 5 de la Ley 41/2002. El contenido de dicha información se encuentra regulada en el artículo 4.1 in fine Ley 41/2002, y que comprende como mínimo «la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». Del artículo 2 se desprende asimismo que la información ha de ser «adecuada» al tiempo que «comprensible» pues sólo así el paciente podrá decidir libremente.

Sobre esta cuestión la STS de 29 de mayo de 2003, señala que la información al paciente «ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen». Se puede defender así que el contenido de la información se puede adaptar de tal forma

a los conocimientos del paciente, que algunos extremos se pueden obviar en determinados casos.

En el caso que nos ocupa, se verificó que hubo información, en un primer momento verbal por parte del equipo que atendió al paciente en el servicio de urgencias, y que se le informó sobre el diagnóstico, pronóstico y las distintas alternativas terapéuticas existentes, acompañada dicha información y consejo sobre el tipo de intervención. De este modo, se le informó de los riesgos de una intervención y de otra, siendo luego derivado a otro centro para que llevara a cabo la intervención elegida. Siendo ello así, siendo derivado a otro centro, sólo puede estimarse que conocía todas esos datos, por lo que se estima que la información que recibió fue completa y continuada, si bien se reconoce que el documento que firma el paciente no menciona los efectos secundarios de dicha intervención, pero afirma la Sala que dicha información se le transmitió de forma expresa en la primera visita en el primer centro, por lo que si bien dicho documento no es completo, dicha información se ha de entender integrada por su propia naturaleza, como un procedimiento gradual y básicamente verbal. Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que el paciente llegó a la intervención tras una previa decisión clínica, ello le permitió al paciente valorar las posibles consecuencias de la misma y elegir, rechazar o demorar dicha intervención por razón de sus riesgos. Es por ello que se estima que la decisión fue tomada libre y voluntariamente, cumpliendo lo exigido por el artículo 10.5 Ley 14/86, confirmando la sentencia de la Audiencia.

Eva María MARTÍNEZ GALLEGO

*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense con competencia mercantil  
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Salamanca*  
[kieva@usal.es](mailto:kieva@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 6 de junio de 2014 (ROJ STS 2131/2014)

### **PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES COMO CAUSA DE PRIVACIÓN. MOMENTO EN EL QUE DEBE CONCURRIR LA CAUSA**

En la Sentencia n.º 315/2014 de 6 de junio (ponente Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana), el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la privación de la patria potestad de los padres biológicos de un menor, declarado en desamparo y en situación de acogimiento preadoptivo.

El conflicto fundamental planteado se centra en el momento en el que procede valorar la concurrencia de la causa de privación. Esta causa no es otra que el incumplimiento, por parte de los padres, de los deberes inherentes a la patria potestad, contenidos en el artículo 154 del CC. Incumplimiento que el artículo 170.1 del CC reconoce expresamente como causa de privación. Y el desamparo se produce, precisamente, si como consecuencia de ese incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores, éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172.2 CC).

Apreciado el incumplimiento como causa de privación hay que prestar atención al momento en el que debe concurrir dicha causa. Y el Tribunal Supremo reitera su doctrina señalando que el momento en el que debe determinarse si los padres estaban incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo. Entiende que, en el supuesto juzgado, no se han modificado las circunstancias tenidas en cuenta al declararse aquél. Mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá el desamparo, de aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad, que es causa de privación de la misma.

Los hechos que dan lugar a la resolución son los siguientes:

En 2004 nace el hijo de los demandados. Antes de que transcurra un año, la Administración interviene alertada por la situación de riesgo en la que el niño se encuentra por el grave y reiterado incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Desde entonces, la Comunidad Foral de Navarra adopta distintas resoluciones administrativas en orden a su protección, al quedar constatada la pasividad de los padres en el ejercicio de sus funciones tuitivas y protectoras, así como un constante descuido y un trato negligente en el cuidado moral y material del menor, que padece un severo retraso en su proceso madurativo. Además de una serie de lesiones relevantes que no tienen explicación en causa patológica y diversos traumatismos de relevancia. Todo ello da lugar a la declaración de situación de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración. La declaración de desamparo se produce en virtud de sentencia firme de la Audiencia de Navarra de 12 de abril de 2006. En 2007, la misma Audiencia

confirma la suspensión de visitas al menor por sus padres, así como el acogimiento preadoptivo. En 2009, desestima la impugnación de acogimiento preadoptivo.

A la vista de estos hechos, la Comunidad Foral de Navarra formula demanda para que se declare la privación y pérdida de la patria potestad de los progenitores respecto del menor, al amparo del artículo 170 del CC. Y que se declare, así mismo, que los citados progenitores no tienen derecho a que se les pida asentimiento para la adopción de su hijo (art. 177.2 CC), que en esos momentos está en situación de acogimiento preadoptivo.

El Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Pamplona dicta Sentencia, con fecha de 26 de noviembre de 2010, estimando la demanda. Declara, al efecto, que ambos progenitores se encontraban, al tiempo del acogimiento administrativo, incurso en causa de privación de patria potestad y, en consecuencia, acuerda tal privación. Considera que concurre una causa grave, que no es puntual o esporádica, sino reiterada, exponiendo de un «repetido incumplimiento y pasividad en el ejercicio de la función tutelar y protectora que tenían atribuida», ya que, mientras el niño estuvo bajo la guarda de sus padres biológicos, existió, en esencia, una situación de riesgo resultante de «un grave y reiterado incumplimiento de los deberes que comprenden la misma».

Interpuesto recurso de apelación por los padres, la Sentencia de 2 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Navarra (sección segunda), estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, dejando sin efecto la declaración de privación de la patria potestad. Entiende la Audiencia que la sentencia recurrida opta por lo que se denomina una «visión estática» a los efectos de examinar la concurrencia de la causa de privación, al valorar sólo las causas concurrentes en el momento del desamparo. Y la Sala encuentra más adecuada una concepción «dinámica», puesto que la patria potestad y su posible privación no han de verse referidas sólo a un momento concreto. Para decidir sobre la cuestión debe atenderse a las circunstancias concurrentes en el momento de adoptarse la decisión, no a las existentes cuando se declaró la situación de desamparo. Además, la privación ha de verse desde la perspectiva de que sea la medida que mejor favorece y protege al menor y no tanto como un castigo que se impone a los progenitores que incumplen sus deberes. Y la Audiencia considera que no ha quedado acreditado, al momento en el que se plantea la demanda, que los padres hayan incumplido los deberes propios de la patria potestad: «La posible falta de cuidado, que podría imputárseles a una falta adecuada de preparación para el ejercicio de la patria potestad, no debe conllevar, necesariamente la adopción de una medida tan drástica y rigurosa..., máxime cuando no se ha acreditado que sea la medida necesariamente más favorable para el menor».

Contra la expresada sentencia, la Comunidad Foral de Navarra interpone recurso de casación con apoyo en los siguientes argumentos: a) por incorrecta interpretación del artículo 170 del CC; b) por infracción del artículo 39.2 y 3 de la CE y del 3.1 de la LO 1/96, por cuanto la sentencia no prima los derechos del niño, conforme a los que

deben interpretarse los artículos 154, 170 y 172 del CC; c) y por resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria en la misma Audiencia.

El Tribunal Supremo, en la sentencia reseñada, estima el recurso, y casa la Sentencia de la AP de Navarra, confirmado, en su lugar, la dictada en primera instancia que acordó la privación de la patria potestad del menor. Los argumentos en los que fundamenta su decisión pueden resumirse en los siguientes:

El Tribunal justifica el interés casacional del recurso al entender que la tesis mantenida por la Audiencia sobre el momento en que procede valorar la concurrencia de causa de privación de la patria potestad (*visión dinámica*) se opone a la doctrina seguida por la Sala. Esta doctrina es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo. Cita al respecto, las Sentencias de 31 de julio de 2009 y 6 de febrero de 2012, de esta misma Sala.

La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por sus padres de sus deberes y, mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que, cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

Es evidente que el Tribunal debe analizar si ha habido un cambio de circunstancias con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo con el fin de determinar si los padres están en condiciones de asumir nuevamente su cuidado y puede restablecerse de nuevo la unidad familiar. Pero es necesario también atender a la propia integración del menor en la familia de acogida y si su interés exige mantener la situación de acogimiento.

Lo decisivo es el interés del menor por estar otra vez bajo la potestad de sus padres biológicos y el Tribunal Supremo considera que la sentencia recurrida no valora de forma concreta este interés, anteponiendo el interés de los progenitores al del niño. Se limita a señalar que no hay ninguna circunstancia que incapacite a los padres para ejercer sus funciones, pero no analiza si las circunstancias actuales son compatibles con el desarrollo del menor, ni la incidencia que el cambio al reintegrarse en su familia biológica puede tener en el mismo, teniendo en cuenta además la total integración del niño en la familia de acogida.

Por todo ello, el Tribunal Supremo resuelve que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia de la Audiencia y confirma la sentencia dictada en primera instancia que declara la privación de la patria potestad de los padres biológicos sobre el menor.

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Salamanca  
[marini@usal.es](mailto:marini@usal.es)

### Sentencias del Tribunal Constitucional 28/2014, de 24 de febrero (BOE n.º 73, de 25-III-2014) y 41/2014, de 24 de marzo de 2014 (BOE n.º 87, de 10-IV-2014)

#### OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación implantó en el sistema educativo español una nueva materia, denominada «Educación para la Ciudadanía» (EpC), integrada por cuatro asignaturas que debían impartirse en los distintos niveles o etapas educativas. La configuración normativa de la materia, tras la promulgación de los Reales Decretos por los que el Gobierno estableció las enseñanzas mínimas, provocó una contestación social sin precedentes en nuestro país. La convicción de muchos padres de que EpC, tal como fue diseñada por el Ejecutivo, incurría en adoctrinamiento ideológico y contravenía la obligada neutralidad que debe presidir el sistema educativo, motivó la presentación de más de 52.000 objeciones de conciencia y la tramitación de más de 2.000 procedimientos judiciales, en todo el territorio nacional, contra el rechazo de su admisión por las Consejerías de Educación. En todos los casos los padres alegaban que la inadmisión de la objeción de conciencia vulneraba el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa consagrado en el artículo 16, 1 CE y del derecho a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus convicciones, garantizado por el artículo 27, 3. Los distintos tribunales emanaron numerosas resoluciones judiciales con resultados diversos, y el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dictó cuatro sentencias el 11 de febrero de 2009 (Recursos de casación números 905/2008, 948/2008, 948/2008 y 1013/2008), con siete votos particulares discrepantes, en las que declaró que no existe un derecho a la objeción de conciencia con carácter general, que solo podría reconocerse a través de la *interpositio legislatoris*. Sin embargo, admitía que ello no obsta para que, en casos particulares, por razones serias de conciencia, pueda eximirse del cumplimiento de los deberes legales, previa la debida ponderación de intereses. A estas cuatro sentencias siguieron con posterioridad varios centenares de ellas, prácticamente idénticas, en las que el alto Tribunal se remitía a los citados pronunciamientos. Contra algunas de las sentencias se interpuso incidente de nulidad de actuaciones, que fue en unos casos inadmitido y en otros desestimado con expresa imposición de costas a los padres.

Pese al fallo del Supremo, el TSJ de Castilla y León se pronunció en contra y dictó casi trescientas sentencias estimatorias, que fueron revocadas en cascada por el Tribunal Supremo al ser estimados los recursos interpuestos en casación por el Abogado del Estado y el Fiscal. Finalmente, algunos padres optaron por presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y varios de esos recursos fueron admitidos a

trámite. El presente comentario tiene por objeto las dos primeras sentencias del TC sobre tan controvertido tema: la STC 28/2014, de 24 de febrero (recurso de amparo 9192-2009), contra la STS de 17 de septiembre de 2009 que anuló la del TSJ de Andalucía y la STC 41/2014, de 24 de marzo (Recurso de amparo 4915-2010), contra la STS de 6 de mayo de 2010, que anuló la del TSJ de Castilla y León de 1 de octubre de 2009. En ambos casos los recurrentes fundamentan el recurso en el derecho que asiste a los padres de elegir la educación moral de sus hijos conforme a sus convicciones (art. 27, 3 CE), previsión constitucional que estiman conculcada con base en el juego combinado de este derecho y el de libertad ideológica y de conciencia. Para hacer valer estos derechos se utilizó como medio instrumental la objeción de conciencia, por lo que centrándose en ésta, el TS no dirimió realmente la controversia formulada, lo que habría exigido el análisis de las normas de las que trae su origen la declaración de objeción de conciencia que dio lugar al acto administrativo, y eludió realizar la ponderación necesaria de los derechos y bienes jurídicos en conflicto. Los recurrentes de Castilla y León, concretamente de Salamanca, solicitaban la tutela propia de los arts. 16, 1 y 27, 3 CE frente a la Orden del Consejero de Educación de Castilla y León, y además, indirectamente, contra los preceptos de las normas reglamentarias de enseñanzas mínimas de EpC.

En los dos casos, el TC ha inadmitido el recurso de amparo, por admitir como óbice procesal la falta de legitimación de los recurrentes y además, en la STC 41/2014, por falta de agotamiento de la vía judicial al no haberse interpuesto previamente incidente de nulidad de actuaciones. Para fundamentar la falta de legitimación el TC afirma que los menores no eran destinatarios del deber cuya objeción se interesaba, pues aún no les correspondía cursar la asignatura, por lo que «no es posible ostentar un interés legítimo a recibir amparo frente a lesiones eventuales o futuras de los derechos fundamentales por el mero hecho de haber ostentado la condición de parte en un proceso». Dado que en el momento de presentar la objeción aún no le correspondía cursarla, «no concurre el referido interés legítimo». «No cabe considerar el recurso de amparo como un mecanismo ad cautelam para la tutela de los derechos fundamentales, porque carece de carácter cautelar, ni alcanza a proteger eventuales lesiones no producidas. Es presupuesto inexcusable de la petición de amparo que ésta se formule en razón de la existencia de una lesión efectiva, real y concreta a un derecho fundamental, lo que no sucede cuando lo que se contiene en la demanda es la mera invocación de un hipotético daño potencial». Por lo que en ambos casos concluye que «ha de procederse a la inadmisión del presente recurso de amparo por falta de legitimación de la parte recurrente».

Sin embargo, si en ambos casos el TC incurre a mi juicio en un claro error, éste es más flagrante si cabe en la STC41/2014. En el primer caso, los padres habían presentado declaración de objeción de conciencia ante la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en septiembre de 2007, pese a que su hijo no debía cursar la

materia hasta el curso 2008-2009, por lo que podría ser discutible la argumentación del TC, pese a que el menor está ya sometido al sistema educativo desde el momento en que está escolarizado. Pero, en el segundo caso, los padres presentaron la objeción de conciencia ante la Consejería de Educación de Castilla y León en febrero de 2007 y la rectificaron en mayo, coincidiendo con la solicitud de reserva de plaza para el curso siguiente, en que la menor debía cursar la asignatura. El consejero de Educación denegó la «solicitud de objeción de conciencia» por Orden de 28 de julio, notificada a los padres el 6 de agosto, contra la que éstos interpusieron recurso potestativo de reposición y posterior recurso contencioso-administrativo ante el TSJ, en septiembre de 2008, cuando la niña estaba ya cursando la asignatura, con solicitud de medidas cautelares de suspensión de la Orden (que fue estimada por el TSJ) e impugnación indirecta de los Reales Decretos de enseñanzas mínimas. Por tanto, en primer lugar, no puede considerarse extemporánea la presentación de la objeción de conciencia, que los padres realizaron cuando debían, es decir, al reservar plaza escolar para el curso en que la menor iba a ser destinataria de las enseñanzas que ellos rechazan. El error de la Administración –en que implícitamente incurre también el TC– radica en la consideración de la objeción como una solicitud que requiere admisión por parte de la Administración, mientras que, en el supuesto que nos ocupa, la objeción de conciencia de los padres implica una declaración por la que ponen en conocimiento de la Administración que sus hijos menores no cursarán la materia por ser contraria, en su configuración normativa, a sus convicciones religiosas y morales, lo que requeriría únicamente el reconocimiento de la condición de objetores de conciencia con el consiguiente efecto de exención de la materia y de ser evaluado en ella, como reconoció el TSJ. De no ser así, el daño habría sido irreparable, porque a diferencia de otras asignaturas, «la superación de ésta no solo implica recibir unos determinados conocimientos, sino que se exige del menor que los incorpore a su comportamiento para siempre» (Auto 934/08, de 11 de noviembre de 2008, del TSJ de Castilla y León por el que concedió la medida cautelar solicitada que eximía a la menor de la materia). Y no puede considerarse que carezcan de interés legítimo los padres que solicitan amparo judicial de protección de derechos fundamentales, una vez que, comenzado el curso escolar, los menores fueron obligados a asistir a las clases de la asignatura contra la que habían objetado. No puede hablarse, sino erróneamente, de mecanismo *ad cautelam*, ni de eventuales lesiones no producidas o de un hipotético daño potencial. De hecho, en el momento de presentar el recurso de amparo ante el TC la menor ya había dejado de cursar dos de las cuatro asignaturas de EpC (en los cursos 2008-9 y 2010-11), con el consiguiente perjuicio en su expediente académico.

El segundo óbice procesal que el TC admite en la Sentencia 41/2014 (curiosamente no hace referencia al mismo en la 28/2014, pese a ser invocado por los abogados de la Junta de Andalucía) es que «no se dio el debido cumplimiento al requisito del agotamiento de los recursos establecido en el artículo 44.1 a) LOTC», habida cuenta

de que «este Tribunal ha venido incluyendo, entre los recursos y remedios procesales exigibles para cumplir el requisito previsto del artículo 44.1 a) LOTC, el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, desde la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un remedio destinado a reparar los defectos de la resolución no recurrible que originen cualquier vulneración de un derecho fundamental». Se apoya en que los recurrentes entienden que la STS impugnada, de 6 de mayo de 2010, no ha dado respuesta a la auténtica cuestión planteada en el proceso, pues se limitó a remitirse a sus Sentencias de 11 de febrero de 2009, sin embargo, con esa respuesta genérica, no individualizada, el Alto Tribunal habría soslayado que, según su propia jurisprudencia, no cabe excluir de raíz –cuando se den circunstancias excepcionales– un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. Por tanto, el pronunciamiento judicial debía analizar el caso concreto que se sometía a consideración, para constatar si concurrían o no dichas circunstancias extraordinarias; lo que no hizo.

Sin embargo, el TC omite deliberadamente la referencia a su STC 216/2013, de 19 de diciembre, dictada tan solo tres meses antes, sentencia que el propio Tribunal reconoció que «supone un cambio claro de criterio respecto a la doctrina desarrollada en el ATC 200/2010», al afirmar lo siguiente:

debemos establecer que la conclusión a la que llegó el ATC 200/2010 al exigir... la interposición del incidente de nulidad de actuaciones como condición para poder considerar cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, debe ser revisada. Este requisito del artículo 44.1 a) LOTC responde, según ha sostenido de forma unánime y constante la doctrina de este Tribunal, a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional... De modo que, en supuestos como el que ahora nos ocupa, basta comprobar que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional, para estimar cumplido el mencionado requisito. Lo contrario supondría cerrar la vía de amparo constitucional con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración.

Dado que en el presente caso los órganos judiciales tuvieron ocasión de pronunciarse sobre los derechos fundamentales cuya lesión se invocó, y muy particularmente lo hizo el TSJ de Castilla y León, con una sentencia ampliamente fundamentada, y puesto que el propio TS había desestimado ya previamente varios incidentes de nulidad de actuaciones con expresa imposición de costas a los padres recurrentes, en supuestos idénticos a los presentes, el TC debió aplicar la doctrina sentada en su STC 216/2013 y desestimar el óbice procesal presentado por el Ministerio Fiscal.

En síntesis, lamentablemente el TC ha eludido entrar en el fondo de asunto, amparándose en dos óbices procesales que en rigor no eran admisibles en ninguno de los dos casos, con el consiguiente perjuicio para los menores. El TC ha perdido, así, una excelente ocasión para pronunciarse sobre una cuestión ciertamente novedosa en España –pese a que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene abordándose esta cuestión desde 1976–, cual es la aplicación de la objeción de conciencia, como manifestación concreta de la libertad ideológica y religiosa, en el ámbito educativo. La novedad de este supuesto venía dada, por una parte, por la nueva realidad social, originada por la implantación de una materia que tenía por objetivo, explícitamente expuesto por los reglamentos de enseñanzas mínimas, la conformación de la conciencia moral de los alumnos. Por otra, era necesario advertir el importante cambio normativo para la configuración del contenido del derecho a la objeción de conciencia, que supuso su reconocimiento de este derecho por el artículo 10,2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada al Tratado de Lisboa y el giro producido en la interpretación del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la Corte de Estrasburgo, a raíz de la sentencia Bayatyan contra Armenia de 7 de julio de 2011. El derecho a la tutela judicial efectiva, máxime cuando están en juego derechos fundamentales, habría exigido un mayor rigor y seriedad por parte el TC y un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que éste, deliberadamente, eludió.

Lourdes RUANO ESPINA  
*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*  
*Universidad de Salamanca*  
[lorues@usal.es](mailto:lorues@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (n.º 56030/07), de 12 de junio de 2014, asunto *Fernández Martínez c. España*

### AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

La Corte de Estrasburgo ha resuelto en apelación un asunto del que ya había conocido en Sala, y en el que ha vuelto a denegar la supuesta violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el caso de un sacerdote español secularizado que, habiendo trabajado como profesor de Religión durante varios años, dejó de ser propuesto por el Obispado para la renovación de su contrato debido a que apareció en un medio de comunicación manifestando actitudes e ideas contradictorias con la doctrina católica que se encargaba de enseñar. En concreto, se había mostrado como miembro activo del Movimiento Pro Celibato Opcional (MOCEOP), y había aparecido en fotografías con su mujer e hijos, ya que su voluntad de unirse en pareja había provocado la suspensión de su estado clerical.

La apreciación de que, debido a estos hechos, el demandante dejaba de ser idóneo para ocupar un puesto de profesor de Religión católica, por el riesgo de escándalo, determinó al Obispado a no proponerlo para su contratación por las instancias académicas el siguiente curso escolar, conforme a la regulación vigente que hacía depender aquella de la propuesta de la autoridad eclesiástica. Como consecuencia, se sucedieron diversos intentos de impugnar la decisión por parte del demandante, que llegaron hasta el Tribunal Constitucional en forma de recurso de amparo. Aquel, en Sentencia 128/2007, de 4 de junio, decidió que no se habían vulnerado sus derechos, mientras que el procedimiento seguido buscó salvaguardar otros derechos fundamentales, a saber, el de libertad religiosa colectiva de la Iglesia católica (art. 16.1 CE) y el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Por otra parte, el Tribunal Constitucional recordaba su doctrina de que la selección del profesorado de Religión, para garantizar los derechos mencionados, debe tomar en consideración las convicciones religiosas de las personas que concurren a estos puestos de trabajo (STC 38/2007).

A continuación, se presentó demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con invocación el artículo 8 del Convenio, de forma aislada y en relación con el artículo 14, alegando que la no renovación de su contrato como profesor de Religión y Moral Católicas en un instituto público de secundaria había constituido una intromisión no justificada en su derecho a la vida privada, pues la excusa para ello había sido la publicidad dada a su situación personal y familiar. Todo esto lo entendía incompatible con la libertad de expresión y la libertad de pensamiento reconocidas en los artículos 9 y 10 del Convenio. La Sala Tercera del Tribunal resolvió, en Sentencia de Sala de 15 de mayo de 2012, que no había existido vulneración de los artículos 8 (intimidad), 10 (pensamiento) ni 14 (discriminación) del Convenio.

Invocada por el demandante la remisión del caso a la Gran Sala, ésta admitió la solicitud, y examinó todos los hechos probados y los antecedentes jurídicos. De este

examen, concluye la Sentencia analizada que los tribunales que conocieron del asunto habían hecho una justa ponderación entre los intereses en juego. El demandante, por su parte, argüía que la decisión de no renovar su contrato por la publicidad dada a su situación personal había sido desproporcionada, y que además no se había prestado atención al hecho de que su salario era pagado por el Estado, en línea con lo apuntado en el voto particular a la Sentencia de Sala. Alegaba también que se podrían haber modificado los motivos para la no renovación a lo largo del *iter* procesal, lo que la Corte no acepta al considerar que tanto el estado civil del demandante como su condición de miembro del MOCEOP se podrían interpretar como constitutivos de la situación susceptible del posible escándalo esgrimido por el Obispado en su decisión.

La Gran Sala considera que la cuestión principal de la demanda radica en la no renovación del contrato del demandante por la publicidad dada a las circunstancias anteriores, y por ello la examina al amparo del artículo 8 del Convenio, al existir un vínculo claro entre la conducta de la persona en su vida privada y sus actividades profesionales. En el examen del cumplimiento de este precepto, el Tribunal sigue los pasos habituales: Comprueba en primer lugar que existió una injerencia del Estado, como empleador del demandante, aunque sus posibilidades de acción estaban limitadas por la decisión del Obispado, condición ésta en la que confluían la autonomía de la Iglesia (art. 6.1 LOLR) y el deber de neutralidad del Estado (art. 16.3 CE). Además, esa injerencia fue conforme a la ley española, y era previsible para el demandante que su conducta pública traería consecuencias vinculadas a la noción de escándalo, debido a su anterior condición de sacerdote, y no uno cualquiera, sino rector de un seminario. El objetivo perseguido fue legítimo, ya que se trataba de proteger derechos como la autonomía de la Iglesia católica en la elección de las personas capacitadas para enseñar la doctrina religiosa. Y, por último, dicha injerencia se considera necesaria en una sociedad democrática, contando con que el Estado, en el presente caso, disponía de un amplio margen de apreciación para ponderar los derechos en juego.

El Tribunal estima que el demandante admitía en sus contratos un importante deber de lealtad hacia la Iglesia católica, que podía limitar su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Y que ese vínculo de especial confianza fue roto al aceptar la publicación de sus circunstancias familiares y sus ideas críticas hacia la Iglesia. De acuerdo con la doctrina que ha defendido anteriormente la Corte, ese mayor deber de lealtad que le era exigible no se debe estimar cumplido solamente porque en sus clases no enseñó en contra de la doctrina católica, ya que la credibilidad de la religión expuesta ya se vio afectada por un modo de vida y unas declaraciones públicas que contradecían las creencias de quienes la siguen (Sentencia Vogt c. Alemania, de 26 de septiembre de 1995). En el presente caso, la proximidad entre la conducta del demandante y la misión eclesial que tenía encomendada era muy estrecha, y el hecho de que su empleador o pagador fuese el Estado no afecta al alcance de su deber de lealtad hacia la Iglesia.

Concluye el Tribunal que la injerencia en el derecho a la vida privada del demandante por parte del Estado no fue desproporcionada, pues el Estado actuó, conforme a su obligada neutralidad, en salvaguarda de la libertad religiosa de la Iglesia respetando su autonomía interna. Declara, por nueve votos a ocho, que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio, y no cree necesario examinar de forma separada el resto de artículos alegados.

En una votación excesivamente ajustada, el Tribunal manifiesta una división que es explicada en diversos votos particulares. El que firman todos los jueces discrepantes con el fallo considera que la injerencia no fue proporcionada, porque la autonomía de las confesiones no es absoluta y el Estado no cumplió plenamente con su deber de garante de los derechos. Sorprende, por otra parte, el voto que firma el juez Dedov, quien, lejos de cualquier rigor, aprovecha para denunciar la norma del celibato como «contraria a la idea de los derechos humanos» y hasta causante de los abusos sexuales protagonizados por algunos clérigos.

En mi opinión, la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acierta al conceder una alta importancia al deber de lealtad exigido al profesor de Religión hacia quien le había propuesto y en cuyo nombre enseñaba, la Iglesia católica. Misión que fue claramente contradicha con una conducta y manifestaciones enfrentadas a la doctrina católica que, con el concurso de la publicidad en los medios de comunicación, hicieron cierto el riesgo de escándalo que la Iglesia no puede tolerar al velar por la integridad de su mensaje y el ejemplo de quienes lo exponen. Otra cosa es que el demandante, que vivía en una situación canónicamente irregular como sacerdote casado y sin hijos, fuese en su momento, a raíz de una decisión episcopal discutible, promovido a una función para la que probablemente fue menos determinante su idoneidad personal que una caridad desorientada («En mi opinión, el problema de fondo en este caso deriva de una actuación contraria al Derecho canónico por parte de la autoridad religiosa que propuso como idóneo a alguien que, conforme al ordenamiento confesional, no lo era». COMBALÍA SOLÍS, Zoila. 2013: *La contratación del profesorado de Religión en la escuela pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 112). Pero, en cualquier caso, lo idóneo que pudo ser inicialmente dejó de serlo por completo desde el instante en que dio difusión pública a aquella concepción personal que frontalmente se oponía a la doctrina que se le había encomendado enseñar. Su posición se hallaba comprometida al servicio de la libertad religiosa de la Iglesia, y era ésta la que veía vulnerado su derecho en primer lugar; el resto fueron las consecuencias de una decisión libremente asumida, pero que no era conjugable con el mantenimiento de un estatus laboralmente muy especial y con exigencias para él bien conocidas.

Ángel LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ  
Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Jaén  
[alsidro@ujaen.es](mailto:alsidro@ujaen.es)

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de enero de 2014, C-285/12, *A. Daikité c.* *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*

#### APÁTRIDAS

La presente sentencia fue dictada en el marco de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 15 letra c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DO L 304, del 30/09/2004, en lo sucesivo, «la Directiva») sobre el litigio principal entre el Sr. Diakité, nacional de Guinea, y el Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Comisario General para los refugiados y apátridas, el Commissaire général, en lo sucesivo).

La Directiva no sólo define los requisitos para que un nacional de tercer país o un apátrida puedan obtener el estatuto de refugiado en el territorio de la UE, sino también establece un régimen de la protección subsidiaria que se le concede a quien no puede beneficiarse del estatuto de refugiado por no reunir los requisitos, pero respecto del cual se dan motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves.

Invocando las disposiciones de la Directiva, el Sr. Diakité el 21 de febrero de 2008 solicitó la protección internacional en Bélgica, fundamentando su solicitud en el temor de la represión y la violencia que podía sufrir en su país por haber participado en las manifestaciones nacionales y en los movimientos de protesta contra el poder establecido. La Directiva define los «daños graves» como «las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno» (artículo 15, letra c).

Sin embargo, el Commissaire général por la decisión del 25 de abril de 2008 se negó a reconocer al Sr. Diakité el estatuto de refugiado o a concederle la protección subsidiaria. El 15 de julio de 2010 el Sr. Diakité, que no había regresado a su país de origen, presentó una segunda solicitud de la protección subsidiaria, en respuesta a la cual el Commissaire général adoptó otra decisión denegatoria. Conforme a la decisión, el motivo por el cual se le negaba al Sr. Diakité la concesión de la protección subsidiaria se hallaba en la consideración de que no existía en Guinea una situación de violencia indiscriminada o un conflicto armado en el sentido del artículo 48/4, apartado 2, de la Ley de 15 de diciembre de 1980 (1980-12-15/30) y del artículo 15, letra c), de la Directiva. El Conseil du contentieux des étrangers, mediante sentencia de 6 de mayo de 2011, confirmó la doble negación.

En estas circunstancias, el Conseil d'État acudió al TJUE para que ofreciese una interpretación del concepto de «conflicto armado interno», que en el caso del Sr. Diakité fue basado en la definición desarrollada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) en el asunto Tadic, y se pronunciase acerca de la posible interpretación del artículo 15, letra c), de la Directiva de manera autónoma respecto de la definición dada por el Derecho Internacional humanitario (DIH). Adicionalmente solicitó que el Tribunal definiese los requisitos para poder apreciar la existencia efectiva de un conflicto armado interno, en caso de ser interpretado de manera autónoma.

Con respecto a la primera cuestión, el TJUE sostiene que la Directiva no sigue la dicotomía del DIH entre los «conflictos armados internacionales» y los «conflictos armados sin carácter internacional», sino que introduce un concepto único de los «conflictos armados internos» y los «conflictos armados internacionales». Asimismo, tal y como afirma el Abogado General, el Sr. Mengozzi, el DIH pretende principalmente reducir el impacto de los conflictos armados sobre las poblaciones en el territorio de conflicto, mientras que la Directiva ofrece una protección subsidiaria a las personas que han abandonado el lugar donde se desarrolla el conflicto. Por tanto, los objetivos y los mecanismos que pretenden conseguir la Directiva y el DIH están diferenciados. El Tribunal afirma que debido a la ausencia del régimen de protección subsidiaria en el DIH, el DIH no identifica las situaciones en las cuales ésta debe ser concedida por los órganos competentes de los Estados miembros. Además, existe una estrecha relación entre el DIH y el Derecho internacional penal, mientras que esta relación es ajena al régimen de protección subsidiaria.

Por consiguiente, el Tribunal rechaza los criterios, a los que se hace la referencia en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, (Convenio para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas en campaña; Convenio para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra y Convenio sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra) y en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo adicional a los cuatro Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, para la interpretación de la situación de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria y declara que la interpretación del concepto de «conflicto armado interno» debe darse de manera autónoma.

En cuanto a los criterios que deben aplicarse, el TJUE especifica que el «conflicto armado interno» se refiere a una situación en la que las tropas regulares de un Estado se enfrentan a uno o varios grupos armados o en las que dos o más grupos armados se enfrentan entre sí. No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda que la existencia de un conflicto armado interno podrá dar lugar a la concesión de la protección subsidiaria, siempre y cuando el grado de la violencia indiscriminada alcance tal extremo que el

solicitante de la protección subsidiaria expulsado al territorio del país de que se trate se enfrentare a un riesgo real de sufrir amenazas contra la vida o la integridad física. El Tribunal concluye que no es necesario que la consideración de si existe o no un conflicto armado interno se condicione a la intensidad de los enfrentamientos armados, al nivel de organización de las fuerzas armadas o a la duración del conflicto.

Elena SHOROKHOVA  
*Doctoranda en el Programa en Estudios de la Unión Europea*  
*Universidad de Salamanca*

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, Transportes Jordi Besora<sup>1</sup>

#### CÉNTIMO SANITARIO

Nos encontramos con esta Sentencia ante, permítanme la coloquial expresión, «ya te lo dije». El resultado dado por el Tribunal era la crónica de una muerte anunciada. Situación, por otra parte, tan habitual en nuestro sistema tributario en este camino tan incorrecto que han seguido las Comunidades Autónomas empeñadas una y otra vez en buscar nuevos y artificiosos hechos imposables que rayan con la locura desde la visión de cualquier mente razonable.

En este asunto, el Tribunal superior de Justicia de Cataluña plantea una petición de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste se pronuncie sobre la interpretación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales ([DOCE L 76, de 26 de marzo, 1](#)). Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Transportes Jordi Besora, S.L. y la Generalitat de Catalunya, en relación con una resolución de la Oficina Gestora de Impuestos Especiales de Tarragona por la que se le denegaba la devolución del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

El TJUE concluye que el citado impuesto es contrario al Derecho de la UE y debe ser objeto de devolución, pues el Tribunal descarta limitar los efectos temporales de la Sentencia (esta limitación temporal de los efectos de las sentencias europeas se subordina a la concurrencia de dos requisitos: las «repercusiones económicas graves» y la «buena fe de los círculos interesados». España había obrado de buena fe –en el sentido técnico del término– si la Comisión hubiera considerado aceptable la normativa española, pero –a juicio del Tribunal– «no se desprende en modo alguno de los elementos aportados por la Generalitat de Catalunya y el Gobierno español»).

Vamos a analizar las cuestiones que se tratan en este caso.

El llamado «céntimo sanitario» (Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos) se creó por el artículo 9 de la [Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social](#) con el fin de contribuir a la financiación de las nuevas competencias autonómicas sobre la Sanidad. Se trataba

1. Este comentario se realiza en el marco del Proyecto Investigación y Desarrollo «La reducción de la litigiosidad administrativa, financiera y tributaria». DER2012-34413, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo IP es el Prof. Dr. D. José María Lago Montero.

de un impuesto que nacía totalmente cedido a las Comunidades Autónomas con un tipo de gravamen estatal y otro autonómico. En el caso de que las Comunidades Autónomas no ejercieran su capacidad normativa introduciendo el tipo autonómico, sólo se aplicaría el Estatal. Ya empezó por ello de una manera criticable su camino puesto que esta Ley no es el vehículo más apropiado para la creación de tributos, al carecer de una tramitación parlamentaria específica.

El artículo 9.1 de la Ley 24/2001 señalaba que «los rendimientos que se deriven del presente Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios».

La citada Ley 24/2001 no hacía ninguna referencia al fin u objetivo que se pretendía alcanzar con este impuesto, pero se presuponía su finalidad desde el momento en que declaraba en el artículo 9.uno.3 que sus rendimientos derivados de los tipos impositivos aprobados por el Estado quedan totalmente afectados a la financiación de gastos de sanidad, mientras que los rendimientos producidos por los tipos adicionales aprobados por las comunidades autónomas deben también tener ese fin, salvo que, a su criterio, se destinen a financiar actuaciones medioambientales. Ya se planteó entonces la duda acerca de la justificación exacta de financiar la sanidad con recursos procedentes de la venta de hidrocarburos, ya que se trata de dos áreas –el transporte y el consumo de servicios sanitarios– que no tiene una relación directa y, que por lo tanto y al margen de consideraciones de suficiencia, no queda claro por qué quedan vinculadas de esta manera.

La STJUE se centra en la llamada «finalidad específica» ya que es la excusa utilizada por el legislador para crear este tributo evitando una doble imposición. Es además un requisito exigido por la citada Directiva 92/12/CEE (la «finalidad específica» parece referirse al hecho de que la existencia de un gravamen adicional sobre alcoholes, hidrocarburos o tabacos debe pretender objetivos extrafiscales, no recaudatorios, tales como la limitación de su consumo mediante el encarecimiento del precio final para evitar los daños sociales que provoca o la financiación de políticas de gasto público que pretendan compensar o disminuir esos perjuicios sociales).

Esta interpretación de que sí cumplíamos la «finalidad específica» tiene cierto apoyo en las sentencias [[STJCE Comisión/Francia \(C-434/97\)](#) y [STJCE Evangelischer \(C-437/97\)](#)], puesto que se advierte la citada *finalidad específica* en un impuesto sobre el alcohol destinado a financiar la Seguridad Social y se rechaza en otro destinado genéricamente a reforzar la financiación municipal. Sin embargo, como ha señalado el Prof. Herrera Molina, cabía otra interpretación: el impuesto francés con «finalidad específica» sólo gravaba las bebidas con un grado de alcohol elevado, y no en función del grado concreto de alcohol, sino del volumen de la bebida. Según el Gobierno francés

tales «modalidades de cálculo son las más adecuadas para conseguir el objetivo de protección de la salud pública. Al recaer sobre el volumen de la bebida y no sobre el porcentaje de alcohol que ésta contiene, el impuesto grava de manera uniforme aquellas bebidas que tengan un grado de alcohol comprendido entre 25 y 50% vol., que se hallan entre las más vendidas». Este reflejo de la «finalidad específica» en la estructura del impuesto (y no en la mera afectación) no estaba presente en el Impuesto español sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

Y este particular ya nos lo habían puesto de manifiesto, como refleja la Sentencia comentada en el párrafo 44. En efecto, en 2002 la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra España. Tras largas negociaciones dicho procedimiento quedó en suspenso y la Comisión nunca llegó a demandar a España ante el Tribunal de Justicia. Ahora bien, existen indicios de que esta actitud no se debió a un cambio de opinión por parte de la Comisión, sino más bien al compromiso por parte de España de suprimir el citado impuesto y sustituirlo por un recargo autonómico en el Impuesto sobre Hidrocarburos (la [Ley 2/2012 de 29 de junio](#) suprimió el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos [Disposición Derogatoria Tercera] y estableció la posibilidad de crear un recargo autonómico en el Impuesto sobre Hidrocarburos). Otro parche más que es de temer que tenga un final similar puesto que su fundamento en el Derecho Comunitario se limita a un artículo de una *propuesta de directiva* que aún no está en vigor.

Por lo tanto, ya teníamos muchos visos de que no existía tal «finalidad específica» en este impuesto.

Más datos en esta tenebrosa historia. También denunciarnos en su creación que no se había tenido en cuenta la importancia que tiene una correcta determinación de los puntos de conexión en este impuesto cuya cesión comporta la atribución de potestades normativas a las Comunidades Autónomas. Es necesario que los criterios establecidos por el legislador, sobre todo en los casos en que se han cedido competencias normativas como en este caso, eviten desplazamientos de los contribuyentes a otros territorios regionales en busca de un menor gravamen. En el Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos el punto de conexión era una variante del punto de conexión territorial en atención al hecho imponible del impuesto, al tener en cuenta la Comunidad Autónoma en la que se realiza la venta minorista o dónde está el establecimiento que realiza la venta o la importación o adquisición intracomunitaria. Una vez más amparándose en criterios de descentralización financiera que supuestamente no van a afectar al principio de unidad de mercado se da lugar a un riesgo del mismo. En un principio, el consumidor de determinados productos gravados por el mismo tenía una posibilidad bastante sencilla de «escapar» de él acudiendo a poner gasolina en una Comunidad Autónoma cercana o de paso en la que no se hubieran establecido los tipos autonómicos; pero claro, las Comunidades Autónomas fueron «subiéndose al carro» de tal manera que esta «fuga» cada vez se fue complicando más

y esto a pesar del aviso anunciador de que este impuesto iba por mal camino y que muy posiblemente el Tribunal europeo iba a decir lo que finalmente ha dicho. Pero los españoles somos así, «bueno mientras tanto...» y ahora clamamos piedad porque la devolución de lo cobrado va a suponer un menoscabo importante a las arcas engrosadas, de ahí nuestro comienzo con la expresión «ya te lo dije».

Además, hemos señalado ya muchas veces en otros lugares que no es conveniente ceder potestades normativas en materia de gestión a las Comunidades Autónomas ya que se generan problemas como infradotación de la Administración autonómica; incremento de la presión fiscal indirecta; fraccionamiento de la información tributaria relevante; etc.

Y tras la Sentencia ¿qué va a pasar?, ¿se va a devolver el dinero?, ¿quién va a «pagar los platos rotos»? Pues lo más probable, como ya ha advertido la doctrina citada, es que el juego de la prescripción, de la firmeza de los actos administrativos y sentencias no recurridos y las dificultades de prueba del pago del impuesto (salvo en el caso de los empresarios y profesionales) limitará mucho el importe de la devolución de ingresos indebidos. Aun así la cifra que debe devolverse seguirá siendo enorme (hablamos de unos 13.000 millones de euros). De modo inmediato la responsabilidad debería distribuirse entre el Estado (que aprobó la Ley) y las Comunidades Autónomas que asumieron, la cesión, implantaron el tipo autonómico (aunque no todas ellas) y percibieron las sumas recaudadas. Pero mucho me temo que tampoco nos libraremos el conjunto de los sacrificados contribuyentes, que una vez más seguiremos sufriendo el mal hacer de nuestros poderes tributarios.

Y ¿hay solución? Pues el camino es difícil y largo pero no imposible. No hacen falta informes de expertos que con todos los respetos no han hecho más que plasmar lo que muchos llevamos tiempo denunciando: el mal planteamiento del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, la excesiva descentralización fiscal fruto de la excesiva cesión de competencias a las Comunidades Autónomas y, claro está, el excesivo gasto superfluo llevado a cabo en todos estos ámbitos.

M.<sup>a</sup> Ángeles GUERVÓS MAÍLLO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
[mguervos@usal.es](mailto:mguervos@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 71/2014, de 6 de mayo [BOE n.º 135, de 4-VI-2014]

### TASAS JUDICIALES Y EURO POR RECETA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Este comentario se realiza en el marco del Proyecto Investigación y Desarrollo «La reducción de la litigiosidad administrativa, financiera y tributaria». DER2012-34413, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyo IP es el Prof. Dr. D. José María Lago Montero.

¡Qué mundo éste de las tasas que inundan los diferentes Tribunales de litigios sobre su legitimación y correcta cuantificación! «No te acostarás sin conocer una tasa más» dicen con tono jocosos los más doctos sobre el tema, sorprendidos la mayoría de las veces por la capacidad de inventiva de quienes las aprueban. Y es que, en materia de tasas, no hay experto que, creyendo saber su concepto, no recurra a sus tipos y ejemplos como aclaración ante la imposibilidad cierta de elaborar una explicación que los obvie.

Se nos plantea aquí el análisis de unas tasas polémicas, las tasas judiciales que ha adoptado la Comunidad Autónoma de Cataluña y que se han sometido a enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional dado que ya el Estado previamente había aprobado otras con semejante redacción. Pensamos que el Gobierno de la Nación a través de su presidenta en funciones como recurrente vieron la cosa bastante fácil. Abogados del Estado y asesores varios debieron manifestar en bajo la facilidad del fallo, por lo que a la vista del resultado final, sito en la Sentencia núm. 71/2014 de 6 de mayo, pronunciamiento que comentamos, les debió de caer como un jarro de agua fría. No saldrían de su espasmo. Sin duda pensamos que ni siquiera los magistrados que votaron a su favor estaban plenamente convencidos de lo que habían legitimado. Se debía echar una pala de arena pues se vaticinaban muchas otras de cal tras el órdago independentista que se venía anunciando. La ecuanimidad del órdago podría quedar entredicha si un asunto tras otro fuera tumbado, por lo que temerosos de que el ente enjuiciado dijera, cuan estudiante infructuoso, que la maestra le tiene manía, se levantó la mano.

La fundamentación jurídica de la Sentencia (*cf.* fundamento jurídico 3.º) comienza poniendo al lector en el debido escenario. Si bien de la Constitución y de la Ley Orgánica de Financiación de las comunidades autónomas (LOFCA) éstas tienen competencia para el establecimiento *ex novo* de tributos, tal no puede entenderse bajo ningún concepto como absoluta, sino como limitada. En materia de tasas, y específicamente de tasas por servicios públicos como lo es la justicia, su establecimiento va ligado estrechamente a la tenencia de la competencia material por el ente que la adopta. Así lo deja claro el artículo 7 de la LOFCA. Pero, en todo caso, aun disponiendo de la competencia material, ésta debe conectarse con lo dispuesto en el artículo 6.2 del mismo

cuerpo legal donde se prohíbe a las Comunidades Autónomas el establecimiento de tributos que recaigan sobre hechos impositivos ya gravados por el Estado.

¡Qué grandes momentos han dado a la literatura científica los apartados 2 y 3 del artículo 6 LOFCA, ante auténticas labores de ingeniería léxico-semántica por las Comunidades Autónomas para evitarlos! Parecía que las tasas judiciales catalanas no escaparían del reproche constitucional pues su hecho imponible, salvo algún matiz de corto alcance, venía siendo cuasi-copiado de las leyes del Estado. Pero... el destino siempre es incierto.

La Ley estatal ([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](#)) señala en su artículo 1 como ámbito de aplicación de la «tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional» en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, que serán aplicables en todo el Estado, pero matiza «sin perjuicio de las tasas y demás tributos que puedan exigir las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias financieras, los cuales no podrán gravar los mismos hechos impositivos». Se trata de una aclaración innecesaria en un lugar como éste y profundamente inapropiado pues viene a ser un claro incitador de lo que poco después la C. A. de Cataluña planteó y aprobó. El servicio por el que las tasas estatales se establecen y que se quiere financiar, como indica el artículo 2 de la Ley, es el ejercicio de la potestad jurisdiccional originada a través de una serie de actos procesales.

Por su parte, la Ley catalana (art. 16 de la [Ley 5/2012, de 20 de marzo](#)) que aprobó las tasas judiciales autonómicas mediante la incorporación del artículo que se enjuicia, el 3bis.1-1, apartado 1 del [Texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña](#), pretende gravar a los usuarios por «la prestación de servicios personales y materiales» en el ámbito de la Administración de Justicia competencia de la Generalidad, a instancia de parte y referida únicamente a los órdenes civil y contencioso-administrativo, de los órganos judiciales cuya sede resida dentro de su espacio político. Como decimos, según la redacción de la Ley, el servicio por el que se establece no es el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino por la prestación de servicios personales y materiales de competencia de la Generalidad que se manifiestan también, siguiendo el criterio de la Ley estatal, en una serie de actos procesales.

Toda argumentación de la Sentencia pivota en la diferencia entre la Administración de Justicia y la administración de la Administración de Justicia; «dos ámbitos materiales discernibles en relación con el Poder Judicial», como dice el TC. Aquella necesariamente es una competencia exclusiva del Estado mientras que ésta puede ser asumida por las CC. AA., como acontece para Cataluña. Lo cierto es que el pleno deslinde de hasta dónde es Administración de Justicia y hasta dónde es administración de la Administración de Justicia en un concreto procedimiento no nos queda del todo claro, especialmente desde la óptica del usuario. Lo dice la misma Sentencia en

su fundamento jurídico 5.º: «en los términos expuestos, puede detectarse la existencia de una evidente cercanía, al menos formal entre la tasa autonómica, por un lado y la estatal... la proximidad parcial entre los hechos imponible deriva de la propia cercanía de las competencias», para luego negar que haya superposición.

Pero el árbol no puede impedirnos ver el bosque. Aunque la linde entre lo que se entiende por Administración de Justicia y administración de la Administración de Justicia fuera del todo clara en un concreto procedimiento, esto sin más no puede hacer nos llegar a la conclusión de que por ese motivo ya no hay superposición de hechos imponible. Lo que prohíbe el artículo 6.2 LOFCA no es que las cantidades recaudadas por una tasa vayan destinadas a financiar una actividad administrativa ejercida competencialmente por la CC. AA. y diferente a la actividad que en un mismo proceso lleva a cabo el Estado en ejercicio de la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y ejecutar lo juzgado. La convivencia de elementos competenciales en un mismo servicio que recibe el ciudadano, igual que la afectación del gasto de lo recaudado por cada tasa en función de la competencia de cada ente, nada importa para el tema en el que estamos. Sólo interesa si hay o no una superposición en los hechos imponible, que, como seguidamente se ve, para muchos casos es evidente.

En sendas leyes (estatal y catalana) el hecho imponible se manifiesta por una serie de actos procesales:

LEY ESTATAL	LEY CATALANA
A) La interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, la formulación de reconvección, la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo.	En el orden jurisdiccional civil, con independencia de la cuantía: la interposición de la demanda de juicio ordinario, la formulación de reconvección en el juicio ordinario y la presentación de la solicitud de declaración de concurso.
B) La solicitud de concurso necesario y la demanda incidental en procesos concursales.	En el orden jurisdiccional civil, en los casos de cuantía superior a 3000: la interposición de demanda de juicio verbal, la formulación de reconvección en el juicio verbal, la interposición de demanda de procesos de ejecución de títulos extrajudiciales, la interposición de demanda de juicio cambiario y la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio y del proceso monitorio europeo.
C) La interposición de la demanda en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.	En el orden jurisdiccional civil, en los casos de cuantía superior a 6.000 euros: la interposición de la demanda en los procesos de ejecución de títulos judiciales.
D) La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito civil.	La interposición de recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación en el orden civil.
E) La interposición de los recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo.	La interposición de recurso contencioso-administrativo de cuantía superior a 3.000 euros.
F) La interposición de recursos de suplicación y de casación en el orden social.	La interposición de recursos de apelación y de casación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.
G) La oposición a la ejecución de títulos judiciales.	

Como se advierte, gran parte de los actos procesales que cita la normativa catalana se imbrican en los que enuncia la normativa estatal. Es el caso de la letra «a» de la Ley estatal que viene a englobar gran parte de los actos procesales de la letra «a» y «b» de la Ley catalana. En los casos en los que no hay perfecta exactitud, los actos procesales que menciona la normativa estatal se imbrican perfectamente en los actos que cita la autonómica, que diseña algunos supuestos de forma más amplia. Acontece esto, por ejemplo, en materia de concurso donde la normativa catalana es más omnicomprendensiva que la estatal, pues en aquélla se hace referencia a la presentación de la solicitud de declaración del concurso mientras que en ésta sólo a la presentación de concurso necesario. Por otro lado, el legislador catalán juega con habilidad en algunos supuestos, como lo es el gravar la interposición del recurso contencioso administrativo (siempre que su cuantía sea superior a 3.000 euros) mientras que la normativa estatal lo que grava es la interposición de la demanda en el orden contencioso-administrativo; dos momentos procesales distintos. Hay que reconocer que el legislador catalán fue habilidoso en materia de ejecución, pues grava la interposición de demanda en los procesos de ejecución de títulos extrajudiciales en el orden civil en los casos de cuantía superior a 3.000 euros y interposición de la demanda en los procesos de ejecución de títulos judiciales si exceden de 6.000 euros, mientras que la estatal grava la oposición a la ejecución de títulos judiciales, por lo que los sujetos pasivos (ámbito subjetivo del hecho imponible) no coinciden. Aun con estos elementos de perspicacia, repárese que el grueso de los actos procesales que se gravan en ambas son coincidentes. El TC lo argumenta en que tal coincidencia la hay, pero no se da en los hechos imponibles, sino en el devengo de ambas tasas, es decir, en los ámbitos temporales de aquéllos.

Como conclusión, coincidimos con el magistrado don Andrés Ollero Tassara y con el abogado del Estado, críticos con el planteamiento del fallo. Aquél, con toda razón, indica que con la solución acordada se hace «repercutir sobre el ciudadano la doble imposición de un mismo hecho imponible», al que se le obliga a financiar un servicio público simultánea e inescindiblemente compuesto por tareas de contenido procesal y realización de funciones administrativas, y que no se puede cargar sobre éste como si hubiera recibido dos servicios. Dice, con razón, que el TC contempla el conflicto desde la perspectiva del sujeto activo mas no del pasivo al que no le llegan de forma escindida servicios distintos justificados en competencias perfectamente delimitadas. Al usuario, contribuyente de las tasas, lo único que le llega es que ante la consumación de un mismo acto procesal se le grava por duplicado. Ambos tipos de tasas gravan actos procesales que llevan aparejado un gasto del servicio en el que intervienen dos Administraciones, lo cual es cierto; pero en ningún caso, a nuestro modo de ver, las tasas judiciales catalanas configuran su hecho imponible atendiendo al ejercicio de una actividad administrativa indubitadamente autonómica y separada de la del Estado.

La otra tasa que se somete al TC es la comúnmente denominada «euro por receta», una tasa que en la Ley catalana que la aprueba (*cf.* art. 41.1 Ley 5/2012) se viene denominando –¡cojan aire!– «tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación». El TC en la Sentencia que comentamos, con criterio distinto al sostenido en las tasas judiciales, las tilda como inconstitucionales. El sujeto pasivo de esta tasa se consideraba a la persona a la que se prescribía el medicamento y cuyo nombre quedaba reflejado en la receta, siendo su devengo cuando la receta era dispensada. La Sentencia considera que su establecimiento afecta al marco competencial que rige a la sanidad dado que la fijación de una prestación farmacéutica y su financiación pública es un criterio básico en materia de sanidad, que en esencia depende del Estado como indican los arts. 94 y 94 bis de la [Ley del Medicamento](#). La tasa recae, según criterio del Tribunal, en la prestación farmacéutica, y considera que, en contra de lo que cree la Generalidad Catalana, sí hay una conexión entre la tasa y el precio del medicamento al cobrarse junto a éste y de forma inmediata y donde la falta de pago ocasiona la imposibilidad de su obtención. No acepta tampoco el argumento esgrimido de que la tasa pretende financiar el valor añadido del uso de la receta electrónica, pues niega que ésta constituya una prestación complementaria (por ende autonómica) a la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud. El hecho imponible no recae sobre una prestación nueva sino sobre las prestaciones de la cartera común, por lo que invade la competencia del Estado según lo indicado en el artículo 149.1.16 CE.

Marcos IGLESIAS CARIDAD

*Personal Investigador en Formación, adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Salamanca, bajo financiación del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*

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

### Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014)

#### GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA

Esta sentencia supuso la confirmación de la anulación de la [Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009](#), que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de dos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución en California, a favor de los padres intencionales, un matrimonio de varones españoles; filiación determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. Tanto el [Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia](#) como la [Audiencia Provincial de Valencia](#) habían apoyado el requerimiento del Ministerio Fiscal instando la anulación de la mencionada resolución por considerar que su contenido era contrario al orden público internacional español, al infringir directamente el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida que considera nulo de pleno derecho «el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero», estableciendo en su apartado segundo que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

El TS en una sentencia muy discutida, con cambio de ponente incluido, que cuenta con un voto particular firmado por cuatro miembros, frente a los cinco que han respaldado la sentencia, comparte en buena medida las argumentaciones que ya habían formulado las anteriores instancias judiciales.

Fundamentalmente, las ideas fuerza en las que se sustenta son tres:

#### **1) No es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil español, puesto que ello vulnera el orden público internacional español.**

Considera el TS que no basta para que una certificación extranjera pueda acceder al Registro Civil español con que la certificación sea regular y auténtica, sino que además, conforme al artículo 23 LRC, no debe haber duda sobre la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. Legalidad que el TS rehúye en identificar con un precepto concreto, cuando hubiera podido hacerlo (art. 10 Ley de reproducción humana asistida), sino que opta por dotar de contenido al concepto más etéreo (y por ello también más discutido) del orden público internacional, que en este caso considera que no puede ser atenuado por la vinculación estrecha del caso con España, aludiendo a la dignidad de la mujer gestante y del niño como eslabones fundamentales del mismo, denostando la mercantilización de la gestación y la filiación,

insinuando incluso la creación de una especie de «ciudadanía censitaria» conformada por quienes tienen medios suficientes para poder acceder a este tipo de gestación/filiación.

**2) No existe en este caso un problema de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.** Aunque este fue uno de los argumentos fundamentales de los recurrentes, todas las instancias han descartado que esté en discusión este hecho. Lo que está prohibido es el contrato de gestación por sustitución, con independencia de quiénes hayan sido los comitentes y la relación que los una.

**3) El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que sólo puede concretarse dentro del contexto legal en que se enmarca.** Y en consecuencia no puede beneficiar al menor el que la acreditación de su filiación se haya realizado contraviniendo la legalidad vigente en España.

Finalmente, el TS insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar correctamente la filiación de los menores, atendiendo a la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar «de facto». Esto supone apelar a que quede acreditada la filiación natural respecto de aquel que haya aportado el material genético y la adopción por parte del otro miembro de la pareja.

El voto particular de esta sentencia argumenta fundamentalmente en torno al interés superior del menor, entendiendo que, sobre su base, debe reconocerse la filiación ya acreditada en el extranjero, pues de lo contrario se situaría a los menores en una especie de limbo jurídico que para nada los beneficiaría.

La sentencia supuso la paralización de las inscripciones que desde la [Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución](#), se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se hubieran observado los requisitos en ella señalados. A saber, únicamente accederían al Registro Civil español las resoluciones judiciales firmes e irrevocables que hubieran establecido la transferencia de parentabilidad; deberían constatar que los derechos procesales de las partes, y en particular los de la madre gestante, se hubieran garantizado y, por último, habrían de asegurarse que no se hubiera producido vulneración alguna del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, en especial, debían verificar que el consentimiento de esta última se había obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tenía capacidad natural suficiente.

Tras esta paralización, y sin un escenario normativo claro, el 13 de junio de 2014 se aprobó en Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil (cuya entrada en vigor, recordemos, se ha pospuesto para julio de 2015 por la Disposición adicional decimonovena del [Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia](#))

en términos muy restrictivos para el reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, el rumbo hubo de modificarse de forma brusca a raíz de las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* ([Demanda n.º 65192/11](#)) y *Labasee c. France* ([Demanda n.º 65941/11](#)), dictadas ambas el 26 de junio de 2014, que comentaremos a continuación (véase la Tribuna en esta Revista de la Pfra. Dra. Eleonora Lamm), en las que el TEDH condenó a Francia por no reconocer la filiación de tres niños, hijos de parejas francesas, que habían recurrido a la gestación por sustitución en Estados Unidos, por entender que con su actitud había vulnerado el interés superior de los menores. Tras ello, el Ministerio de Justicia se comprometió a volver a aplicar la Instrucción de 2010 e incorporar su contenido al texto de la reforma de la Ley del Registro Civil que en estos momentos se discute.

Antonia DURÁN AYAGO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca  
[aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)

## Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014

### INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por primera vez, el TEDH ha debido pronunciarse sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución. En dos sentencias similares, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE. UU. en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EE. UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor:

79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également

sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

80. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu. *Caso Labassee*.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu. *Caso Mennesson*.

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si

ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variaría el alcance de estas sentencias. Dicho con otras palabras, la STS de 6 de febrero de 2014 ¿estaría o no en la línea de estas sentencias? Porque en este caso nunca se negó que pudiera acceder al Registro Civil como padre biológico el miembro de la pareja que aportó su esperma, algo que sí se hizo en los casos analizados en Francia, lo que a la postre inclinó la balanza hacia esta decisión.

De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos.

En un debate que en España está tan vivo sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida que pueda dar lugar a la filiación, las sentencias del TEDH han servido para rearmar a los movimientos que desde hace años, de un lado, promueven el reconocimiento en España de los hijos que hayan nacido en el extranjero a través de esta técnica (Son Nuestros Hijos: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>) y, de otro, a quienes solicitan que se modifique la legislación española reconociendo la gestación por sustitución como una vía más para acceder a la paternidad/maternidad (Gestación subrogada en España: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/>). Lo que está claro es que para que el alcance de las sentencias del TEDH sea indubitado es necesario realizar modificaciones legislativas, ya sea modificando la todavía no vigente Ley del Registro Civil desde la perspectiva del reconocimiento de las filiaciones que se han acreditado en el extranjero, ya desde la modificación de la [Ley 14/2006 de reproducción humana asistida](#), derogando el artículo 10 y al tiempo ofreciendo una regulación específica sobre el alcance y contenido de esta técnica y su influencia en el establecimiento de la filiación. Se trataría, en definitiva, de añadir la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España.

Antonia DURÁN AYAGO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca  
[aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 25 de febrero de 2014 (ROJ: STS 1623/2014)

#### ATRIBUCIÓN DE LA CONDICIÓN DE AUTOR AL EDITOR DE UN DIARIO Y EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS ACTIVIDADES DE RECORTES DE PRENSA (*PRESS CLIPPING*)

1. El viejo artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, mantenido luego sin alteraciones en el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (TRLPI), consagró en nuestro ordenamiento las revistas de prensa como límite a los derechos de explotación sobre contenidos de prensa, equiparándolas a las citas: «Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas». Sin embargo, la falta de un concepto definido y uniforme de revista de prensa permitió una expansión «de facto» del límite, agrupándose tras él prácticas y realidades heterogéneas que se fueron diversificando aún más con la eclosión de las nuevas tecnologías de la información, respondiendo a finalidades muy diferentes. En particular, más allá de su propósito originario de dar cobertura mediante licencia legal a las prácticas consistentes en la elaboración de resúmenes de prensa (*press summaries*), el límite de revistas de prensa se venía invocando para dar cobertura a las actividades de seguimiento y recopilación de información basadas en *recortes de prensa*; conocidas habitualmente en otros países como *dossier de presse* (dossier de prensa), *panoramas de presse* (panoramas de prensa), *surveillance de presse* (vigilancia de prensa), *Pressespiegel* o *Presseschauen* (espejo o mirada de prensa) y *press cutting* o *press clipping* (recortes de prensa); aunque en la actualidad tienden a identificarse universalmente bajo la expresión anglosajona de *press clipping*. Actividades éstas que consisten en la vigilancia o el seguimiento de informaciones publicadas en prensa u otros medios de comunicación audiovisual o digital, sea sobre noticias de actualidad general o sobre materias, personas o instituciones concretas, para luego presentarlas de manera extractada, resumida o íntegra (según los casos) en forma de dossier o panorama informativo que se envía periódicamente a un cliente o a la institución en cuyo seno se elabore el dossier.

2. La Ley 23/2006, de 7 de julio, quiso clarificar el panorama, incorporando un inciso segundo en el párrafo II del artículo 32.1TRLPI, con el siguiente tenor: «Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite». Esta nueva norma

buscaba avanzar en la protección del derecho de propiedad intelectual sobre materiales periodísticos, pero dejó un cierto sabor de retroceso por la inseguridad jurídica derivada de la poco acertada redacción del precepto; en fin, *una solución conflictiva*.

El legislador consagró una excepción general para las revistas de prensa (límite sin remuneración equitativa) y dispuso a continuación un tratamiento muy diferente para las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción con fines comerciales; refiriéndose con ello, de manera muy imprecisa, a las prácticas de *press clipping*, las cuales quedarán sometidas en principio al límite de revista de prensa aunque con el derecho del autor a percibir una remuneración equitativa (limitación), a no ser que el autor formule una oposición expresa a la utilización de sus artículos periodísticos en esa forma, en cuyo caso esas actividades quedarán bajo la cobertura del *ius prohibendi* (derecho a prohibir o autorizar) propio de los derechos exclusivos. Este régimen específico del *press clipping* se aplica únicamente a los casos en que el dossier de prensa se elabora y difunde con fines comerciales; entendiéndose por tales no el ánimo de lucro en sentido amplio (que comprende cualquier ventaja económica, incluido el mero ahorro en la compra de diarios y revistas), sino la realización de dossieres de prensa con la finalidad de comercializarlos y obtener ganancias económicas. Por el contrario, si el dossier de prensa no se realiza con fines comerciales quedará subsumido en la excepción general de revista de prensa prevista en el inciso primero del citado precepto. El segundo inciso del artículo 32.1 II TRLPI no recoge, por tanto, un límite puro o estricto para favorecer la actividad de *press clipping*, sino más bien *un seudolímite*; entendido como un límite impuro o relativo (no estricto), por estar sometido a condición: una condición que no se hace depender de elementos objetivos, sino de un factor tan subjetivo como la voluntad misma del «autor» de no formular oposición expresa a la elaboración de dossieres de prensa con fines comerciales. En este caso el límite se relativiza y su aplicación se deja al criterio del titular de derechos, cambiando el derecho a exigir una remuneración equitativa por el derecho exclusivo a prohibir o autorizar a cambio de una remuneración.

El peculiar régimen jurídico de este seudolímite a los derechos de autor para la regulación de las actividades de *press clipping* vino cargado de polémica en tanto que, impulsada la regulación por los grandes editores de prensa, el derecho de oposición y, en caso contrario, el derecho a percibir una remuneración equitativa se asigna al «autor» de artículos de prensa. Con ello, el legislador generó un nuevo y relevante problema, creando un conflicto a tres bandas entre las empresas de seguimiento de la información (*press clippers*) los editores de prensa y revistas, y los periodistas autores de los artículos de prensa. Los periodistas hicieron una lectura literal de la norma para defender que son ellos los autores y titulares de las prerrogativas concedidas en la norma, mientras que los editores de prensa escrita reclamaban para sí la condición de titulares de derechos sobre los periódicos y revistas con fundamento en el siempre controvertido y complejo concepto de obra colectiva (art. 8 TRLPI). Esta polémica es

la que viene a resolver definitivamente la STS de 25 de febrero de 2005, sin duda con acierto, a favor de los editores de prensa.

3. En el caso concreto se resuelve el litigio seguido entre la «Asociación de Editores de Diarios Españoles» (AEDE) y la empresa «Documentación de Medios S.A.», una de las más representativas del sector de seguimiento de medios para la elaboración de recortes o dosieres de prensa (*press clipping*), confirmando la SAP Madrid, Secc. 28.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2011, que a su vez ratificó la pronunciada por el Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid, de 13 de mayo de 2009. El TS reconoce, así, como se hizo antes en las dos instancias, el carácter de obra colectiva de los diarios de prensa y, en consecuencia, la titularidad originaria de los derechos sobre la obra colectiva a favor de los editores de los mismos en tanto que impulsores y coordinadores de la obra de conjunto, sin perjuicio de la titularidad de cada autor sobre sus contenidos individuales y del derecho a explotarlos al margen de la obra colectiva, salvo pacto en contrario.

No obstante, incluye algunos importantes matices en relación con la consideración de los periódicos como obras colectivas en todo caso. Apunta el Alto Tribunal que la calificación de obra colectiva a los periódicos tropieza con que el contenido de los mismos es usualmente heterogéneo, en la medida en que pueden reunir, junto a aportaciones sin autor identificado o que no merezcan la consideración de obras originales (citando la STJUE de 16 de julio de 2009, As. C-5/2008, «Infopaq», que sitúa la originalidad de los artículos periodísticos en razón de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado), colaboraciones que, consistiendo en creaciones originales atribuibles a sus autores, superan las condiciones propias de las aportaciones individuales a que se refiere el artículo 8. En cualquier caso, señala el Tribunal que, en el supuesto hipotético de que las aportaciones individuales no entrasen en la previsión del artículo 8 TRLPI, si hubieran sido creadas en el funcionamiento de una relación laboral (como sucede habitualmente en los periódicos y revistas), los derechos de explotación, a falta de pacto escrito, se presumirían cedidos en exclusiva al empresario en el momento de la entrega de la obra, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.2 TRLPI. A ello habría que añadir, tal y como se hizo en la SAP Madrid, Secc. 28.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2011, los derechos de explotación que corresponden al editor de publicaciones periódicas en virtud de la cesión otorgada a su favor por autores sin vinculación laboral, sin perjuicio de su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado (art. 52.1 TRLPI).

Así pues, en virtud del concepto de obra colectiva del artículo 8 TRLPI y de las cesiones de explotación realizadas a su favor por los autores de contenidos concretos originales en virtud de una relación laboral, artículo 51.2 TRLPI, o de su inserción en publicaciones periódicas, artículo 52.1 TRLPI, indica el TS que el editor de las publicaciones periódicas está facultado para defenderlas frente a terceros e incluso ante el propio autor de la obra individual si llevase a cabo una explotación que entrase en

conflicto con la explotación normal de la publicación periódica en la que se hubieran insertado. Concluye así el Tribunal que, además de la importante significación que para el contenido del periódico tiene la cabecera del mismo, el mencionado conjunto de normas (arts. 8, 51 y 52 TRLPI), interpretadas a la luz del llamado canon hermenéutico de la totalidad, evidencia que los editores de los periódicos pueden ser titulares del derecho de oposición a que se refiere el artículo 32.1 párrafo II TRLPI, y que la contemplación del principio *id quod plerumque accidit* lleva a la conclusión de que lo normal es que lo sean; esto es, que quien ostenta los derechos de explotación sobre los contenidos de un periódico o revista es el editor de la publicación, que tiene así la condición de titular originario equiparable a la condición de autor, al resultar aplicable a estas situaciones el concepto de obra colectiva del artículo 8 LPI. En consonancia con ello, el daño que pueden producir las actividades de *press clipping* para la explotación normal de la obra recae sobre los intereses del editor, y no sobre los intereses de los autores individualmente considerados, que ceden contractualmente a éste sus artículos normalmente a cambio de un salario (art. 51 TRLPI) o de un precio (art. 52 TRLPI).

Apunta, no obstante, que no cabe desconocer la posibilidad de que los resúmenes de prensa reproduzcan, exclusivamente, creaciones intelectuales que no entren en la categoría de las aportaciones individuales a que se refiere la norma del artículo 8 TRLPI sobre la obra colectiva, y que en esos casos sea el autor de las mismas y no el editor de prensa quien conserve las facultades de oposición previstas en el artículo 32.1 II TRLPI, a no ser que le hubiera sido cedida por el autor de la colaboración. Sin embargo –continúa– tal situación, contraria a la normalidad y, al fin, extraña a la probabilidad, está necesitada de demostración en el proceso; y, a los efectos de la carga de la prueba, la regla de facilidad y disponibilidad que contiene el artículo 217.7 LEC apartado 7, determina que las consecuencias de no haber sido probada recaigan sobre la entidad que llevó a cabo la recopilación; prueba –concluye que no se ha logrado en el caso enjuiciado–.

Fernando CARBAJO CASCÓN  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca  
[nano@usal.es](mailto:nano@usal.es)

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,  
de 27 de febrero de 2014, asunto C-365/12, P,  
Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG**

**ACCESO A INFORMACIÓN DOCUMENTAL DE INSTITUCIONES EN PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA**

¿Puede un tercero no denunciante, que se sienta perjudicado por un cártel, obtener acceso a los documentos del expediente administrativo sancionador de la Comisión Europea (incluidos, en particular, los documentos obtenidos en el marco del así llamado programa de clemencia), con base en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso público a los documentos de las instituciones europeas?

Ésta es esencialmente la cuestión a la que se responde en esta sentencia, fruto del recurso de casación planteado por la Comisión contra la Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 (as. T- 344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg AG/Comisión europea).

Los antecedentes que dieron origen a esta sentencia son los siguientes. La distribuidora de energía EnBW se consideraba perjudicada por un cártel entre productores de conmutadores con aislamiento de gas condenado por la Comisión europea. El procedimiento ante la Comisión se había iniciado en el marco del llamado programa de clemencia por el que la Comisión concede la dispensa o la reducción de la multa a los cartelistas que se autoincriminan y aportan información suficientemente valiosa para la detección y condena del cártel (véase Comunicación sobre el programa de clemencia, *DOUE* C 298 de 2006, p. 17). Tras la condena del cártel por la Comisión europea, EnBW solicitó, con base en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, acceso a ‘todos’ los documentos relativos al procedimiento sancionador con vistas a preparar una acción civil de reclamación de daños y perjuicios contra los cartelistas. Se trataba de una solicitud de máximos pues EnBW quería acceso a los documentos facilitados por los cartelistas en el marco del programa de clemencia, a los requerimientos de información de la Comisión y las respuestas de las partes, a los documentos obtenidos por la Comisión durante las inspecciones en los locales de las empresas, así como otros documentos internos de la Comisión y sus agentes. Alegó que, sin tales documentos, no le sería posible intentar siquiera, con mínimas posibilidades de éxito, una acción de reparación por los daños sufridos. La Comisión Europea, sin embargo, le denegó el acceso por considerar, con carácter general, que todas estas categorías de documentos quedaban cubiertas por algunas de las excepciones al derecho de acceso previstas en el citado reglamento comunitario, en particular para proteger las actividades de inspección e investigación y el proceso de toma de decisiones (artículo 4.2, guión tercero y 4.3 del Reglamento) y/o para proteger los intereses comerciales de los partícipes en el cártel (artículo 4.2, guión primero). Dicha denegación fue recurrida ante el Tribunal General quien estimó el recurso de EnBW dado que, una vez concluido el procedimiento sancionador (como era en su opinión el caso), no cabía aplicar de

manera genérica y abstracta las citadas excepciones y, por el contrario, se imponía un examen concreto e individualizado de cada documento en cuestión. La Comisión Europea recurrió entonces en casación dicha sentencia alegando que (1) era necesario hacer una interpretación armoniosa de las normas generales de acceso previstas en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 y las normas especiales recogidas en otra normativa específica o sectorial, la normativa de competencia en el caso de autos; (2) era posible denegar el acceso a partir de una presunción general de la necesidad de protección de los documentos para asegurar las actividades de inspección, investigación y toma de decisiones así como los intereses comerciales; (3) la protección se debe mantener mientras el procedimiento no se haya concluido totalmente, lo que no ocurre mientras siga abierta la revisión jurisdiccional de cualesquiera de las resoluciones con la que este procedimiento ha finalizado. El Tribunal de Justicia estimó el recurso de casación dando la razón a la Comisión en los 3 argumentos principales que se acaban de exponer.

El asunto es relevante, en mi opinión, por tres motivos principales:

- primero porque aclara las relaciones entre las normas generales de acceso del Reglamento n.º 1049/2001 y las reglas especiales sobre acceso a documentos de la Comisión europea, en particular en el marco de procedimientos de defensa de la competencia;
- segundo, porque ofrece directrices generales sobre los límites de acceso a la documentación del expediente sancionador de la Comisión, por parte de terceros no denunciados que lo soliciten con vistas a entablar reclamaciones por los daños sufridos por un cártel. Estos límites son un tema especialmente controvertido en lo relativo a los documentos del expediente de clemencia como demuestra jurisprudencia reciente tal como el asunto Pfeiderer (as. C-360/09) o el asunto Donau Chemie (as. C-536/11);
- tercero, porque confirma cuando se debe considerar concluido un procedimiento administrativo sancionador y reflexiona sobre algunas de sus consecuencias en lo relativo al acceso a los documentos del expediente administrativo.

En relación al primer motivo, confirma la necesidad de una interpretación armoniosa de las normas generales y especiales sobre acceso a documentos de las Instituciones. Así considera que, en el caso de autos, a efectos de interpretar las excepciones al derecho de acceso previstas en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, deben tenerse en cuenta las normas de acceso de los reglamentos de competencia n.º 1/2003 y 773/2004 que permiten un acceso limitado solo a las partes y a los denunciados. Asevera que si personas distintas de las que disponen del derecho de acceso al expediente en virtud de los Reglamentos 1/2003 y 773/2004, pudieran obtener acceso generalizado a los documentos con fundamento en el reglamento 1049/2001, se alteraría el régimen instaurado por las reglas especiales y se podría poner en peligro el equilibrio entre distintos intereses que el legislador ha querido asegurar a través de

ese acceso restringido regulado en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004. Además la actividad administrativa de la Comisión no exige un acceso tan amplio como el relativo a la actividad legislativa. Por todo ello, el Tribunal acepta que, a efectos de aplicar las excepciones al derecho de acceso regulado en el Reglamento 1049/2001, la Comisión esté facultada para presumir, sin llevar a cabo un examen concreto e individual de cada uno de los documentos que el acceso perjudicaría, en principio tanto la protección de los intereses comerciales de las empresas como los objetivos de las actividades de investigación. Esta presunción general resulta especialmente indicada cuando, como ocurre en el caso de autos, la solicitud de acceso no se refería a un documento o varios documentos en concreto, sino a un conjunto de ellos (todos los del expediente administrativo). A una solicitud global cabe responder de una manera igualmente global. No es la primera vez que el Tribunal ha reconocido a la Comisión la posibilidad de utilizar estas presunciones generales. Ya lo había hecho con anterioridad en relación a procedimientos de defensa de la competencia en el marco del control de ayudas de Estado (as. TGI, C-139/07 P) y control de concentraciones (as. Comisión/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, y Comisión/Agrofert Holding, C-477/10 P). Ahora lo extiende a procedimientos sobre conductas restrictivas, en particular cárteles. Es importante señalar que la presunción general no excluye la posibilidad de demostrar que un documento concreto no está cubierto por la presunción o que existe un interés público superior que justifica el acceso.

En relación al segundo motivo, la cuestión clave era valorar precisamente si el derecho de EnBW a la reparación de los daños sufridos por el cártel y la intención por ella manifestada de usar la información solicitada a tal fin podía desvirtuar la presunción general o ser considerado un interés superior que respaldase el acceso. Esta valoración exige, como el Tribunal ya señaló en otro contexto en los asuntos Pfeiderer y Donau Chemie, una ponderación de intereses entre, por un lado, el derecho de la víctima de un cártel a la reparación de los daños sufridos y, por otro lado, la necesidad de mantener los incentivos del programa de clemencia que está resultando un instrumento muy efectivo en la lucha contra los cárteles. En efecto el riesgo de facilitar el acceso al expediente de clemencia a los terceros perjudicados por el cártel puede radicar en que los cartelistas carezcan ya de incentivos suficientes para solicitar clemencia. Sin esos incentivos, puede que no se detecte o no se pueda sancionar administrativamente el cártel, lo que a su vez haría mucho más difícil cualquier acción de reclamación de daños. ¿Cómo se realiza esta compleja ponderación en este asunto? Llama la atención la divergencia en este punto del Abogado General y el Tribunal. El primero favorece la posición de EnBW al considerar que la Comisión había basado su denegación en consideraciones abstractas (referida al daño a los programas de clemencia si se facilitaba el acceso) mientras que EnBW había justificado su necesidad de acceso para hacer efectivo su derecho de reparación. Es pues partidario de un derecho de acceso más amplio en estos casos. Aun a riesgo de perjudicar los incentivos para acudir al

programa de clemencia, cree que la máxima eficacia de los mismos no debe justificar el sacrificio sin más del derecho de los afectados a ser indemnizados y, con carácter general, el menoscabo de su tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cambio el Tribunal opina que para garantizar la protección efectiva del derecho a reparación no es necesario que se le transmitan todos los documentos del expediente sancionador dado que es improbable que la acción de indemnización deba fundamentarse en todos ellos. Corresponde pues al solicitante de acceso acreditar la necesidad de acceder a uno o varios documentos concretos del expediente. Solo si se acredita dicha necesidad, existiría un interés público superior que respaldaría el acceso. El Tribunal es pues menos favorable a EnBW: le parece que es esta empresa la que ha basado su solicitud en consideraciones abstractas y no la Comisión como había sugerido el Abogado general.

Por último, en relación al tercer motivo, el Tribunal confirma que la presunción general relativa a la protección de los objetivos de la investigación debe mantenerse mientras el procedimiento no haya concluido y esto no ocurrirá mientras la decisión administrativa no sea firme. No era el caso de autos dado que, tanto en el momento de la solicitud de acceso como en el de su denegación, había revisiones jurisdiccionales pendientes. Si las impugnaciones prosperasen, la Comisión podría tener que reabrir el procedimiento por lo que la situación es equiparable a la de no haber adoptado todavía una decisión. En ambos escenarios, el acceso a ciertos documentos podría dañar los objetivos de la investigación.

Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS  
*Profesor Titular de Derecho de la Unión Europea*  
*Coordinador del Centro de Política de la Competencia*  
*Instituto de Estudios Europeos*  
*Universidad CEU San Pablo*  
[maigon@ceu.es](mailto:maigon@ceu.es)

### Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.<sup>a</sup>), de 24 de febrero de 2014 (ROJ: SAN 496/2014)

#### LA «NO» APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL EN CASOS DE MUTILACIÓN GENITAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 23.4 LOPJ

Si en un número anterior de esta revista se realizó un análisis de la Sentencia de la AN núm. 9/2013 de 4 de abril, que castigaba, a través de la vía abierta en el artículo 23.4 LOPJ, la conducta de una madre por la mutilación genital de su hija, cuando esos hechos se habían realizado en Senegal años antes de vivir en España, meses más tarde el mismo tribunal decidió cambiar el rumbo. Entonces decíamos que se había marcado una vía para perseguir este tipo de prácticas cometidas fuera de España, si bien, por otra parte, no exento de problemas. Pero en pocos meses la aplicación de la ley dio un giro, en esta ocasión analizaremos una sentencia de febrero de 2014 del mismo tribunal que se aparta de aquella primera sentencia que marcaba el inicio de un cambio en la persecución de estas conductas.

Destacar, por una parte, el proyecto de reforma presentado por el PP en enero de 2014 y aprobado en marzo de 2014 mediante LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Con la sentencia de febrero de 2014 que ahora analizamos pareciera que la AN había comenzado a aplicar la reforma cuando todavía era proyecto.

La mencionada reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la Justicia Universal hizo desaparecer la mutilación genital del listado del artículo 23.4 LOPJ (*vid.* JAÉN VALLEJO, M. «Jurisdicción universal: hacia una regulación más razonable de este principio», [http://www.elderecho.com/penal/justicia\\_universal-corte\\_penal\\_internacional-aplicacion\\_extraterritorial\\_de\\_la\\_justicia\\_penal-Jurisdiccion-universal-regulacion-razonable-principio\\_11\\_644680002.html](http://www.elderecho.com/penal/justicia_universal-corte_penal_internacional-aplicacion_extraterritorial_de_la_justicia_penal-Jurisdiccion-universal-regulacion-razonable-principio_11_644680002.html)). Lo que proponemos es analizar si quizás la Audiencia Nacional en este nuevo caso decidió aplicar de manera anticipada la reforma que ya es Ley vigente desde marzo de 2014.

Los hechos probados muestran que una pareja de Gambia, ambos son nacionalizados españoles, con dos hijas nacidas ya en España en 1998 y 2003 respectivamente, en el año 2006 planearon salir de vacaciones a Gambia para ver a la familia. Las niñas fueron reconocidas ginecológicamente ante el inminente viaje donde no se observó lesión alguna, y al mismo tiempo siguiendo el Protocolo de Actuación se avisó a la madre de las posibles consecuencias sanitarias y legales de la mutilación genital femenina que pudiera llevarse a cabo sobre las menores en la visita a su país.

La madre viajó con las niñas a Gambia a casa de la abuela, con quien éstas se quedaron mientras la madre visitaba otros parientes en otra ciudad del país. Este lapso

de tiempo fue utilizado por la abuela de las niñas, «quien aprovechando tal ausencia de la procesada y sin conocimiento ni consentimiento de la misma, llevó a las dos niñas a una determinada casa donde ella misma procedió a la ablación de los clítoris». De esto la madre se enteró a la vuelta iniciando una discusión con la abuela, reprochándole que no estaba conforme.

A su regreso a España confesó a su marido lo ocurrido. En 2011, y debido a un nuevo viaje planeado por la familia a Gambia, se les practicó de nuevo un reconocimiento médico en el que es detectada la mutilación genital.

Ante estos hechos cabe la pregunta ¿responden los padres de unas lesiones del artículo 149.2 del código penal en comisión por omisión, debido a su posición de garantes sobre las menores? El Ministerio fiscal acusó a la madre de tales hechos, pero la Audiencia Nacional, en este caso, se basó en dos cuestiones para negar su responsabilidad:

En primer lugar «no se da el elemento culpabilístico que junto a la antijuricidad típica conformarían el ilícito penal», pues la madre se enfadó con la abuela al enterarse de lo ocurrido. Según la doctora del primer reconocimiento, la información dada a la madre acerca de las posibles consecuencias legales de tal práctica debe valorarse conjuntamente con el resto de las pruebas, no teniendo en ningún caso un valor superior ese «hipotético –no demostrado– consentimiento con la práctica de la ablación genital».

En segundo lugar, se analiza el deber de cuidado de los padres con los menores, reconocido tanto en el artículo 154.2 del Código civil como en el artículo 11 del Código penal. Se afirma que «No puede tildarse omisión del deber de cuidado el que la acusada dejara a sus hijas... al cuidado de la abuela, persona que indudablemente goza de su confianza y de la que no podía dudar de que hiciera mal a sus nietas. El deber de cuidado de los acusados como padres no puede exigir otra conducta que la realizada: permitir el viaje y en Gambia estar al cuidado de la abuela».

Por todo ello finalmente el Tribunal sentencia la falta absoluta de culpa o dolo por parte de la conducta de los padres de las menores, motivo por el que absuelve.

María Concepción GORJÓN BARRANCO  
*Investigadora de la Universidad de Salamanca*  
[mcgb@usal.es](mailto:mcgb@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014)

### GRUPO CRIMINAL, CODELINCUENCIA Y REINCIDENCIA, TRES CONCEPTOS PRÓXIMOS EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En la sentencia que comentamos el Tribunal casa parcialmente la sentencia y absuelve a los acusados Agustín, Carla y Domingo del delito de grupo criminal por el que se les había condenado y aprecia una mera codeincuencia. La sentencia nos permite adentrarnos en los difíciles límites del delito de grupo criminal con la coautoría y también verificar la significancia de la aplicación de la agravante de reincidencia en el mundo de la criminalidad organizada, es decir, de las organizaciones criminales, en este caso dedicadas al tráfico ilícito de drogas.

Según los hechos probados, Agustín y Domingo junto con Carla, hermana de este último y pareja del primero, se concertaron para adquirir una importante cantidad de cocaína a terceros no identificados, en el extranjero, para proceder a su distribución y venta por el territorio español, dispuestos todos ellos a obtener y compartir el correspondiente provecho económico. De acuerdo al seguimiento por las fuerzas policiales se pudo comprobar que el día 8 de junio de 2011 Domingo se dirigió al domicilio de Agustín y Carla, portando un paquete con 2 k de sustancia estupefaciente. Posteriormente Carla subió al vehículo de Imanol a quien le entregó dos bolsas con la cocaína, la primera con un peso neto de 993,300 g de una riqueza del 69% y la segunda con un peso de 994,900 g con una riqueza del 65%. Se estima que la venta al por mayor de la sustancia intervenida supondría un importe de 68.721,71 euros. Además se les intervino en la vivienda una serie de efectos destinados al tráfico con terceros, como son: 6 bolsitas con cierre hermético con droga, dos balanzas, papelinas con droga, dinero en efectivo, 9,190 g de fenacetina y cafeína y 215,1 g de fenacetina.

La Audiencia condenó a Domingo, Agustín, Carla e Imanol por un delito contra la salud pública de los arts. 368, párrafo primero, artículo 369.1.5.º (cantidad de notoria importancia), con la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP en relación a los dos primeros y sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a los dos primeros a penas de 7 años, 6 meses y 2 días de prisión, y a los dos últimos a penas de 6 años y 1 día y a todos a pagar una multa de 181.098,20 euros. Además, se les condenó a Domingo, Agustín y Carla por un delito de integración en grupo criminal del artículo 570 ter b a la pena de prisión de 6 meses a cada uno, absolviendo a Imanol de este delito. Asimismo, se acordó el comiso de la droga, dinero metálico, instrumentos, sustancias de corte y demás efectos del delito incautados, conforme los arts. 127 y 374 CP.

Ambas sentencias descartan la calificación de los hechos dentro del tipo penal de organización criminal, por carecer la agrupación de los requisitos de estabilidad y distribución de tareas que caracteriza a este delito del artículo 570 bis CP. Se destaca

que los tres imputados: Domingo, Agustín y Carla, se concertaron para adquirir una importante cantidad de cocaína a terceros desconocidos, para proceder a su distribución y venta por el territorio español, «sin que conste la existencia de una trama jerarquizada con disciplina interna y transmisión de órdenes». En realidad es un grupo familiar, conformado por tres personas, que tenían por finalidad la compra y venta de cocaína en importantes cantidades. El Tribunal Supremo se ha pronunciado con anterioridad por la calificación de grupo criminal cuando se trata de clanes familiares dedicados a la comisión de delitos. Así lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 577/2014 de 12 de julio (ROJ STS 3078/2014), ya que dadas las características de estas relaciones encajan mejor en el concepto de grupo criminal. También lo hace la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, considerando al grupo criminal como «agrupaciones criminales que desarrollan una forma de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable, que es útil para la comisión reiterada de cualquier modalidad delictiva».

El meollo de la discusión se traslada a la calificación de los hechos como grupo criminal o entender una mera codelinquencia. En el primer caso, se produciría un concurso real de delitos, mientras que en el segundo simplemente una calificación jurídica de realización del mismo delito por varios autores sin efectos en la penología correspondiente. Por tanto, en el primer caso estamos ante un reconocimiento de delitos de mayor gravedad, de un *plus* respecto a la delincuencia común y en el segundo no, sería simplemente una forma de comisión.

El Tribunal Supremo estima que «solo consta una operación de distribución de una bolsa de cocaína. No se ha llegado a probar que los tres acusados a los que se les atribuye la integración en grupo criminal llegaran a realizar conjuntamente otras acciones delictivas ajenas a la descrita que permitan aplicar el tipo de grupo criminal previsto en el artículo 570 ter b CP, por lo que nos hallamos ante un supuesto de mera codelinquencia en la modalidad de coautoría».

La verdad es que resulta llamativa esta interpretación tan benigna de los hechos, pues no parece tener en cuenta que se encontraron varias bolsas de cocaína listas para ser distribuidas, balanzas que demuestran la vocación de vender droga del grupo, insumos para adulterar la cocaína como fenacetina y caféina y conseguir mayor rentabilidad en la venta por paquetes, una cantidad importante de dinero en efectivo pese a que «ambos esposos carecían de ingresos justificados que pudieran explicar la procedencia lícita», coches, etc. Todo ello revela la existencia de cierta estructura con vocación de continuidad para seguir realizando la distribución y venta de cocaína, lo cual denota al menos la configuración de un grupo criminal. El hecho de que solo quede comprobado, esto es visualizado, un supuesto de tráfico de drogas que fue el que motivó la detención, no impide comprender los hechos en la complejidad del delito de tráfico de drogas, es decir, como parte de un todo más elaborado, pues se trata de un proceso, que en este caso muestra una estructura idónea para seguir

traficando con cocaína. Al menos, la tentativa de tráfico de drogas denotada con la cantidad de droga hallada en el domicilio (hay que resaltar que en total se trata de kilo y medio de cocaína), distribuida en paquetes, es un desvalor que no queda reflejado en la calificación de coautoría por un solo pase de drogas.

La comprensión de los hechos como coautoría no es más que una muestra más de la incapacidad de la jurisprudencia de entender los delitos del fenómeno criminalidad organizada, como propios de organizaciones criminales más o menos estructuradas con vocación de realizar delitos. Llama la atención que en los fundamentos la misma sentencia, respecto a la valoración de la prueba, considera que ha de hacerse «una apreciación global o de conjunto del cuadro indiciario... la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección» y, seguidamente, determine la calificación de coautoría y no grupo criminal porque «solo consta el concierto de las tres personas para realizar esta operación de distribución de la sustancia estupefaciente». Quienes realizan de manera continuada o reiterada tráfico de drogas conforman un grupo criminal y no puede calificarse de mera codelinquencia. Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) 576/2014 de 18 de julio (ROJ STS 3078/2014).

Mención especial merece la aplicación de la agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP a Domingo y Agustín. Ha de considerarse que esta agravación ha sido concebida para los sujetos que se reiteran en su comportamiento delictivo, desde la comprensión de un Derecho Penal fundamentado en la responsabilidad individual. Cuando se tipifican delitos de organización (los italianos denominan delitos asociativos), esta agravante podría resultar redundante, esto es, vulneraría el *non bis in idem*. En el futuro, habría que reajustar la legislación de manera de no agravar la conducta por diversas vías confluyentes.

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Salamanca  
[lzr@usal.es](mailto:lzr@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 10 de junio de 2014 (ROJ: STS 3242/2014)

### UN CASO MÁS DE DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES A TRAVÉS DE LAS TIC

Cuando nos encontramos con hechos como los que sustentan la Sentencia del Tribunal Supremo 3242 del 10 de junio de 2014, no es difícil tener la tentación de justificar lo injustificable. El alto Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto, por el hoy condenado, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 22192/2013 del 23 de octubre de 2013 y que fue noticia en varios medios de comunicación ([http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/24/actualidad/1406201063\\_782647.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/24/actualidad/1406201063_782647.html)).

La gravedad de los hechos en los que un adulto, a través de Internet, contacta con dos menores con quienes luego concierta encuentros, logrando tener en diversas oportunidades relaciones sexuales, dentro de un entramado escabroso y espeluznantemente ideado, parece inclinarte a justificar todo tipo de intervención penal en razón de la seguridad.

Si bien se reconoce que las TIC han revolucionado la sociedad contemporánea, variando la forma en que el ser humano construye, entiende, e interviene en las relaciones sociales, en materia de menores nos movemos en un terreno que oscila entre la aceptación y el temor. En efecto, pasamos de la asunción acrítica de los menores como *nativos digitales*, esto es aquellos sujetos que «han crecido inmersos en la tecnología digital» (GARCÍA, F.; PORTILLO, ROMO Y BENITO), al pánico absoluto por los riesgos a los que se pueden ver expuestos. Y este pánico es el que acompañó la introducción del que hemos llamado «Contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores», en el artículo 183 bis, y que sigue el que se proponga en el Proyecto de Ley Orgánica de octubre de 2013, la introducción de un segundo apartado a dicho delito, a través del artículo 183 ter. Cuando nos encontramos con casos tan atroces, que involucran a menores, podemos caer en la falsa creencia de que el establecimiento de tipos penales que anticipen la barrera de protección es lo único que puede frenar el que se puedan cometer hechos que causen tanto daño a los menores.

En los hechos de la sentencia, se refiere como el autor nacido en el año 1955 ingeniero de sistemas de energía avanzada, con importantes conocimientos de informática, ocultando datos relativos a su sexo y edad real, y utilizando el *lenguaje* propio de los adolescentes, con fines sexuales se introduce durante los años 2006 a 2011 en comunidades virtuales de Internet y en canales temáticos utilizados por personas menores de edad. En dicho periodo, contacta, entre otras, con dos niñas de 12 años, a quienes bajo un perfil falso –correspondiente a un menor de 17 años– logra convencer para que se muestren desnudas y se masturben ante la webcam, en situaciones que graba sin que las menores se percaten de ello. Posteriormente, a cada una de ellas –ya con 13 años–, las logra convencer para que se encuentren en una habitación oscura de un hotel. Dicha oscuridad, planeada para ocultar su verdadera edad, facilita

los primeros encuentros sexuales. Concretamente respecto a una de ellas, con quien logra mantener una relación más larga, después de varios encuentros muestra su verdadera imagen, identificándose como un sujeto de 35 años. El autor realiza grabaciones con y sin autorización de la menor, de las relaciones sexuales que mantenían. Posteriormente, los hechos describen como ante el deseo de la menor de acabar la relación, el autor crea un escenario de intimidación y manipulación, que incluye la participación de personajes creados por el mismo que coaccionan a la menor a continuar la relación. Bajo esta misma intención, el autor difunde vídeos pornográficos de la menor a terceros en los que se incluyen menores, conocidos por la víctima.

Respecto a la segunda menor, si bien no se generó una relación tan escabrosa como la primera –pero no por ello menos grave–, lo cierto es que se probó la situación de engaño creada por el actor para tener relaciones sexuales.

Por los anteriores hechos, la Audiencia Provincial de Madrid condenó al sujeto como autor responsable de delitos de abusos sexuales, pornografía infantil, exhibicionismo y provocación sexual, amenazas condicionales agravadas, descubrimiento y revelación de secretos y un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP.

Particularmente interesante en este punto es la diferenciación que estableció la Audiencia Provincial, y que después fue confirmada por el Supremo, respecto al establecimiento con relación a la primera menor de un delito continuado de abusos sexuales en su modalidad de acceso carnal con prevalimiento y respecto a la segunda, un delito continuado de abusos sexuales en su modalidad de acceso carnal con engaño. La Audiencia Provincial consideró que, respecto a la primera menor, se había dado un abuso sexual con prevalimiento ya que se había dado «la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria o evidente (“manifiesta”), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también “eficaz”, es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce».

Según la AP, dicho prevalimiento se encontraba probado por seis puntos: 1. Por la gran diferencia de edad. 2. El aprovechamiento que tiene de conocer a la niña cuando tenía 12 años de edad. 3. El que haya ocultado datos relativos a edad real y utilización del *lenguaje* propio de los adolescentes, haciéndose pasar por un joven atractivo de 17 años de edad. 4. La iniciación de la relación con la menor, a los 12 años, lo cual aprovechó para acercarse a ella, y posteriormente proponerle encuentro, que (él mismo orientaba) sólo se podría dar una vez ella hubiera cumplido los 13 años –atendiendo que es la edad en materia de consentimiento sexual–. 5. El empleo por el acusado de especiales dotes prácticas de persuasión sobre menores para despertar su curiosidad hacia lo sexual e inicio de la misma en la exhibición sexual y 6. La:

utilización intencional de la vulnerabilidad de la menor por su forma de ser, por la problemática afectiva que sufría por la separación de sus padres, por la carencia que tenía

de un referente paterno sólido al que sólo veía cuando ejercía los fines de semana el derecho de visitas, y la utilización asimismo de esos fines de semana en que la menor se trasladaba del domicilio familiar del padre, menos desconfiado del amigo que por primera vez se había «echado» su hija y más permisivo en el control que ejercía sobre la menor.

En lo que respecta a la segunda menor, los puntos 1 a 5 coinciden prácticamente en lo mismo, por lo cual, el factor que determinó que respecto a la primera menor, se diera prevalimiento, y por ende una mayor pena, fue la especial vulnerabilidad que presentaba la menor a raíz de una problemática afectiva derivada de la separación de sus padres.

La Sentencia del Supremo nos dibuja, en parte, el escenario que tiene actualmente nuestra legislación para responder frente a este tipo de hechos. Ahora bien, lo interesante de la sentencia es que la lectura de los hechos nos llevaría a que, dentro de la legislación actual, planteáramos también la aplicación del artículo 183 bis. La introducción del artículo 183 bis no tiene otra razón que la alarma generada por la utilización de las TIC por delincuentes sexuales para acceder a menores, en virtud de la cual consideramos legítimo que se adelanten las barreras de protección del Derecho Penal, y se tipifiquen como delitos autónomos actos preparatorios. Como ya lo hemos referido en otros trabajos, el artículo 183 bis castiga la conducta de aquel que a través de Internet o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer un delito sexual de los expresamente referidos, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Es claro que lo anterior se dio en este caso, lo cual se materializó en delitos sexuales concretos. Si los anteriores hechos se hubieran dado en vigencia actual del artículo 183 bis, a la condena por los delitos impuesta se le hubiera tenido que añadir la comisión de este delito. En efecto, según la actual redacción del artículo 183 bis, si se verifica el delito posterior al que iba encaminado el acercamiento, se establece la presencia de un concurso (real, que no medial) y no la absorción lógica del acto preparatorio en el delito finalmente consumado o tentado respecto del menor.

No obstante, en este punto, compartimos lo expuesto por RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, en un trabajo titulado «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio actual del artículo 183 bis y del artículo 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, 16-06: 1-25. El autor, después de un juicioso análisis, considera que la introducción del artículo 183 bis es innecesaria, citando un interesante pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Granada del 25 de mayo de 2009 –SAP GR 1482/2009–. En esta medida, entiende que el delito del artículo 183 bis actual y el que se pretende añadir con la reforma de 2013 no son necesarios, dado que las conductas que se pretenden penalizar

encuentran plenamente encaje dentro de los delitos existentes. A título de ejemplo a través de la tentativa de corrupción de menores del artículo 189.4 del CP, en el caso de que el sujeto activo haya llegado «a solicitarles, bajo la promesa de recibir distintos regalos, que se desnuden y que se toquen los genitales» y éstos no hayan accedido a sus deseos.

Ahora bien, en el caso expuesto por el Tribunal Supremo, nos encontramos, entre otros, frente a un delito consumado de pornografía infantil y de abusos sexuales. Si los anteriores hechos hubiesen sucedido a la luz del 183 bis, hubieran implicado también su condena por el mismo, atendiendo la fórmula concursal que el mismo precepto señala y que ha sido ampliamente criticado por la doctrina.

En nuestra opinión, y siguiendo a RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, creemos que tenemos herramientas para luchar contra este tipo de delincuencia. Por lo anterior, es claro que anticipar la barrera de protección del Derecho Penal, y en la forma que se hizo con la redacción del artículo 183 bis –tal como lo hemos referido en otros trabajos–, no soluciona el problema. Sin duda, a los que nos dedicamos a la investigación, nos corresponde un papel fundamental, para proponer vías de *lege ferenda* que busquen controlar los riesgos que la utilización de Internet genera para nuestros menores frente a delincuentes sexuales. El camino está abierto y, sin duda, seguirá la rica discusión doctrinal. No obstante, aparte de las respuestas que se puedan dar desde el Derecho Penal, creemos, como HORTAL IBARRA, que el papel de la familia es fundamental para tratar de evitar este tipo de sucesos, ya que resulta difícil y cuestionable establecer tipos con una enorme carga subjetiva de difícil prueba. Las nuevas tecnologías deben considerarse como unos aliados dentro de nuestra sociedad, pero nunca pueden desplazar espacios en los que los padres jugamos un papel fundamental y de enorme compromiso para la seguridad de nuestro hij@s.

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS  
Profesora Asociada Área de Derecho Penal  
Investigadora Ciencias de la Seguridad  
Universidad de Salamanca  
[ldiaz@usal.es](mailto:ldiaz@usal.es)

### Auto de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014

#### IMPUTACIÓN, MEDIDAS CAUTELARES Y PERSONAS JURÍDICAS MERAMENTE INSTRUMENTALES

La [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal](#) [BOE n.º 152, de 23-VI-2010], introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Por su parte, la [Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal](#) [BOE n.º 245, de 11-X-2011], que reformó la LECrim, ha dotado a estos nuevos sujetos pasivos de la justicia penal de un estatuto jurídico procesal del que depende su actuación como imputadas o acusadas. A pesar de tales modificaciones legales, cabe afirmar que, a día de hoy, existe una gran inseguridad jurídica en lo que se refiere al estatuto jurídico procesal penal de las personas jurídicas, en tanto que faltan, por una parte, los necesarios consensos doctrinales al respecto y, por otra, la imprescindible consolidación de una base jurisprudencial suficiente, que hasta el momento no ha sido posible dada la novedad de la reforma legal y la escasa aplicación jurisprudencial que la misma ha generado.

Uno de los temas claves que sólo recientemente ha recibido una respuesta expresa por parte de nuestros tribunales es el de la imputabilidad o la capacidad para ser parte de las personas jurídicas pantalla o de fachada. En este sentido, la doctrina se planteaba si todas las personas jurídicas, por el mero hecho de estar constituidas formalmente como tal, resultarían imputables o si, por el contrario, sería preciso un límite adicional que atendiese al sustrato material de la entidad en cuestión. En este último sentido, se pronunció GÓMEZ JARA-DÍEZ señalando que «sólo pueden considerarse penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente, constituyendo las sociedades pantalla o instrumentales un supuesto de personas jurídicas no imputables» (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. 2005: «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?». En Miguel Bajo Fernández, Agustín Jorge Barreiro y Carlos Suárez González (eds.): *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas Ediciones, 425-446). También, en una línea similar, se pronunció, en su momento, la Fiscalía General del Estado al señalar que, para las sociedades pantalla, el tratamiento adecuado pasaría por levantar el velo de la personalidad jurídica, actuando penalmente frente a los verdaderos responsables penales, que no serían otros que las personas naturales amparadas por la ficción de la sociedad pantalla para realizar sus propios propósitos delictivos (Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, 17: 1-114).

Pues bien, ha sido una reciente resolución de la AN (Auto de la Audiencia Nacional [Sala de lo Penal, Sección 2.ª], rec. 128/2014, de 19 de mayo de 2014) la que, finalmente, se ha pronunciado sobre esta cuestión acogiendo esa diferencia doctrinal entre personas jurídicas imputables e inimputables. Si bien la resolución ha profundizado en la cuestión, señalando los criterios para determinar cuándo una persona jurídica resulta imputable, determinando los cauces procedimentales para declarar la inimputabilidad de una persona jurídica, así como las consecuencias procesales de tal declaración. Así pues, señala la AN, en el precitado auto, los siguientes puntos de interés:

1) En primer lugar, acoge la distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables. De tal forma que sólo aquellas personas jurídicas penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, gozarán del estatuto jurídico procesal previsto en la ley procesal para las personas jurídicas imputadas (F. J. 5.º).

2) En segundo lugar, la AN señala los criterios a tomar en consideración para determinar esta suerte de imputabilidad empresarial, cuyo límite es, siempre según la resolución, de carácter normativo, variable en el tiempo y, a veces, de difícil apreciación en la práctica. Para concretarlo interpreta el artículo 66 bis 2 CP a sensu contrario. Este precepto, que sirve para graduar las penas imponibles a las personas jurídicas, se refiere a aquellas que se utilicen «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», aclarando «que se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Así pues, la AN razonando por exclusión entiende que aquellas entidades cuyo carácter instrumental exceda del referido, por serlo totalmente, sin desarrollar ninguna actividad legal o desarrollando sólo aquella actividad lícita «meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» serán personas jurídicas puramente simuladas, no reales y por ende inimputables (F. J. 5.º).

3) Seguidamente la AN señala que el juzgado de instrucción será el competente para determinar ese carácter puramente instrumental que sería determinante de la inimputabilidad de la entidad y aclara, además, que tal declaración judicial debe contenerse en una resolución motivada y jurídicamente fundada, que ha de dictarse tras el necesario debate procesal contradictorio sobre el estatus jurídico que han de tener las entidades incurso en la investigación (F. J. 6.º).

4) Por último, en cuanto a las consecuencias de tal pronunciamiento, la AN señala que, respecto de las personas jurídicas consideradas meramente instrumentales, «procedería únicamente el “levantamiento del velo” para poner al descubierto su verdadero estatus instrumental, como tal no susceptible ni merecedor [...] de ningún sistema de garantías para su disolución y el comiso de sus bienes enteramente afectos a la actividad delictiva» (F. J. 5.º).

En definitiva, en esta resolución la AN aclara que las personas jurídicas penalmente responsables no son todas aquellas que han adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho, sino que es preciso que las mismas realicen una actividad lícita de cierta entidad en el tráfico jurídico ya que, en otro caso, se considerarán meros instrumentos en manos de los auténticos responsables penales que serían sus creadores y/o sus gestores. La trascendental importancia de esta decisión, que determinará si la persona jurídica es un mero instrumento del delito, por tanto decomisible sin mayores garantías ni formalidades, o bien si se trata de un auténtico sujeto de derechos y obligaciones, y por tanto debe adquirir el estatus jurídico procesal de imputado con los derechos y garantías inherentes al mismo, determina que la misma haya de ser razonada y que no pueda ser adoptada *in audita parte*, sino tras el necesario debate contradictorio.

En mi opinión, esta postura de la AN es la única constitucionalmente admisible y respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que exigiría dar entrada en el procedimiento a la entidad que solicita su personación para discutir su capacidad para ser parte, que no siempre resulta evidente, y de cuya determinación dependerá el tratamiento de la entidad en el proceso penal como un mero objeto o como un verdadero sujeto de Derecho.

Ana María NEIRA PENA  
Becaria FPU de la Universidade da Coruña  
[ana.neira@udc.es](mailto:ana.neira@udc.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1246/2013, de 3 de marzo de 2014 (ROJ: STS 1094/2014)

#### **LA CEGUERA TOTAL ES CAUSA VALORABLE COMO DE GRAN INVALIDEZ AUNQUE SE HAYAN DESARROLLADO HABILIDADES PARA REALIZAR LOS ACTOS MÁS ESENCIALES DE LA VIDA**

La cuestión que aquí se plantea y que se resuelve, a mi juicio, correctamente consiste en determinar si una persona calificada como ciega, por el hecho de adquirir algunas habilidades adaptativas necesarias para realizar algunos de los actos esenciales para la vida, que no necesite, en todo momento, la ayuda de tercera persona para desempeñar dichos actos o, incluso, que pueda realizar algún tipo de trabajo que no suponga perjuicio para su situación aun cuando éste no resulte marginal, puede ser calificada como gran invalidez. Y, por añadidura, la valoración de las circunstancias de adaptabilidad del inválido a la situación que pudiera concurrir para determinar la necesidad de concurso de un tercero para el desempeño de los actos esenciales para la vida. Ciertamente es que no todas las personas se adaptan del mismo modo a la situación de invalidez, y el hecho de adaptarse mejor no debe tener ninguna trascendencia en la valoración.

En definitiva, lo que aquí está en juego es, nuevamente, la compatibilidad entre el trabajo y la prestación de gran invalidez. Cuestión que ha sido tratada repetidamente por la jurisprudencia, racionalizando el rigor literal de la ley y manteniendo una uniformidad más o menos razonable conciliadora entre la situación de gran invalidez y la prestación de trabajo, que, dicho sea de paso, no perjudiquen la situación del inválido/a y en la mayor parte de las veces de carácter marginal.

La regla general que fija el punto de partida, como no podía ser de otra manera, tanto legal como jurisprudencialmente, es la compatibilidad entre el trabajo sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo parcial o a tiempo completo y la percepción de la prestación por gran invalidez y así lo afirma el artículo 141.2 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Ciertamente existe una jurisprudencia muy consolidada sobre la situación de gran invalidez en lo que se refiere a esta situación y el Tribunal Supremo en la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que hace es traer a colación esa jurisprudencia para acabar analizando los tres elementos esenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la situación de gran invalidez.

En primer lugar la causa y circunstancias que dan lugar a la calificación de invalidez y, en este caso, las alteraciones visuales que llevan a la calificación de ceguera como causa de gran invalidez. Con independencia de que esta sea total o bien, la

pérdida de visión sea tal que se equipare a ella. Bien que no hay doctrina legal ni científico-médica que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, pero sí se puede afirmar, y así lo hace este juzgador, que, en general, cuando esta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera. Y en tales condiciones la persona que la padece requiere la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida.

Sea como fuere, y dadas las circunstancias anteriores, se presume la necesidad de contar constantemente o no con la asistencia de otra persona para desplazarse, comer, actos relativos a higiene corporal u otros. A pesar de que la ayuda de tercera persona solamente la requiera para determinados actos esenciales u otros.

El segundo elemento que debe concurrir es, naturalmente, determinar qué debe entenderse por actos esenciales para la vida.

En efecto, la jurisprudencia no vacila y entiende que constituyen actos esenciales para la vida todos aquellos que resultan imprescindibles para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia y el libre desarrollo de la personalidad, y estimando que, aunque no basta la mera realización del acto vital, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada.

No obstante y teniendo en cuenta que el concepto de gran invalidez es antiguo, dichos actos han de ser interpretados conforme al progreso social de una forma flexible, de manera que permita integrar todos los actos principales y no principales que afecten fundamental y naturalmente a derechos fundamentales.

Y en tercer lugar, el juzgador se decide a analizar el elemento de la compatibilidad entre la situación de incapacidad y la prestación de trabajo.

Bien que por la ley y por la jurisprudencia era admitida dicha compatibilidad con el trabajo marginal o accidental que no supusiera un cambio para el inválido, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), 480/2007, de 30 de enero de 2008 (ROJ 849/2008), cambia radicalmente la interpretación, en el sentido de que declara compatible con la pensión de gran invalidez el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral aunque esta no sea marginal, de forma que no se puede denegar la consideración de gran inválido a aquella persona que pudiera trabajar en una profesión que no resulte perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado o, dicho de otro modo, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna. De forma que la única incompatibilidad que se puede formular es la relativa a las actividades que sean incompatibles por ser perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado.

Además, declara esta compatibilidad abierta porque no hay en el ordenamiento jurídico ninguna norma legal que determine que sólo puede desempeñar actividades accidentales, esporádicas, superfluas o marginales. Y porque ello supondría la desincentivación de la reinserción social y laboral de aquellas personas que se halla en una situación de gran invalidez, y parece evidente que debe promocionarse a través de todas las vías posibles la inserción laboral de los incapacitados. Porque, en definitiva, el artículo 35 CE también es aplicable a los inválidos.

Justo REGUERO CELADA  
*Profesor Titular EU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[reguero@usal.es](mailto:reguero@usal.es)

## Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D.

### LA MATERNIDAD SUBROGADA NO ES EQUIPARABLE A LA MATERNIDAD BIOLÓGICA AL OBJETO DE SOLICITAR PERMISOS POR TAL CONTINGENCIA

El reconocimiento del permiso por maternidad adquiere en este supuesto una nueva perspectiva, al punto de que no es directamente la madre biológica quien lo solicita, sino la denominada «madre subrogante», celebrando ambas un convenio de gestación por el que la primera renunciaba a su maternidad y a todos los derechos que de ahí pudieran derivarse.

En esta relación triangular, en la que se recurre a la inseminación artificial, siendo el padre biológico la pareja de la madre subrogante, surge la duda de si ésta podrá acogerse a las medidas de protección a la maternidad que, en este caso, la normativa británica reconoce tanto a las madres biológicas como adoptantes, por cuanto el supuesto específico de gestación por sustitución carece de reconocimiento expreso. La respuesta es importante desde el momento en que una negativa al mismo pudiera albergar de forma encubierta una discriminación para aquellas madres que, sin haber gestado a su hijo, se hacen cargo de él y no pueden disfrutar de los permisos laborales que en otras circunstancias sí adquieren cobertura legal.

Ello no obstante, la trabajadora intentó obtener tal reconocimiento por la vía analógica del régimen previsto para la adopción, petición que fue rechazada al carecer de la pertinente documentación acreditativa de madre adoptante expedida por una agencia de adopción.

Una vez producido el nacimiento, tanto ella como su pareja obtuvieron la patria potestad plena del menor y, por tanto, fueron considerados desde ese momento sus padres. Ante la persistente negativa de la empresa a reconocer a la trabajadora los permisos solicitados, ésta acude a instancias jurisdiccionales, acordando el tribunal suspender el procedimiento y acudir ante el TJUE para que aclare el alcance de los conceptos de «madre subrogante» y «madre gestante» y para que determine si la Directiva 92/85 reconoce en estas circunstancias un permiso de maternidad.

La idea principal sobre la que gira el contenido de esta disposición es promover la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, al entender que constituyen un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles.

Pero no es éste el único objetivo de la protección, sino que es preciso además valorar la especial relación que se establece entre la madre y el hijo en sus primeras semanas de vida, permitiendo a aquella una liberación temporal en sus obligaciones laborales para atender al cuidado del menor.

Ahora bien, el reconocimiento del permiso por maternidad que acoge la Directiva 92/85 (en concreto, su artículo 8) requiere, en una interpretación restrictiva, que se haya producido un embarazo y un posterior parto. Como señala el TJUE, «una

trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva 92/85», de donde se deduce que en la legislación interna de cada Estado no surgiría obligación alguna de extender a tales trabajadoras el permiso de maternidad, sin perjuicio de que a iniciativa propia así quisieran hacerlo.

¿Constituiría esta práctica algún tipo de conducta discriminatoria para con las trabajadoras? En principio, y desde una perspectiva de género no, por cuanto un trabajador en las mismas circunstancias recibiría el mismo trato y tampoco obtendría un permiso de paternidad. Ni siquiera indirectamente pudiera deducirse tal discriminación, ni cabría interpretar en modo alguno que las trabajadoras se vieran más perjudicadas que los trabajadores ante este mismo hecho. Objetivamente, tales apreciaciones no resultan exentas de verdad: es cierto que, a priori, no habría que presuponer un diferente tratamiento en función del género, si no fuera porque la realidad cotidiana nos muestra cómo en la inmensa mayoría de los casos son las mujeres las que se hacen cargo de los menores y, por tanto, las que sufren los perjuicios en el disfrute de sus derechos. Con ser ésta una realidad incontrovertible, resulta especialmente sorprendente el posicionamiento contradictorio que mantiene el TJUE al afirmar que una madre subrogante «no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño», olvidando que ello constituye simplemente una primera fase en lo que más tarde será la atención y cuidado del menor, que corresponderá por igual a cualquier trabajadora, se haya producido embarazo o no, y desconociendo así de forma implícita los supuestos de adopción, en donde tales permisos sí se reconocen inequívocamente.

En definitiva, el TJUE concluye con la inexistencia de discriminación hacia la trabajadora por parte de su empresa al denegarle un permiso de maternidad en una situación como la descrita, pronunciamiento que se opone con toda evidencia a la interpretación amplia favorable siempre a la protección de la trabajadora y que, en este supuesto, no encuentra acomodo, por asimilación, con la figura de la adopción.

Por otra parte, y como segunda crítica, la sentencia no menciona a qué otras opciones podría acogerse la trabajadora, de qué otras alternativas pudiera beneficiarse. Ciertamente, ella solicitó el permiso antes del parto de la madre gestante, de manera que en esa etapa precedente no necesitaba de suspensión alguna en su relación laboral: sería a partir de ahí cuando, en hipótesis, el ordenamiento debiera haberle proporcionado una solución para su caso particular, y no lo hizo, con el resultado final de una mujer trabajadora que con un recién nacido tendría que acudir con normalidad a su lugar de trabajo sin poder optar a ninguna medida de conciliación y ello, qué duda cabe, no puede por menos que entenderse como discriminatorio.

M.<sup>a</sup> Cristina POLO SÁNCHEZ  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Salamanca  
[polo@usal.es](mailto:polo@usal.es)

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*

#### **ANULACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/24 SOBRE LA CONSERVACIÓN DE DATOS GENERADOS O TRATADOS EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DE ACCESO PÚBLICO O DE REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES**

Antes de analizar el fondo de la sentencia del TJUE, es necesario mencionar dos normas que preceden a la Directiva 2006/24: la Directiva 95/46/CE que pretende garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales; y la Directiva 2002//58/CE que pretende armonizar las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas en la Unión Europea. En el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, se fijan las condiciones en que los Estados miembros pueden limitar el alcance de los derechos y obligaciones que se establecen en los artículos 5 y 6 (Categorías de datos que deben conservarse y Períodos de Conservación) y en el artículo 8 (Requisitos de almacenamiento para los datos conservados). Tales restricciones deben constituir medidas necesarias apropiadas y proporcionadas en una sociedad democrática para fines específicos de orden público, como proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas. El 21 de septiembre de 2005, la Comisión presentó una evaluación de impacto de las opciones políticas relativas a las normas sobre la conservación de datos de tráfico. Esta evaluación culminó en la elaboración de la Directiva 2006/24.

La Directiva 2006/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (DO L 105: 54) tiene como objeto armonizar las disposiciones de los Estados miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que

los datos estén disponibles con fines de investigación, detención y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro.

Esta Directiva ha sido objeto de dos cuestiones prejudiciales de validez planteadas por las cortes constitucionales de Irlanda (High Court) y de Austria (Verfassungsgerichtshof). La petición planteada por la High Court (asunto C-293/12) cuestiona la legalidad de las medidas legislativas y administrativas nacionales sobre la conservación de datos relativos a comunicaciones electrónicas. En cuanto que la cuestión prejudicial planteada por el Verfassungsgerichtshof (asunto C- 594/12) concierne a recursos de inconstitucionalidad que tienen como objeto declarar la incompatibilidad de la Ley por la que se traspone la Directiva 2006/24 en el ordenamiento jurídico austriaco con la Ley constitucional federal (Bundes-Verfassungsgesetz). Más precisamente, en ambos asuntos se solicitaba al TJUE que examinara la Directiva 2006/24 a la luz de los artículos 7, 8 y 11 (Respeto a la vida privada y Protección de datos personales) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Mediante auto del presidente del TJUE de 11 de junio de 2013, se acordó la acumulación de los asuntos.

La Sentencia objeto de análisis trató de verificar el conflicto normativo señalado. En su apartado 32 dice que el artículo 5 de la Directiva 2006/24 al imponer la conservación de los datos que se indican y permitir el acceso de las autoridades nacionales competentes a éstos establece una excepción al régimen de protección del derecho al respeto de la vida privada instituido por las Directivas 95/46 y 2002/58. Lo que se deduce que la obligación impuesta a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones de conservar durante un determinado periodo de tiempo datos relativos a vida privada de una persona y a sus comunicaciones, como los que se indican en el artículo 5 de la Directiva 2006/24, constituye en sí misma una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 7 de la Carta. Además, no se vislumbró que tal imposición estuviera dentro de los supuestos de orden público o de interés general de la Unión para que se justificara tal regulación.

En cuanto al derecho fundamental de la protección de datos personales (artículo 8 de la Carta) el Tribunal señaló que la normativa de la Unión debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos. Es decir, esta norma debería disponer de algunas garantías para evitar que los datos personales que se someten a un tratamiento automático no estén sujetos al uso ilícito, lo que, en opinión del TJUE, no se ha garantizado. En segundo lugar, el TJUE señala que la Directiva 2006/24 no fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detención

o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puedan considerarse suficientemente graves para justificar la injerencia. Por lo contrario, esta norma se limita a remitir de manera general en su artículo 1, apartado 1, a los delitos graves tal como definen en la legislación nacional de cada Estado miembro.

El Tribunal de Justicia afirmó que al armonizar las normativas nacionales sobre conservación de datos la UE no respetó las exigencias que dimanaban de los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales. El TJUE al declarar inválida la Directiva 2006/24 consideró que el derecho de la protección de los datos personales y la vida íntima de los ciudadanos están preservados ante cualquier injerencia que no esté bien fundamentada su necesidad. En esta misma línea jurisprudencial se enmarca el asunto C-131/12 en que se condena a Google en relación con el denominado «derecho al olvido». En la Sentencia de 8 de abril de 2014 el Tribunal puso de manifiesto que la protección de datos personales es un derecho inviolable que no puede ser vulnerado. La única excepción en que la autoridad pública podría intervenir en este derecho es en los supuestos en que esta injerencia esté, precisamente, justificada por la ley o sea necesaria para la seguridad nacional o para mantener el orden público.

João Carlos MAIA NETO  
*Doctorando Área de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales*  
*Universidad de Salamanca*  
*Becario Capes proceso 068614-0*  
[maian.jcarlos@usal.es](mailto:maian.jcarlos@usal.es)

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala),  
de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain SL  
y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)  
y Mario Costeja González**

**DERECHO AL OLVIDO**

Este asunto parece destinado a convertirse en una de las sentencias del TJUE más comentadas y estudiadas del Derecho de la Unión. La trascendencia de este pronunciamiento no sólo radica en la atención que ha recibido por parte de círculos académicos y medios de comunicación, pues además de afectar de forma directa al principal proveedor mundial de servicios de búsqueda en Internet la sentencia aborda de lleno la cuestión del «derecho al olvido», entendido como el derecho de los ciudadanos a que cierta información relativa a su persona y recogida en Internet sea borrada o suprimida cuando afecte a sus derechos fundamentales o cuando haya quedado obsoleta. El centro de este asunto es, por tanto, el papel de los proveedores de servicios de búsqueda en la red a la luz de la normativa de la Unión sobre la materia ([Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos](#)), pero además parece haber llegado en un momento idóneo, pues citando al Abogado General Jääskinen en sus Conclusiones, en 1995, cuando la norma en vigor fue concebida, Internet era un fenómeno novedoso y el legislador comunitario no previó su evolución hacia lo que es hoy en día, un almacén de información global a la que se accede, o se busca, en todo el mundo ([Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen en el Asunto C-131/12, punto 27](#)). La necesidad de un nuevo marco que regule esta cuestión parece, en consecuencia, un imperativo para el legislador, que sin duda tendrá muy presente este pronunciamiento en la elaboración de la nueva normativa ([Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos \[Reglamento General de Protección de Datos\], COM\(2012\) 11 final \[Bruselas, 25.1.2012\]](#)).

En 1998, a petición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, un diario español publicó un anuncio de subastas de inmuebles embargados por la Secretaría de Seguridad Social, incluyendo la descripción de dichas propiedades y el nombre de sus dueños. Diez años después ese mismo diario digitalizó toda su hemeroteca, poniendo a disposición del público general todos sus números a través de Internet y permitiendo hacer búsquedas por nombre y fecha. Poco tiempo después, un ciudadano español que había sido embargado y cuyo nombre aparecía en el anuncio de subasta publicado en 1998, ahora digitalizado y por tanto disponible en la Red, se acogió a su derecho de oposición al tratamiento de datos personales (garantizado por el Derecho nacional) y solicitó su retirada al diario alegando que el embargo ya había quedado resuelto.

Un juez nacional rechazaría su petición en base a que su publicación había sido lícita por provenir de un cuerpo del Estado. Ante esto el ciudadano afectado, apoyado por la AEPD, decidió dirigir su atención contra el «mensajero», es decir, contra el motor de búsqueda que daba acceso a sus datos personales (en este caso Google). El asunto llegaría así hasta la Audiencia Nacional, que haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 267 TFUE solicitaría al Tribunal de Luxemburgo que se pronunciara con carácter prejudicial.

Las cuestiones abordadas por el TJUE pueden dividirse en tres categorías. La primera de ellas versa sobre el ámbito de aplicación territorial de la normativa sobre protección de datos; la segunda sobre la situación jurídica de los proveedores de servicios de búsqueda en la Red, y la tercera tiene como objeto el denominado «derecho al olvido». En cuanto al primer grupo, el Tribunal considera que Google Spain es una filial de Google Inc., y que cuando el tratamiento de los datos personales se realiza para permitir el funcionamiento de un motor de búsqueda gestionado por una empresa que a pesar de estar situada en un Estado tercero cuenta con un establecimiento en un Estado miembro, ese tratamiento se realiza en el sentido de la Directiva 95/46, coincidiendo así con la opinión del Abogado General (fundamento jurídico 45 y siguientes). Respecto a la segunda categoría de cuestiones, el Tribunal considera que la actividad de un motor de búsqueda se suma a la de los editores de sitios de Internet y por tanto también puede afectar a los derechos fundamentales y a la protección de datos personales. En este sentido el gestor del motor, como encargado de determinar los medios y los fines de dicho tratamiento, debe garantizar, dentro de sus competencias y sus posibilidades, que esta actividad respete las exigencias de la Directiva, pues de lo contrario no podrá llevarse a cabo una protección completa y eficaz de los interesados (Fundamento jurídico 38).

En lo relativo a la última cuestión, el «derecho al olvido», y en respuesta a la pregunta de si la Directiva permite que la persona afectada solicite que se retiren de las listas de resultados los enlaces a páginas web con sus datos, es decir, que el motor de búsqueda «olvide» dichos datos, el Tribunal considera que si éstos son inadecuados, han dejado de ser pertinentes o son excesivos en relación con los fines del tratamiento, el interesado puede presentar la solicitud de retirada directamente al motor de búsqueda (Fundamento jurídico 92). El Tribunal también añade que en ciertos casos pueden existir razones particulares que impidan su retirada, como puede ser el carácter histórico o estadístico de los datos o la participación del afectado en la vida pública (Fundamentos jurídicos 92 y 97). Por otro lado, la Corte de Luxemburgo matiza que incluso un tratamiento inicialmente lícito de ciertos datos también puede llegar a ser, con el tiempo, contrario a la Directiva, especialmente cuando los datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron (Fundamento jurídico 93).

A tenor de la opinión mostrada por el TJUE en esta sentencia, resulta comprensible que el Asunto C-131/12 haya despertado un acalorado debate en diversos ámbitos.

Por un lado, numerosas asociaciones de periodistas han mostrado su preocupación por las posibles implicaciones que el caso, junto con la próxima normativa de la Unión en la materia, pueda tener para ciertos derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión y la libertad de prensa. Por otro lado, el «derecho al olvido» es una realidad asentada en diversas tradiciones jurídicas europeas, como es el caso de *le droit à l'oubli* francés o la *Rehabilitation of Offenders Act* del Reino Unido. A este respecto, la anterior Comisaria francesa de Justicia, Martine Reicherts, ya manifestó poco después del pronunciamiento del Tribunal que «un análisis detallado de la sentencia indica que ésta no convierte el derecho al olvido en un “súper-derecho” que amenace otros derechos fundamentales como la libertad de expresión» [Fox, Benjamin (19.8.2014). «EU justice chief criticises Google on “right to be forgotten”». *EU Observer*. Disponible en: <http://euobserver.com/news/125290> (consultado por última vez el 16.10.2014)]. Además, también existen dudas respecto al ámbito de aplicación de este derecho en lo concerniente a los proveedores de búsquedas en la red [VAN ALSENOY, B. y KOEKKOEK, M. (18.8.2014). «The territorial reach of the “right to be forgotten”: Think locally, but act globally?». *European Law Blog*. Disponible en: <http://europeanlawblog.eu/?p=2476> [consultado por última vez el 16.10.2014]]. En cualquier caso, según cifras de Google, tras esta sentencia el número de reclamaciones de «olvido» hechas por ciudadanos europeos se cuenta ya por decenas de miles, y resulta evidente que, a pesar de la controversia suscitada, el principal resultado de este pronunciamiento reside en un equilibrio «correcto, razonable y proporcionado entre la protección de datos personales, la interpretación congruente de los objetivos de la sociedad de la información y los intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios de internet en general» (Conclusiones del Abogado General, punto 31).

Enrique SALA LEDESMA  
Máster en Estudios de la Unión Europea  
Universidad de Salamanca  
[salaenrique@usal.es](mailto:salaenrique@usal.es)



## **NORMAS PARA AUTORES/AS**

1. La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.

2. *AIS* se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

### **Proceso de recepción de originales y publicación**

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS (AIS)*, a la dirección [ais@usal.es](mailto:ais@usal.es). Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.

4. *Ars Iuris Salmanticaensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de *AIS*, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría ésta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de *AIS* mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos así como el volumen en el cual aparecerán publicados.

5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

### **Normas de estilo para la presentación de los textos**

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de *AIS*. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.

7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc., .docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.

8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *TRIBUNA* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *ESTUDIOS* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

### Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *TRIBUNA* y *ESTUDIOS*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.I.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.<sup>ª</sup> J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.